O princípio do contraditório
necessário aos processos
administrativos e aos processos
nos tribunais de contas*

*The adversarial system (the
principle of the right to a fair
hearing) needed for proceedings
before administrative and
accounting courts in Brazil*

Alexandre Aroeira Salles**

RESUMO:

A CRFB/88 entregou às atividades de controle interno e de controle externo brasileiros importantes competências, incluindo a função de aplicar sanções a pessoas físicas e jurídicas, podendo-lhes ainda condenar

* Artigo recebido em 11 de abril de 2018 e aprovado em 25 de junho de 2018. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v277.2018.77681>.

** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil. E-mail: alexandre@aroeirasalles.com.br.

Doutor em direito administrativo pela PUC/SP e mestre em direito administrativo pela UFMG. Advogado.

à devolução de valores irregularmente dispendidos. Ao mesmo tempo, a CRFB/88 garantiu, por meio do artigo 5º, a todos os indivíduos que o Estado somente lhes possa privar de seus bens e direitos caso siga fielmente as normas-princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Desrespeitando frontalmente tais princípios, a Lei nº 8.443/1992 organizou seu aparato de forma a incluir nas atribuições de seus ministros o papel de fiscalizar, acusar, instaurar, instruir, gerir as provas e decidir seus processos acusatórios contra os indivíduos. Além disso, a referida lei estabeleceu um processo em que as partes não conseguem: produzir suas provas; acompanhar as provas produzidas pelos seus acusadores e ao mesmo tempo julgadores; serem ouvidas; e nem recorrerem para instância que não já as tenha fiscalizado e julgado. Portanto, é necessário modernizar tal lei para viabilizar tanto uma organização como um processo justo.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito constitucional — direito administrativo — processo administrativo — processo de tomada de contas especial — devido processo legal — contraditório — controle interno e externo — Tribunal de Contas — imparcialidade — estado democrático de direito

ABSTRACT:

The Brazilian Constitution of 1988 provided the administrative agencies with important competencies for the internal and external control of public activities, including the function of imposing sanctions and order the return of amounts spent improperly against citizens. At the same time, the 1988 Brazilian Constitution, through its Article 5, guarantees to all individuals that the State can only deprive them of their assets and rights if it faithfully follows certain specific principles (“normas-princípio”) of due legal process, adversarial system and full defense. Disrespecting directly such principles, the act Law 8.443/92 structured its bodies in such a way as to give to the officials the role of auditing, accusing, instituting, instructing, administering the evidence and deciding on its accusatory proceedings against individuals. Moreover, these Laws established a process in which the parties cannot: produce their evidence; analyse the evidence presented by their accusers/judges; be heard; or even appeal to a forum that has not already reviewed and decided on their case. Therefore, it is necessary to adapt this act to enable the creation of a structure and process that is fair.

KEYWORDS:

Constitutional law — administrative law — due process of law — fair procedures — adversarial system — the principle of the right to a fair hearing — participation in legal and administrative procedures — administrative function — impartiality — democracy

Introdução

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são, pode-se dizer, mantras proclamados aos quatro ventos por magistrados, advogados, representantes do Ministério Público, professores, doutrinadores e sociedade civil. Todos sabem do que se trata, mas na vida real, no curso dos processos judiciais e administrativos, há uma verdadeira Torre de Babel quando se necessita definir sobre as suas corretas aplicações perante os casos concretos.

Em que pese o artigo 5º, inciso LV, dizer expressamente que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa [...]”, há dúvidas não apenas pelos aplicadores e intérpretes do direito, mas também e principalmente nossos legisladores não se dão conta do exato conteúdo de tais princípios, a ponto de não instrumentarem adequadamente inúmeras legislações processuais para que viabilizem às partes o alcance das referidas garantias individuais, podendo citar como bom exemplo a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/1992), que atribuiu ao cidadão apenas garantias processuais correspondentes ao direito de resposta, por escrito, e interposição de recursos aos mesmos órgãos que o julgaram. A norma é omissa quanto aos meios pelos quais o auditado/responsável pode efetivamente influenciar a decisão final da Corte de Contas, bem como produzir amplamente a contraprova. Para fins de **julgamento de contas**, denominado de Tomada de Contas Especial (artigos 6º ao 16 da Lei nº 8.443/1992), tem-se a expedita estrutura a seguir delineada:

- a) Tendo o Tribunal, por meio dos mesmos ministros relatores dos processos de auditoria e fiscalização respectivos, identificado que houve omissão no dever de prestar contas, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, o Plenário ou a Câmara, depois de recebido voto

do ministro relator, determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão (art. 8º da Lei nº 8.443/1992);

- b) O ministro relator da fase de fiscalização anterior presidirá a instrução do processo de tomada de contas, determinando a citação dos responsáveis (art. 11);
- c) Citados os responsáveis, esses apresentarão ao ministro relator defesa por escrito;
- d) Recebidas as defesas, o ministro relator poderá contar com o apoio de uma de suas secretarias para análise técnica e eventuais diligências visando o saneamento dos autos;
- e) Sem necessária vinculação à análise técnica realizada por sua secretaria de apoio, o ministro relator emite um voto e o encaminha para julgamento de mérito perante o Plenário ou pela Câmara na qual faz parte;
- f) No Colegiado (Plenário ou Câmara) é julgado o mérito, condenando o responsável e aplicando-lhe sanção ou determinação para ressarcimento ao erário, ou ainda podendo absolvê-lo;
- g) Caberá ao responsável condenado recorrer da decisão por meio de reconsideração ao mesmo ministro relator que proferiu o voto condenatório (art. 33), o qual analisará o cabimento do recurso e, posteriormente, encaminhará o processo para sorteio de novo relator (art. 154 do Regimento Interno).¹ Nessa hipótese poderá novamente o ministro contar com o apoio de alguma de suas secretarias internas;
- h) Além dos recursos previstos na Lei Orgânica, o Regimento Interno previu o cabimento do agravo, em seu art. 277, inciso V;
- i) Há a Secretaria de Recursos no âmbito do Tribunal, sendo esta a responsável por apoiar o ministro no exame de admissibilidade dos recursos, bem como por empreender a análise de mérito, submetendo, posteriormente, seu parecer ao ministro relator;

¹ É interessante notar que a Lei Orgânica indica que o recurso deve ser analisado pelo mesmo ministro que levou o voto recorrido ao Plenário. Apenas o Regimento do TCU que mais recentemente previu a hipótese de novo relator para o recurso. Veja o seu art. 154: “O Presidente sorteará, entre os ministros, relator de cada processo referente a: I — recursos de reconsideração e de revisão e pedido de reexame interpostos às deliberações das câmaras ou do Plenário; II — auditorias a serem coordenadas diretamente por ministros, com a sua participação na execução; III — projetos de atos normativos; IV — assuntos que não ensejem a distribuição segundo os critérios previstos nos arts. 148 e 149. Parágrafo único. Não participará do sorteio o ministro que tiver proferido o voto condutor do acórdão objeto dos recursos previstos no inciso I, observadas as competências do Plenário e das câmaras”.

- j) De qualquer forma o recurso será decidido em definitivo pelo mesmo órgão colegiado que lhe condenou (art. 285 do Regimento Interno).²

Assim, analisando a Lei Orgânica do TCU, verifica-se que sua estrutura organizacional e o processo de formação de suas decisões condenatórias são correspondentes a um processo verticalizado, que concentra suas decisões no plano orgânico-estatal, e que não valoriza argumentos e fatos apresentados pelos envolvidos, em virtude das seguintes principais características delimitadas pela própria Lei nº 8.443/1992, reforçada pelo correspondente Regimento Interno: (i) aquele mesmo órgão que acusa também instrui o processo, analisa seus esclarecimentos e defesas, administra o material probatório e, ao fim, decide; (ii) conseqüentemente, quando da instauração, seus mesmos órgãos internos formulam uma hipótese e depois se colocam na obrigação de avaliar se sua própria hipótese se confirma ou não; (iii) os acusados ou fiscalizados não possuem controle sobre a gestão da prova; (iv) os acusados dependem sempre do espírito dialético e da boa vontade do julgador; e (v) não há audiências orais.

Os defeitos dos processos de tomada de contas especiais não decorrem de falhas daqueles agentes públicos a quem incumbem instruí-los, mas fundamentalmente em decorrência da insuficiência normativo-legal que não instrumentaliza adequadamente tais institutos processuais. O sentimento de falta de legitimidade das decisões dos Tribunais de Contas é decorrente de as partes sentirem que suas razões não são imparcialmente consideradas e nem valorizadas. Disso decorrem muitas ações judiciais questionando suas validades, a ponto de ter havido necessidade de o Supremo Tribunal Federal expedir a Súmula Vinculante nº 3. Compreende-se, assim, importante analisar o princípio do contraditório nos referidos âmbitos.

Se não se consegue esgotar minuciosamente seu exato conteúdo jurídico, ao menos se pode, buscando apoio na teoria do processo, circunscrevê-lo em parâmetros claros e, provavelmente, incontroversos, de onde se possa dizer qual o **mínimo** que um processo deve seguir para alcançar atendimento aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e o da ampla defesa no atual estado democrático de direito brasileiro. Como

² “Art. 285. De decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, inclusive especial, cabe recurso de reconsideração, com efeito suspensivo, para apreciação do colegiado que houver proferido a decisão recorrida, podendo ser formulado uma só vez e por escrito, pela parte ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de quinze dias, contados na forma prevista no art. 183.”

se sustentará à frente, atualmente o processo³ não é mais compreendido, pela ciência do direito, como um instrumento de poder do Estado para dar provimento jurisdicional ou administrativo e realizar política social, mas sim e principalmente como um procedimento que tem de se realizar em contraditório pelas partes, no qual todos os sujeitos isonômicos do processo — especialmente autor, réu e julgador — devem agir visando garantir, em boa-fé, os direitos e garantias fundamentais do homem, o cumprimento do contraditório e o alcance da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes.

Entre os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, ressaltam a mãe dos princípios processuais, o do devido processo legal, assim como seus dois consectários lógicos inevitáveis: o contraditório e a ampla defesa, todos explicitamente contidos no texto constitucional. O interesse público⁴ somente será atendido pelos mandatários do Estado brasileiro se tais garantias individuais forem atendidas, respeitadas e mantidas em seus processos decisórios⁵ que possam alcançar negativamente direitos de liberdade, de propriedade e de cidadania das pessoas físicas ou jurídicas no território nacional.

³ Antônio Scarance Fernandes elenca as discussões doutrinárias quanto ao que seria efetivamente um processo, apresentando as diferentes visões de Fazzalari, Dinamarco, Araújo Cintra, Grinover, Watanabe: se procedimento realizado em contraditório, ou se procedimento animado pela relação jurídico processual (FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 36-37).

⁴ Não há nada mais correto e claro do que o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o tema, brilhantemente exposto em seu *Curso de direito administrativo* (São Paulo: Malheiros, 2013. p. 60 a 63): “É que na verdade o interesse público [...] nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade [...]. Pois bem, é este último interesse o que nomeamos de interesse público. Não é portanto de forma alguma um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais, pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes — inevitavelmente membros de um corpo social — comparecem em tal qualidade”. “Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses dos indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. (ibid., p. 61 e 62).

⁵ Marçal Justen Filho igualmente assim ensina em seu curso, em que se “reconhece a supremacia dos direitos fundamentais e a consagração dos procedimentos democráticos de formação e manifestação da vontade estatal (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 159 e 160).

I. Procedimentos como um dos meios de manifestação do Estado

O estado de direito é uma entidade que possui vontade. Diferentemente dos seres humanos que pensam e sentem, a vontade do Estado é tão somente aquela contida na ordem jurídico-nacional, por isso denominado de estado de direito.

Os homens se manifestam por diversas maneiras, já o Estado o faz somente por meio da expedição de normas e de atos jurídicos, que podem ser atos legislativos, atos administrativos e/ou atos jurisdicionais.

Para alcançar a expedição de determinados atos, é necessário que outros atos anteriores sejam praticados de forma sequencial, em uma estrutura encadeada de atos, um levando como requisito de validade ao outro, até o ato terminativo, o ato jurídico final, aquele que introduz na ordem jurídica uma nova norma jurídica, instituindo direitos ou obrigações, declarando situações jurídicas ou ainda as modificando; estes são também denominados de provimentos.

Esse encadeamento de atos levando à expedição de um provimento é denominado comumente de **procedimento**, que pode ser procedimento legislativo, administrativo ou jurisdicional, dependendo da natureza do ato jurídico a ser expedido.

II. Processo como procedimento realizado em contraditório

Se o provimento puder intervir de forma concreta e específica em direitos individuais (liberdade e propriedade, por exemplo), há que se fazer conforme os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; é o que diz a CRFB/88, no seu art. 5º, quando os proclamam como *direitos dos litigantes e dos acusados em geral, assim como de todos que possam sofrer privação de sua liberdade ou de seus bens*.

Exatamente por isso, a Constituição adotou a palavra “litigantes e acusados em geral”, ou seja, todos aqueles que estão submetidos a um procedimento que poderá alcançar negativamente um de seus direitos consagrados na ordem jurídica. Como efeito, nesse caso, exsurge necessário o funcionamento de instituto jurídico que informa os requisitos processuais do contraditório e da ampla defesa.

Nesse contexto, como passa a ser fundamental a participação dos interessados na atividade de preparação do provimento, o procedimento recebe

a denominação científica e técnica de Processo.⁶ Daí, inclusive, a distinção moderna entre Procedimento e Processo.⁷

III. Contraditório: norma-princípio constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, direta e integral

Já ressalta evidente para toda a doutrina e jurisprudência nacional que devido processo legal, contraditório e ampla defesa são normas jurídico-constitucionais, de absoluta eficácia plena e aplicabilidade imediata, direta e integral,⁸ que servem de fundamento de validade para outras normas de hierarquia inferior, além de integrarem todas as demais normas jurídicas, incluindo as constitucionais, pois indicam finalidades que devem ser atendidas pelo sistema jurídico nacional.

Não há como se furtrar à sua eficácia e aplicabilidade (conforme expressa previsão no parágrafo primeiro⁹ do art. 5º da CRFB/1988), seja informando a função legislativa, a administrativa ou a jurisdicional.¹⁰

⁶ Para a Teoria do Processo, a obra de Fazzalari é um marco importante, a qual concebe o processo como procedimento realizado em contraditório. Aroldo Plínio Gonçalves analisou criteriosamente essa influência do pensamento daquele autor, tendo sido feliz na síntese seguinte: “Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na simétrica paridade da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 98).

⁷ Nas décadas pregressas havia intensa dúvida entre os administrativistas sobre qual denominação devesse utilizar: procedimento ou processo administrativo. Contudo, depois tanto da CRFB/1988 e da lei federal, tal discussão perdeu força, hoje prevalecendo o entendimento de que, se houver o risco de um provimento estatal afetar direitos concretos e específicos de algum cidadão, obrigatoriamente submete-se o Estado ao Processo, seja ele judicial ou administrativo. Disso não há dúvida mais. O que restaria certa discussão acadêmica é se as decisões administrativas que podem levar à ampliação de direitos seriam submetidas a um procedimento ou a um processo. Este autor não adentrará nesse debate, a fim de não perder o foco na condução da pesquisa em questão. Para maior aprofundamento no tema, recomenda-se a obra de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari, os quais se filiam a corrente da defesa da denominação processo administrativo, pois “uma lei fundamental do cidadão, viabilizando sua participação ativa nos processos decisórios da Administração, não mais ficando relegado à postura de sujeição, de simples objeto do agir administrativo” (FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 58).

⁸ “A Constituição de 1988 retomou a tradição da Constituição de 1946, anunciando aquelas normas como de eficácia plena (art. 5º, inciso LV [...])” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 191).

⁹ Nesse sentido, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

¹⁰ Em idêntico sentido leciona Romeu Felipe Bacellar Filho (*Processo administrativo disciplinar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. p. 53).

Ademais, como esses princípios conformam o método de atuação do Estado brasileiro na relação com toda gente, eles não se aplicam por meio de ponderações, não se concebem atualmente quaisquer outros princípios que com eles possam colidir, enfraquecer, retirar-lhes seu poder e validade.¹¹ Todos os demais princípios constitucionais devem com eles conviver. Todas as demais normas infraconstitucionais deles precisam extrair seus fundamentos de validade.

IV. O paradigma de estado democrático de direito e sua influência no Processo

As preocupações dos construtores do princípio do devido processo legal do século XIII até o início do século XX estavam sempre ligadas ao abuso de poder pelo homem que o detinha.¹² Acreditava-se que com a criação política dos estados de direito, tripartites, tudo se resolveria.

IV.1 Estado Liberal e o Processo

Com o enfraquecimento das monarquias e a criação de Estados nacionais em processo de industrialização surgiu o que se qualificou como Estado Liberal. Neste há rígida introdução da tripartição dos poderes, em que ao Poder Judiciário deveria se restringir à interpretação fria da lei, dirimindo os conflitos surgidos entre os cidadãos ou entre algum indivíduo e a administração pública. Ao Executivo incumbiria aplicar a lei criada pelo Legislativo, garantindo a propriedade, liberdade e segurança física e

¹¹ Adota-se aqui o pensamento de Humberto Ávila explicitado em seu *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos* (São Paulo: Malheiros, 2013). Pode-se citar o seguinte trecho bastante característico para esse trabalho: “Os princípios são, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para a sua realização. [...] no sentido específico de não enumerarem exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica ou de demandarem a concretização por outra norma, de modos diversos e alternativos” (ibid., p. 134-136) [...] “Princípios como normas prescritivas de fins a serem atingidos e que servem de fundamento para a aplicação de outras. [...]” (ibid., p. 139).

¹² Ou dentro da compreensão moderna sintetizada por Dinorá Grotti: “instrumento de garantia dos administrados em face das prerrogativas públicas” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Devido processo legal e o procedimento administrativo. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 22, p. 118, 1998).

jurídica dos cidadãos, evitando de se imiscuir nas atividades econômicas desenvolvidas pelos homens de negócios.¹³

Contudo, ao longo do século XIX e no início do século XX verificou-se que o próprio estado de direito poderia sufocar, fragilizar e até mesmo aniquilar as liberdades individuais, ante as enormes desigualdades individuais e sociais.

IV.2 Estado Social e o Processo

Antes e entre o período das duas grandes guerras mundiais surgiu o paradigma do Estado Social nos países do mundo ocidental, como forma de responder às demandas reais das populações desprovidas de poder político e econômico. O Estado assume um papel de atuar com maior força na vida social, prestando serviços públicos, interferindo no mercado, orientando e dirigindo a economia, regulando os negócios e até mesmo produzindo bens e serviços que antes estavam com a sociedade civil.¹⁴

Não restrito à economia e à administração pública, como bem demonstrado por Mirjan Damaska,¹⁵ o Estado passou não apenas a usar a jurisdição como forma de sanar os conflitos existentes entre os cidadãos e entre esses e o Estado, mas fundamentalmente como maneira de realizar política pública.¹⁶

¹³ Paulo Bonavides demonstra que o valor que inspira o liberalismo não se volta para a comunidade, mas para a liberdade criadora do indivíduo dotado de razão. A importância que tem o indivíduo para o conteúdo do liberalismo clássico manifesta-se, com particular relevo, no fato de que, originariamente, o valor da personalidade era concebido como ilimitado e anterior ao Estado e à própria sociedade. Este grande jurista ressalta, ainda, a elevação dos indivíduos ante qualquer manifestação de poder estatal, visando, assim, a protegerem-se contra aquele que sempre os sufocou, impingindo-lhes, por séculos, condutas frequentemente injustas e amorais (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 31).

¹⁴ Cumpre transcrever parte da dissertação de mestrado do autor: “Em suma, o Estado Social que se forma no referido período possui três flancos fundamentais para a sua implementação. O primeiro é a concepção econômica da denominada era *Keynesiana*, caracterizada pela presença forte do Poder Público na economia, visando a garantir o pleno emprego e atuar em setores importantes e estratégicos para o desenvolvimento nacional, como os da energia elétrica, mineração, petróleo e telecomunicações, entre outros. O segundo decorre da preocupação com o social, que buscava conferir ao cidadão acesso à educação, saúde, previdência social, habitação, transporte, saneamento. E, como terceiro flanco, necessário o desenvolvimento do funcionamento interno do Estado, para que conseguisse cumprir o que se propunha”. Isto se fez inclusive no âmbito do processo. SALLES, Alexandre Aroeira. *Estado democrático de direito e a reforma administrativa*. 2000. Dissertação (mestrado em direito) — Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2001. p. 62).

¹⁵ DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

¹⁶ Para maior aprofundamento sobre o tema, importante conhecer os capítulos 3 e 5 de Damaska (DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the*

No âmbito processual, o juiz se transformou em principal peça do processo, aquele que solitário, a partir de sua sabedoria, daria a melhor solução para o caso concreto, solução essa compreendida por ele como a justa. As partes deixam de ser importantes no curso do processo, não há necessidade de ouvi-las, mas apenas de aguardarem o provimento jurisdicional.¹⁷ O processo, ademais, é um instrumento do Estado para pacificar e educar a sociedade.¹⁸

As principais consequências do Estado Social foram o isolamento do poder público em relação às verdadeiras demandas da sociedade civil, e a fragilização das liberdades individuais, sufocadas que ficaram por um Estado pesado e ineficiente, que não conseguia compreender seus reais interesses e necessidades. A população passou a exigir ser ouvida, ser partícipe na gestão do seu próprio interesse.

IV.3 Estado Democrático e a participação da sociedade nos atos públicos decisórios

Como efeito, ao longo da segunda metade do século passado, surgiu o novo paradigma de Estado, denominado Democrático, resgatando a sociedade civil para participar efetivamente das decisões públicas, não mais limitadas aos momentos eleitorais, mas especialmente durante os processos decisórios, fossem eles os legislativos, administrativos ou jurisdicionais.

Caso assim alcançado, o direito passaria a ser legítimo, aceito e respeitado pelos indivíduos, não por causa do temor de sofrer sanção, mas fundamentalmente por reconhecer que a norma jurídica decorre de ampla argumentação, por meio de procedimentos imparciais e justos, em que distintas compreensões da realidade seriam levadas em consideração em igualdade de condições e com maior racionalidade.¹⁹

legal process. New Haven: Yale University Press, 1986), de onde se verifica que o Estado não mais se considera um ente neutro para resolver os conflitos, mas sim como um gestor aplicador de objetivos comuns.

¹⁷ Esse tema é muito bem tratado por BARROS, Flaviane de Magalhães. O paradigma do estado democrático de direito e as teorias do processo. *Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, a. 3, n. 1, jul. 2004.

¹⁸ Disto decorre também a perspectiva da instrumentalidade do processo a nós apresentada por Cândido Rangel Dinamarco em 1986 (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013).

¹⁹ Há diversas correntes que legitimam o direito a partir desta perspectiva argumentativa democrática, devendo dar destaque a HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

Um dos principais efeitos trazidos à teoria do processo com o nascimento desse novo paradigma de Estado pode ser encontrado magistralmente nos três primeiros artigos da CRFB/1988. Democracia é exatamente isso, todo o poder emanar do povo e ser por ele exercido diretamente, nos termos da Constituição. É também preocupar-se com a dignidade da pessoa humana,²⁰ pessoa aqui compreendida como indivíduo, sujeito singular de direitos e obrigações, e nunca pessoa como objeto,²¹ desprovido de personalidade. Isso leva à obrigação de que todas as pessoas sejam olhadas e ouvidas pelos órgãos públicos despersonalizados (que são ocupados temporariamente por agentes) quando estes prestam/decidem atividades essenciais do Estado em prol daquelas como a jurisdição e a administração.

Mais ainda, democracia é reconhecimento de que todos os indivíduos (pessoas físicas) são iguais em direitos e obrigações, não podendo ser discriminados (ou estereotipados, categorizados, despersonalizados) pelos órgãos e agentes no exercício temporário da função pública.

Nossa democracia busca construir uma sociedade solidária, onde todos devem voltar-se mutuamente para apoiar, ajudar e fortalecer uns aos outros. Devem fazê-lo também de maneira justa, honesta, ética e em boa-fé.

Por fim, democracia é o respeito à liberdade individual, com responsabilidade, mas livre. Como não poderia deixar de ocorrer em uma democracia, nosso Constituinte continuou sua missão de garantir os direitos fundamentais do homem, promulgando o art. 5º, do qual se podem retirar decisivos princípios para a compreensão do processo decisório do Estado brasileiro,

v. I. Para bom aprofundamento quanto ao tema, aplicado ao direito regulador, também se pode conhecer pela obra de Luis Henrique Baeta Funghi, com interessante passagem: “Ou seja, o direito deverá englobar os princípios que tornem possível o seu processo de legitimação. Tais princípios consistem nos direitos fundamentais, os quais exprimem as condições de possibilidade de um consenso racional acerca da institucionalização das normas do agir (FUNGHI, Luis Henrique Baeta. *Regulação e legitimidade democrática: o caso dos transportes terrestres no Brasil*. Dissertação (mestrado em direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2012. p. 31).

²⁰ Cumpre remeter o leitor a JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²¹ Em entrevista do Programa Roda Viva com a presidente do Supremo Tribunal Federal, min. Cármen Lúcia Antunes Rocha, essa com precisão explicou: “no mínimo porque, enquanto juízes, estamos tratando da vida de pessoas, aquilo que pode parecer apenas papel é na verdade a vida de alguém. [...] Nós juízes lidamos com situações difíceis, que é do humano” (aos 8 min e 30 segundos do programa iniciado). No mesmo sentido, há quase 20 anos, a então advogada e professora Cármen Lúcia escreveu: “por isso, o processo, como formalização de comportamentos para a reivindicação e efetividade de direitos, põe-se como uma necessidade da civilização e da civilidade jurídica do homem no Estado” (Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 136, out./dez. 1997).

no que interessa à vida, à liberdade e à propriedade de todos os indivíduos (e não apenas da coletividade), isonomia, legalidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Tem-se, portanto, que o processo passa a ser um direito e uma garantia dos indivíduos contra o abuso ou excesso de Estado, seja no âmbito jurisdicional ou no administrativo. Na democracia, todos os cidadãos são agentes e responsáveis pela construção da norma jurídica, seja ela geral e abstrata (por meio de representantes eleitos), seja concreta e específica (diretamente, nos termos da constituição), provenha da função legislativa, da jurisdicional ou da administrativa.²²

V. Processo democrático: os indivíduos construtores do provimento estatal

Em decorrência das premissas anteriormente indicadas, as partes sujeitas a algum provimento estatal que possa interferir em seus direitos e obrigações têm: (a) papel fundamental na construção do provimento estatal (dignidade da pessoa humana); (b) devendo se colocar de forma equânime entre si (isonomia, contraditório); (c) e em posição de igualdade com o Estado (o poder emana do povo); (d) tendo o direito de argumentar amplamente suas razões (ampla defesa); (e) e a garantia de que seus argumentos serão ouvidos e apreciados (ampla defesa) imparcialmente (isonomia) quando do provimento estatal.

O julgador/decisor no estado democrático de direito é aquele órgão que tem o dever de garantir no curso do processo que o contraditório e a ampla defesa sejam respeitados pelas partes, para ao final concluir imparcial e fundamentadamente o resultado das “articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes construtoras da estrutura procedimental”.²³

²² O capítulo 3 da obra de Romeu Felipe Bacellar Filho (*Processo administrativo disciplinar*, op. cit., p. 125) é primoroso em demonstrar tal paradigma, trazendo ademais o pensamento de diversos importantes jusfilósofos, como Canotilho, Günter Püttner e Luigi Ferrajoli.

²³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 63. Vale a transcrição das conclusões de Leonardo Augusto Marinho Marques: “Concretamente, espera-se que desse raciocínio problematizado, construído sob o alicerce do pluralismo social e jurídico, resulte a resposta adequada para cada situação individualizada, obviamente contando com a participação das partes na elaboração do provimento” (MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de*

Este resultado da evolução do Processo é fruto não apenas da ciência do processo e da ciência política, mas também, como a ser demonstrado, resultado da identificação histórica e da ciência quanto às limitações do ser humano para escolher e decidir imparcialmente, claras limitações para decidir de forma justa.²⁴

VI. Os modelos históricos de processo — inquisitório e acusatório — e sua inserção no estado democrático de direito

Desde o início de nossa civilização o homem busca aprimorar os métodos de prestar jurisdição ou decidir administrativamente sobre determinado caso concreto. Pesquisadores conseguiram analisá-los e levantar suas principais características, a fim de compreender aqueles mais justos e eficientes.

Dois modelos (alguns denominam de sistemas) de processo estiveram e estão presentes em nosso tempo: o inquisitório e o acusatório (ou adversarial). Muitos bons autores, nacionais e estrangeiros, vêm se dedicando ao tema, podendo aqui citar os mais reconhecidos como Luigi Ferrajoli,²⁵ Franco Cordero,²⁶ Mirjan Damaska, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho,²⁷ Geraldo

Informação Legislativa, Brasília, a. 46, n. 183, p. 141-153, julho./set. 2009. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194937/000871257.pdf?sequen ce=3>. Acesso em: 1º dez. 2016. p.145), assim como os ensinamentos de Menelick de Carvalho Netto: “Agora, exige-se que o Juiz inverta esse caminho, que ele parta do caso concreto em direção ao Direito, e identifique as leituras possíveis, não porque o ordenamento encerra uma carga axiológica, mas porque o Direito em sua integralidade se apresenta como “um mar revolto de normas em permanente tensão concorrendo entre si para regerem situações” (CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 40).

²⁴ Cumpre ainda remeter o leitor à obra de Menelick Carvalho Netto onde em dado momento o autor, depois de analisar o pensamento de Niklas Luhmann e de Jürgen Habermas, conclui: “O saber que se sabe limitado funda-se no permanente debate público acerca de seus próprios fundamentos e, assim, é precário, contingente e sempre aprimorável. Seus fundamentos são históricos e datados” (CARVALHO NETTO, Menelick. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 27), ainda, “Aprendemos a duras penas que racional é o saber que sabe da precariedade de nosso próprio saber e busca lidar racionalmente com os riscos que ela acarreta” (ibid., p. 65).

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

²⁶ CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 2012. No seu capítulo II, descreve minuciosamente os procedimentos próprios de cada sistema.

²⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

Prado,²⁸ Leonardo Marinho Marques, Aury Lopes Júnior²⁹ e Mauro Fonseca Andrade.³⁰

A partir do estudo desses autores,³¹ consegue-se didaticamente sintetizar suas respectivas características:

- **Modelo Inquisitório** contém, em geral, (a) iniciativa do julgador para a investigação; (b) iniciativa do julgador para a acusação; (c) iniciativa do julgador em campo probatório; (d) confusão entre julgador e acusação; (e) discrepância de poder entre a acusação e a defesa; (f) caráter escrito da instrução e das defesas; (g) ausência de debate oral entre defesa e acusação para convencimento do juiz; (h) investigações sem participação das partes; (i) construção do saber pelo juiz de modo solitário, anunciando o que entende por verdade real;³² (j) decisões colegiadas.
- **Modelo Acusatório** se conforma, geralmente, com (a) separação rígida entre o julgador e a acusação;³³ (b) paridade de posição e de armas

²⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2.

³⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, jul./set. 2009.

³¹ Em especial, destaca-se a conclusão de Luigi Ferrajoli: "Pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chamarei inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa" (Luigi Ferrajoli, *Direito e razão*, op. cit., p. 519-520).

³² Ver MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Hiper-racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao prof. dr. Jacinto Nelson de Miranda de Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 475-485. Igualmente Richard-Paul Martins Garrel faz profundo estudo sobre o princípio da verdade real, demonstrando o quão é identificado com o sistema inquisitivo, concluindo: "assim, torna-se imperativa a desconstrução do processo penal excepcional (presença fantasmagórica entre o autoritarismo e o direito) mediante a substituição do 'princípio' da verdade real, constituído a partir do dogmático hiper-racionalismo inquisitório, por um princípio da verossimilhança racional, a partir das bases jurídico-epistêmicas da teoria neoinstitucionalista do processo" (GARREL, Richard-Paul Martins. *Reflexos antidemocráticos do princípio da verdade real no processo penal brasileiro*. Dissertação (mestrado) — Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. p. 145 e 146).

³³ O julgador não pode iniciar a investigação e nem instaurar a ação, pois, se o faz, na prática, ele cria uma hipótese fática antes de essa ser apurada mediante os fatos provados no curso de uma fase instrutória. Salvo ser um iluminado, o julgador como ser humano médio acaba por manejar o processo visando confirmar aquela hipótese previamente criada, já que

entre a defesa e a acusação; (c) gestão da prova precipuamente nas mãos da defesa e da acusação;³⁴ (d) ônus da prova de quem acusa;³⁵ (e) garantia de debate oral entre defesa e acusação, com presença e diálogo com o julgador; (f) publicidade de todos os atos; (g) posição do julgador como espectador da dialética entre as partes; (h) posição do julgador como garantidor do contraditório e da ampla defesa; (i) motivação racional da decisão, a partir dos elementos discutidos e provados no processo; (j) duplo grau de jurisdição.

A história demonstra que o modelo inquisitório é mais frequentemente correlacionado com os Estados autoritários, enquanto o modelo acusatório é o comumente adotado pelos Estados Liberais e atualmente pelos Democráticos.³⁶ Quanto mais próximo estiver nossos institutos processuais de modelos acusatórios, mais conformes estarão com os princípios constitucionais brasileiros de direitos e garantias fundamentais.

Não obstante vale a ressalva feita por Fredie Didier Jr.³⁷ em que os modelos adversarial (tratados aqui como acusatórios) e inquisitório utilizam-se de princípios dispositivos ou inquisitivos, podendo preponderar mais uns

tem responsabilidade pela instauração do processo. Isto é o que Franco Cordero, seguido por Jacinto Coutinho, muito bem denunciou como quadro mental paranoico. Em recentes pesquisas, o professor da Universidade de Munique, Bernd Schünemann (SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 205 e 239), conseguiu demonstrar que a participação de magistrados alemães nas investigações preliminares realizadas pelo Ministério Público acaba por vincular o magistrado na tese criada pelo acusador, levando-o a condenar o réu em proporção muito maior do que se não tivesse participado da fase investigatória e até mesmo da postulatória.

³⁴ Schünemann (ibid., p. 235) também demonstrou que, quanto mais responsável e ativo na gestão da prova, mais o julgador se envolve com a tese da acusação, acabando por condenar o réu em proporção maior do que se estivesse afastado da incumbência de gerir prova. Sua tese comprova o quão relevante é para fins de alcance da verdadeira imparcialidade o julgador se colocar como terceiro, na precípua função de assistir ao diálogo entre as partes (ibid., p. 205-239).

³⁵ Relevante decisão do STF reforça para o processo brasileiro atual esse mesmo princípio (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 88875/AM. Relator: min. Celso de Mello — Segunda Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 12 mar. 2012).

³⁶ Mais uma vez cumpre transcrever a análise de Luigi Ferrajoli: “Está claro que aos dois modelos são associáveis sistemas diferentes de garantias, sejam orgânicas ou procedimentais: se o sistema acusatório favorece modelos de juiz popular e procedimentos que valorizam o contraditório como método de busca da verdade, o sistema inquisitório tende a privilegiar estruturas judiciárias burocratizadas e procedimentos fundados nos poderes instrutórios do juiz, compensados talvez pelos vínculos das provas legais e pela pluralidade dos graus de juízo (instâncias)” (Luigi Ferrajoli, *Direito e razão*, op. cit., p. 520).

³⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 1.

do que outros em determinadas fases processuais.³⁸ Independentemente das semânticas utilizadas por importantes processualistas, o certo é que a democracia pressupõe a presença dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Esses princípios são, de todo evidentes, incompatíveis com o modelo inquisitório de processo, não podendo subsistir mais em nossa ordem jurídico-constitucional.

Para atuar bem como aplicadores do direito ou como legisladores, é fundamental compreender com precisão o que tais princípios representam.

VII. Âmbito teórico e jurisprudencial do devido processo legal no Brasil

Este é um dos temas mais agradáveis de se tratar na ciência do direito,³⁹ com grandes obras científicas percorrendo sobre a história de nossa civilização e como esta conseguiu conformar tais garantias individuais contra o abuso daqueles que detêm o poder do Estado. Com referências às principais e melhores obras já publicadas sobre o tema, o autor, sinteticamente, delineará como a elas são compreendidos teoricamente os princípios em referência.

Está-se em um *Estado*, que se diz de *direito*; como se não bastasse, é uma *república* e que se proclama *democrática*; consequentemente, os processos que decidem sobre a vida, a liberdade e a propriedade dos indivíduos devem respeitar tais magnos princípios.

Como visto em capítulo pregresso, essa afirmação foi impecavelmente comprovada pelo ilustríssimo Mirjan R. Damaska, em sua famosa obra *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*,

³⁸ “Se é certo que dados culturais influenciam a conformação do processo, método de exercício de poder, não há relação direta entre aumento de poderes do juiz e regimes autocráticos, ou incremento do papel das partes e regimes democráticos” (Fredie Didier Júnior, *Curso de direito processual civil*, op. cit., p. 126). Contudo, não nos parece acertada essa posição do Didier Júnior, tanto que o mesmo, aparentemente, conclui diferentemente quando introduz o que denomina de modelo cooperativo. Senão vejamos: “os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o da cooperação” (ibid., p. 126). Este seria, em sua visão, o modelo mais adequado para o estado democrático de direito, o que em todo corresponde à reflexão de Ferrajoli.

³⁹ Na verdade, esse tema interessa a toda a humanidade, pois não bastaram as principais obras filosóficas do direito, nem as históricas ou as de teoria do processo, há obras ficcionais maravilhosas percorrendo sobre os processos e suas injustiças, como os clássicos de Kafka, Victor Hugo, Charles Dickens, Dostoiévski, Huxley, Shakespeare, Guimarães Rosa, Dias Gomes, e até obras populares como as de John Grisham.

em que descreve as correlações existentes entre (i) os modelos de Estado e suas respectivas organizações socioeconômicas e políticas, hierárquicos e paritários, com (ii) os modelos de processo judicial precipuamente adotados: inquisitorial ou acusatório (adversarial).

Damaska demonstra que os tipos de Estado e os respectivos objetivos do processo judicial estão intimamente interligados com o próprio processo adotado, como exemplo, se mais ou menos sujeito ao controle pelas partes, se mais ou menos propício à produção de provas pelas próprias partes, se com maior ou menor participação daqueles que sofrerão os efeitos da decisão.

Os modelos de processos de diversos países decorrem das suas histórias e de quais princípios foram acolhidos em seus sistemas jurídicos. O *due process of law* nos países ocidentais sofreu imensa influência do sistema do *common law*. Assim, não há como conhecer teoria do processo no Brasil sem que se sorva brevemente o histórico do princípio do devido processo legal para nosso mundo ocidental.

VII.1 Breve histórico do devido processo legal e sua razão científica de existir

Para tal desiderato, desde já se faz remissão às excelentes obras de Pontes de Miranda,⁴⁰ Carlos Roberto Siqueira Castro,⁴¹ René David,⁴² D. J. Galligan,⁴³ Lawrence M. Friedman⁴⁴ e Bernard Schwartz⁴⁵ que descrevem muito bem sua origem e evolução.

Por eles, pode-se dizer que tal princípio foi o baluarte maior da organização social dos países ocidentais, iniciado em 15 de junho de 1215 com a Magna Carta, quando os nobres ingleses conseguiram limitar o poder monárquico, exigindo que este seguisse normas processuais para condenar algum de seus pares à perda da liberdade, propriedade e vida.

⁴⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.

⁴¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

⁴² DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁴³ GALLIGAN, D. J. *Due process and fair procedures*. Oxford: Clarendon Press Oxford, 2004.

⁴⁴ FRIEDMAN, Lawrence M. *A history of American law*. 3. ed. Nova York: Simon & Schuster, 2005.

⁴⁵ SCHWARTZ, Bernard. *American constitutional law*. United Kingdom: Cambridge University Press, 1955.

As Constituições e as Bill of Rights das colônias inglesas na América do Norte proclamavam estas mesmas garantias, “sempre associada a um corajoso princípio de resistência da cidadania contra o arbítrio dos governantes”.⁴⁶

Inspirados por discussões jurídicas na Inglaterra dos séculos XVI e XVII, capitaneadas pelo Sir Edward Coke, os norte-americanos reforçaram o controle do poder pelo uso e desenvolvimento do *due process of law*, tendo com bom exemplo o pressuposto maior de que ninguém pode julgar e ao mesmo tempo ser parte interessada no julgamento.⁴⁷

Ao longo de séculos, na Inglaterra e nos já Estados Unidos da América, o princípio do devido processo legal foi se consolidando cada vez mais como instrumento de proteção contra decisões arbitrárias do poder público, garantidores das liberdades individuais, a ponto de a Constituição Norte-Americana de 1787 e suas Emendas 5^a, 6^a, 9^a e 14 dedicarem específicas regras processuais, garantindo importantes direitos aos acusados, podendo ser assim sintetizados:⁴⁸ direito a julgamento por júri; proibição de alguém ser julgado duas vezes pelo mesmo fato; vedação de autoincriminação forçada; direito a julgamento rápido e público; por júri imparcial; prévio conhecimento da natureza e causa da acusação; “direito de defesa e ao contraditório, consistente na possibilidade de confrontar testemunhas de acusação, de produzir provas, inclusive, de obter compulsoriamente o depoimento de testemunhas de defesa”; direito de ser ouvido em audiência; “direito de contraditar argumentos”; “direito de conhecer e pronunciar-se sobre documentos juntados pela acusação”.

Desses advirão tantos outros direitos com o desenrolar das discussões judiciais e debates acadêmicos,⁴⁹ tanto nos Estados Unidos, seu principal

⁴⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 9.

⁴⁷ Siqueira Castro cita trecho do referido juriconsulto inglês, cuja transcrição merece ser aqui reproduzida: “*The censors cannot be judges, ministers and parties; judges to give sentence of judgment; minister to make summons, and parties to have the moiety of the forfeiture, quia aliquis non debet esse iudex in propria causa, imo iniquum est alequem suae rei esse judicem; and one cannot be judge and attorney for any of the parties [...]*” (Carlos Roberto Siqueira Castro, *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*, op. cit., p. 15).

⁴⁸ Todos os itens desse parágrafo podem ser encontrados nas emendas constitucionais estadunidenses, que foram ao longo do tempo aperfeiçoando suas regras para organização judiciária e processo. Adotam-se aqui as traduções livres do autor e de Siqueira Castro (ibid., p. 28- 29), as indicadas entre aspas, cujo trabalho é primoroso e merece leitura atenta para melhor compreensão do instituto do devido processo legal e sua história.

⁴⁹ Ótima síntese de Humberto Ávila para o conteúdo jurídico de devido processo legal: “nesse sentido, a expressão composta de três partes fica plena de significação: deve haver um processo; ele deve ser justo; e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente

criador, como nos países que receberam suas influências, *v.g.*, o Brasil. Questão interessante que foi possível perceber ao longo dos últimos dois séculos é a que informa tal princípio como mantenedor de dois comandos complementares, um denominado de substantivo e outro de processual. As cortes jurisdicionais norte-americanas utilizaram o instituto do *due process of law* como forma de delimitar quais garantias individuais deveriam ser respeitadas no curso de um processo (*procedure process of law*), assim como exigir que os julgamentos se pautassem em parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade (*substantive process of law*). Daí as expressões surgidas *substantiva* e *procedimental* para o instituto do devido processo legal.⁵⁰

Para fins deste trabalho, considerar-se-á o devido processo legal em sua concepção procedimental, já que a substantiva poderá ser obtida por meio dos princípios da legalidade e da igualdade.

As possibilidades de compreensão do conteúdo do devido processo legal são dinâmicas e abertas, cabendo nele todas as garantias processuais e até materiais que os indivíduos possuem em dada ordem jurídica. Independentemente, para facilitar a compreensão do referido princípio, a CRFB/1988 procurou abranger em normas explícitas aquilo que a história consagrou como conteúdo implícito do devido processo legal, cujas bases mínimas são: contraditório e ampla defesa, com presença imparcial de magistrados e garantida da oralidade tanto para defesa como para suas testemunhas, exigida ainda a motivação das decisões, a partir das provas e argumentos apresentados pelas partes. Uma parte do voto do min. Celso de Mello, no MS 26.358/DF,⁵¹ detalha adequadamente o conteúdo do devido processo legal no entendimento prevalecente do STF:

O exame da garantia constitucional do “*due process of law*” permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e

com os direitos fundamentais” (ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, a. 33, n. 163, set. 2008. p. 57).

⁵⁰ Para aprofundar no conhecimento desta discussão doutrinária, ver ÁVILA, Humberto, *op. cit.*, e DIDIER JUNIOR, Fredie, *op. cit.*

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 26.358/DF. Relator: min. Celso de Mello. *Diário de Justiça*, Brasília, 2 mar. 2007.

célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilegio contra a autoincriminação); e (l) direito à prova (Brasil, 2007).

A doutrina igualmente acompanha o entendimento acima explicitado pelo min. Celso de Mello; como exemplo se pode citar Humberto Theodoro Jr. para quem “a garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo”.⁵²

Pode-se, portanto, concluir que tal princípio, além de como já visto ser de eficácia plena e aplicabilidade imediata, direta e integral, funciona como:

- a. norma constitucional de competência que delimita a função legislativa, impondo-a a criar leis processuais correspondentes ao seu conteúdo informativo;
- b. princípio que auxilia na interpretação e integração das demais normas constitucionais processuais, assim como na das leis existentes;
- c. norma constitucional que proíbe a prática pelos órgãos do Estado de atuações incompatíveis com seu conteúdo;
- d. norma constitucional que confere aos cidadãos o direito subjetivo de obter das atividades de Estado, no curso de seus procedimentos decisórios (seja legislativo, administrativo ou jurisdicional), o cumprimento do seu conteúdo jurídico-processual.

Tudo isto tem uma razão histórica e até científica, pois os homens aprenderam que aqueles que ocupam poder (seja o legislativo, jurisdicional ou executivo) tendem a abusar dele, decidindo a partir de fatores emocionais e/ou irracionais, quando estejam de boa-fé, ou de forma racional mas intencionalmente prejudicial, quando há má-fé.⁵³ Exatamente por isso precisaram

⁵² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 27.

⁵³ Novamente Carmem Lúcia Antunes Rocha (Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro, op. cit., p 28) é precisa ao concluir seu artigo sobre os princípios constitucionais do processo administrativo: “Muitos cristos têm visto a história humana. De Sócrates a Dreyffus, a mão do homem tem usado formas de processo para processos sem forma e argumentos de lei para leis sem argumento”.

desenvolver sistemas complexos de governo, como a tripartição de poderes, e de procedimentos de decisão, como o instituto do devido processo legal.

Nunca é demais lembrar que seu surgimento se dá a partir da percepção de nossa civilização de que não pode um sujeito de direitos ser investigado, processado, ver instruído o processo e tê-lo julgado pelo mesmo agente estatal, pois aquele que investiga e instaura um processo contra outrem o faz apresentando uma tese, levando-o naturalmente a buscar confirmar sua própria tese durante a instrução e o julgamento.⁵⁴

Quando os nobres ingleses exigiram participar do julgamento de seus pares acusados pelo rei e os norte-americanos construíram todos os princípios integrantes do *due process of law*, todos fizeram-no exatamente com este fito.⁵⁵

VII.2 Neurociência e a justificação do devido processo legal

A ciência moderna, por meio da neurociência e psicologia avançada, conseguiu provar o que, por exemplo, os *founding fathers* suspeitavam: os homens agem por motivações que nem eles mesmos conseguem conscientemente compreender. Cumpre trazer aqui didáticos trechos da obra científica de Leonard Mlodinow:⁵⁶

- Os seres humanos também desempenham inúmeros comportamentos automáticos, inconscientes, mas tendem a não perceber isso porque a interação entre nossa mente inconsciente e a consciente é muito complexa. Essa complexidade tem raiz na fisiologia do nosso cérebro.⁵⁷
- Para garantir nosso perfeito funcionamento, tanto no mundo físico quanto no social, a natureza determinou que muitos processos de percepção, memória, atenção, aprendizado e julgamento fossem delegados a estruturas cerebrais separadas da percepção consciente.⁵⁸

⁵⁴ Nesse sentido, há decisão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 178.086/PR. Relator: min. Celso Limongi — Sexta Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 21 fev. 2011).

⁵⁵ Ademais, a própria criação da Tripartição dos Poderes é resultado da percepção de que a mesma pessoa que cria as leis não deve ser a mesma que a aplica e nem a que a julga. Consectário lógico inevitável para o Processo.

⁵⁶ MLODINOW, Leonard. *Subliminar*. Como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 166.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 265.

- Alguns cientistas estimam que só temos consciência de cerca de 5% de nossa função cognitiva. Os outros 95% vão para além de nossa consciência e exercem enorme influência em nossa vida — começando por torná-la possível.⁵⁹

Muito interessante o apanhado de pesquisas científicas modernas que Mlodinow traz para comprovar como nossa consciência não consegue sempre superar a força dos fatores emocionais e inconscientes presentes em nossos cérebros e DNA. São inúmeras e inúmeras pesquisas que merecem ser visitadas também pelos cientistas do direito. Cumpre aqui, ao título ilustrativo, citar alguns bons exemplos trazidos pelo autor:

- descrições floreadas em menus de restaurantes levam as pessoas a pedir comidas descritas poeticamente e as levam a classificar esses pratos como mais gostosos do que pratos idênticos descritos genericamente;⁶⁰
- nós julgamos produtos pela caixa (o que marqueteiros conhecem bem), livros pela capa, balanços anuais de corporações pelo acabamento brilhante do papel, médicos e advogados pela roupa;⁶¹
- vinhos franceses e alemães idênticos, com mesmo preço, na mesma prateleira do mesmo supermercado, foram comprados de forma diferente a depender da música que estava tocando naquele dia, se francesa, 77% dos vinhos vendidos eram franceses, se alemã, 73% eram alemães. Perguntados se a música influenciou a compra, apenas um comprador em cada sete disse que sim;⁶²
- 25% das testemunhas de crimes identificam como criminosas pessoas sabidamente conhecidas pelos policiais como inocentes (sejam pessoas já mortas ou figurantes da própria delegacia ali colocadas para fazer número);⁶³
- 50% das testemunhas indicam alguém posto na sala de identificação como o criminoso procurado, mesmo que sabidamente o verdadeiro criminoso esteja preso em outra sala;⁶⁴
- se dois falantes proferem exatamente as mesmas palavras, mas um deles fala um pouco mais rápido, alto, com menos pausa e maior

⁵⁹ Ibid., p. 573.

⁶⁰ Ibid., p. 325.

⁶¹ Ibid., p. 368.

⁶² Ibid., p. 375.

⁶³ Ibid., p. 932.

⁶⁴ Ibid., p. 939.

variação de volume, esse falante será considerado mais enérgico, inteligente e bem-informado;⁶⁵

- um discurso expressivo, com modulação na altura e no volume e com um mínimo de pausas notáveis aumenta a credibilidade e incrementa a impressão de inteligência.⁶⁶

As pesquisas ainda comprovam que não se escuta tudo o que se ouve, o cérebro é que completa o entendimento, para construir uma mensagem coerente. O mesmo ocorre com a imagem: os olhos não enxergam o cenário como nos parece mentalmente, as falhas da visão são completadas pelo cérebro, para que a cena também sirva de adequado referencial. A memória é extremamente falha, o cérebro é quem completa as recordações para que a história construída em nossa mente faça algum sentido lógico. O preenchimento das lacunas sensoriais depende de quem somos, como pensamos e quais nossos específicos referenciais.

Não se precisa ir tão profundamente em modernas pesquisas científicas para reconhecer o que nossa civilização já sabe, ao menos, desde Hume e Kant: nós criamos a realidade que somos capazes, por percepções inconscientes, de criar. A verdade não existe no mundo físico, nós é que a concebemos, a partir de nossas experiências e percepções construídas por nossas mentes. O mundo que vejo é o mundo que crio.

Assim, o Processo precisa ser desenvolvido de modo a evitar que um único homem-julgador seja capaz de construir isolada e solitariamente sua verdade, a qual ele denominará de real. Nem ao menos pode permitir que apenas um colegiado de julgadores,⁶⁷ que não todos os sujeitos processuais e especialmente as partes litigantes, construam a verdade processual.⁶⁸

⁶⁵ Ibid., p. 2414.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ A ciência também já demonstrou que o indivíduo tende a buscar aprovação, apoio e amizade do grupo em que ele está inserido, levando-o inconscientemente a distorcer a realidade para alcançar essa aprovação do grupo. Para aprofundamento nesses estudos, ver a obra citada de Mlodinow. Nessa direção alcançou Hannah Arendt, em seu *Origens do totalitarismo* (São Paulo: Companhia de Bolso, 2010. Edição Kindle.): “O que as massas se recusam a compreender é a fortitude de que a realidade é feita. Predispõem-se a todas as ideologias porque estas explicam os fatos como simples exemplos de leis e ignoram as coincidências, inventando uma onipotência que a tudo atinge e que supostamente está na origem de todo acaso” (op. cit., p. 8037).

⁶⁸ Eugênio Pacelli agrega as dimensões filosóficas do Estado Democrático de Direito com a compreensão do Devido Processo Legal na seguinte passagem de seu *Curso de processo penal* (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 98): “Assim, o processo assume os contornos de um verdadeiro lócus (lugar) argumentativo, no sentido de tornar possível o sonho pós-positivista de que a decisão judicial não seja obra única daquele

As decisões estatais precisam ser justas, e somente assim serão se conseguirem provir de um processo justo. Processo justo é aquele que segue regras procedimentais que tratem as partes envolvidas com a adequação necessária ao alcance do que se tem hoje como *due process of law*,⁶⁹ integrando o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Assim, prepara-se o entendimento do que venha a ser contraditório na moderna compreensão do Processo,⁷⁰ e como deve ser aplicado inquestionavelmente ao Processo Administrativo e mais fortemente ainda ao Processo de Tomada de Contas Especial.

VIII. O significado do princípio do contraditório

Todas as pessoas no Brasil, físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, são detentoras de determinados direitos e obrigações jurídicas, conforme delimita nossa ordem jurídico-constitucional (o mundo do direito).

Como somente há relação jurídica entre pessoas, para cada obrigação descumprida há um direito subjetivo violado. São faces opostas de uma mesma moeda. Pode ocorrer, no curso da vida real, o fato de alguma dessas pessoas acreditar que sofreu lesão a um direito subjetivo seu (ou está ameaçada de sofrê-la) em decorrência de suposto descumprimento de obrigação jurídica imposta por lei a outra pessoa, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB/1988. Nessa hipótese, o próprio direito entrega ao sujeito lesado, ou em vias de ser lesado, específico instrumento que lhe confira a reparação ou a proteção de seu direito subjetivo, em detrimento do outro que supostamente teria violado norma jurídica, vigente, válida e eficaz. O instrumento criado pelo direito

que detém a autoridade para fazê-lo. É dizer: o juiz não pode e não deve decidir segundo suas preferências e convicções pessoais, mas sim, a partir do diálogo e da interlocução mantida no processo com as partes. Com isso, obtém-se algo mais próximo do que, em doutrina, se afirma tratar-se de justo processo, encerrado por uma decisão democraticamente construída".

⁶⁹ Na Universidade de Oxford, o professor D. J. Galligan conduziu estudo minucioso sobre o tema, denominado "*due process and fair procedures*", em que procurou demonstrar o conteúdo da afirmação acima descrita. Cumpre transcrever a seguinte passagem de sua obra: "*That is precisely what fair procedures are about, for the means to fair treatment lie in fair procedures*" (D. J. Galligan, *Due process and fair procedures*, op. cit., p. 18).

⁷⁰ De fato, nem haveria tanta necessidade de serem conjuntamente explicitados, mas durante o processo constituinte de 1988 houve intenso debate e decisão de deixá-los evidenciados para que dúvida alguma restasse da intensão do povo brasileiro de ser partícipe das decisões estatais que intervissem em seus direitos.

para tanto é o Processo, cuja finalidade é a obtenção de um provimento estatal que assegure o cumprimento da ordem jurídica, protegendo ou reparando os direitos subjetivos daqueles que os detêm (seja um único indivíduo, seja toda a sociedade).⁷¹

A instauração de um processo visando esse desiderato é um direito subjetivo da pessoa, física ou jurídica de direito privado (especialmente no âmbito do Processo Civil), ou uma obrigação da pessoa jurídica de direito público (no Processo Penal e no Administrativo) quando esteja nomeada pelo direito para defender os interesses da sociedade ou do próprio Estado.

Aquele interessado que instaura um processo tem a necessidade de arguir a tese de que outro teria agido ilicitamente, e, portanto, deveria se submeter às consequências jurídicas de seu ato ilegal. Ademais, até o final da fase instrutora processual, é-lhe necessário comprovar os fatos ilícitos alegados.

O outro, a quem o processo instaurado se dirige, pode contradizer a referida tese (antítese), negando totalmente ou confrontando os argumentos expendidos pelo suposto interessado na instauração processual, bem como fazendo a contraprova à prova do interessado.

Ambos buscam, ao final, o provimento estatal, dizendo com quem está o direito e aplicando-o ao caso concreto. Esse provimento é realizado por um terceiro sujeito, normalmente um agente do Estado, necessariamente imparcial e não participante da formação da tese e nem da antítese, que, além de dar o provimento final, administrará o processo com vistas a garantir que as partes controversas arguam suas teses e antíteses, promovendo suas provas e contraprovas, todas em posições dialéticas isonômicas, simétricas faculdades de participação e arguição. Isso é o que se denomina de Contraditório.

Não obstante, jurisprudência e doutrina ampliam referenciais para o princípio em questão, merecedores de serem examinados neste trabalho.

⁷¹ Existe importante discussão doutrinária distinguindo o processo civil do penal quanto à sua justificação. Há o entendimento de Nelson Nery Jr., pelo qual o princípio do contraditório no âmbito do processo civil não apresenta tanta amplitude como no processo penal. Segundo o autor, no processo civil basta que as partes sejam ouvidas durante o processo e oportunizada a discussão isonômica da causa, dessa forma, o contraditório se resumiria em “bilateralidade da audiência”, de modo que o ato de citação implementa por excelência o contraditório, pois a partir desse momento o réu poderá deduzir a resposta, nas formas previstas em lei (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 21).

VIII.1 Posicionamento atual da doutrina nacional e da jurisprudência quanto ao contraditório

A doutrina nacional está bastante evoluída na discussão do conteúdo jurídico de contraditório, muito em função de o constituinte de 1988 haver erigido tal princípio como um direito e garantia fundamental, tanto para os litigantes em processo judicial ou administrativo como para os acusados em geral.

Contudo, muitas vezes assiste-se posicionamento de autoridades decisórias (em especial em processos administrativos) afirmando que no caso concreto teria havido o alcance do contraditório porque à parte se concedeu direito de apresentar por escrito suas razões. Nada mais imprecisa tal compreensão, pois o contraditório não pode ser resumido apenas ao “dizer e contradizer” pelas partes, pois essa situação constituiria um “contraditório estático” no qual a participação é fictícia, aparente e meramente formal.⁷² Conforme se detalhará a seguir, a extensão do contraditório abrange atos necessários, somente podendo ser limitados pelo tempo finito (prazo) da lei, como adverte bem Rosemiro Pereira Leal.⁷³

O direito ao contraditório deve ser garantido desde o início da instauração do processo, seja ele preparatório (na fase de inquérito) ou já instrutória e decisória, assim como na recursal.⁷⁴ Todas essas dimensões foram bem recebidas e até fortalecidas pelo STF.⁷⁵

Assim, não há dúvidas sobre seu peso principiológico e normativo, nunca podendo tal princípio ser limitado “a um simples direito de manifestação no processo”, mas alcançando o conteúdo de obrigar o julgador a considerar com isenção de ânimo os argumentos trazidos aos autos pelas partes no curso processual.

Sem contraditório não há defesa, seja ampla ou reduzida. Em outras palavras, de nada adiantaria dar a uma das partes ampla defesa sem que

⁷² Nesse sentido NUNES, Dierle José Coelho et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

⁷³ Rosemiro Pereira Leal, *Teoria geral do processo*, op. cit.

⁷⁴ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 21.847/SP. Relator: min. Felix Fischer — Quinta Turma. *Diário de Justiça*, Brasília, 7 abr. 2003).

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 22693/DF. Relator: min. Gilmar Mendes - Tribunal Pleno. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 13 dez. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617722>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

a ela fosse garantido ao mesmo tempo e como pressuposto o exercício do contraditório.

Antes de se adentrar em nossa doutrina e jurisprudência, merece destaque o didatismo de dois tratados internacionais incorporados por nossa ordem jurídica em 1992⁷⁶ — o Pacto Internacional de Direitos Políticos e Civil da ONU (art. 14) e o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º) — cujas principais normas podem ser assim descritas: todas as pessoas são iguais perante os tribunais; o tribunal tem de ser competente, independente e imparcial; o acusado tem direito de ser ouvido publicamente; o acusado tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa; o acusado tem direito de ser comunicado de forma minuciosa da natureza e dos motivos da acusação; todos têm o direito de dispor do tempo e meios necessários à preparação de sua defesa, por si ou por defensor de sua escolha; direito de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação, e de obter o comparecimento ao interrogatório das testemunhas de defesa ou dos peritos, nas mesmas condições de que dispõe as de acusação.

A) Contraditório e obrigatoriedade da independência e imparcialidade do julgador

O primeiro requisito para que seja efetivamente alcançado o contraditório é haver um julgador/tribunal imparcial e independente. Imparcial e independente de quem? Claro que daquele que acusa, seja em matéria penal, cível ou administrativa.

Sem independência e imparcialidade em relação ao formulador da tese de acusação, não existe qualquer possibilidade de se efetivar a norma constitucional do art. 5º, de eficácia plena e imediata: o princípio do contraditório.

Também não se consegue alcançar o conteúdo jurídico do princípio do juiz natural, ou aquele previsto nos tratados internacionais mencionados (Tribunal competente, independente e imparcial), pois como ensina Romeu Felipe Bacellar Filho: “se o acusador for o responsável pela preparação do provimento final, e estando psicologicamente vinculado à acusação, a sua imparcialidade está comprometida”.⁷⁷

⁷⁶ Incorporados à ordem jurídico-nacional por meio dos Decretos nºs 592/1992 e 678/1992.

⁷⁷ Op. cit., p. 428.

De tamanha clareza solar esse pressuposto que não há necessidade de maiores aprofundamentos teóricos. Não obstante, é assustador como esse seja talvez o mais negligenciado nos processos administrativos e nos de tomada de contas especial, em que aquele que instaura o processo é, ao mesmo tempo, o que instrui, dirige a prova e ao final decide.

Nulos são os processos litigiosos que não atendem tão básico e elementar princípio.

B) Contraditório e o direito de conhecimento e participação dos atos processuais

Como se sabe, o contraditório apresenta dupla faceta, pois expressa a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos processuais subsequentes, bem como a possibilidade de reação e resposta aos atos desfavoráveis.⁷⁸

Para que tudo isso se efetive, é igualmente óbvia obrigação a comunicação dos atos processuais às partes, a fim de que elas possam iniciar o diálogo processual, o qual será encerrado com o provimento, de onde o julgador estará apto a retirar desse diálogo sua síntese, a verdade processual.⁷⁹ Em outros termos, as partes devem ser ouvidas, devem apresentar provas e influir na formação do convencimento do magistrado, de modo que uma parte apresenta a “tese” enquanto a outra apresenta a “antítese”. Para tanto, é necessária a comunicação efetiva de todos os atos processuais, praticados pelo julgador ou pelo adversário, expressando-se na citação, intimação ou notificação, como se pode confirmar na jurisprudência dos Tribunais⁸⁰ e muito bem sintetizado no notório voto proferido pelo min. Sepúlveda Pertence, no julgamento do MS 23.5501/DF.⁸¹

⁷⁸ Idêntico posicionamento atual no Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 264660/SP. Relator: min. Franciulli Netto — Segunda Turma. *Diário de Justiça*, Brasília, 3 nov. 2003).

⁷⁹ Existem algumas importantes discussões doutrinárias que defendem inexistir a tal verdade real, e a única possível é a verdade auferida pelos elementos contidos em um processo, onde o contraditório esteja presente. Para maior aprofundamento, ver estudo de Richard-Paul Martins Garrel, *Reflexos antidemocráticos do princípio da verdade real no processo penal brasileiro*, op. cit., p. 70 a 135.

⁸⁰ Nesse sentido, há decisão do TJDF (BRASÍLIA. Tribunal de Justiça. *Processo* — 20130310112819. Relator: Sebastião Coelho — Quinta Turma Cível. Brasília, 16 dez. 2014).

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 23.550/DF. Relator: min. Marco Aurélio — Tribunal Pleno. *Diário de Justiça*, Brasília, 31 out. 2001. Disponível em: <<http://redir>.

Em suma, a dimensão desse direito é tão clara que causa tristeza precisar da pena do STF para clarear às autoridades administrativas suas obrigações de cumprimento ao contraditório.

C) Contraditório e o direito à produção de prova e contraprova

A questão do direito da produção da prova pelas partes é talvez o pressuposto do contraditório mais difícil de se ver realmente alcançado na prática, em especial nos processos administrativos e nos de Tomadas de Contas Especiais pelos Tribunais de Contas. Isso porque é negligenciado o fato pelos julgadores de que muitas vezes somente pela produção da prova ou da contraprova as partes conseguem comprovar seu argumento, sua tese ou antítese. Como visto, a doutrina é insistente quanto a esse direito. A jurisprudência também vem acompanhando esse entendimento quanto ao contraditório e o direito de produção probatória, podendo ser confirmado pela majoritária posição do STJ⁸² sobre o tema.

O Contraditório impõe que seja dado direito à produção da prova, como já dito, mas exige também que a outra parte, que não a solicitante ou produtora da prova, possa acompanhar *pari passu* sua produção, com seus advogados e assistentes técnicos, levantando suas dúvidas e apresentando suas conclusões.

Prova produzida sem que a parte adversa tenha sido intimada para acompanhá-la é prova nula, por violação ao contraditório, conforme também posicionamento jurisprudencial consubstanciado em inúmeras decisões do STJ⁸³ em caso envolvendo processo administrativo, em que se utiliza o princípio do contraditório para assegurar ao processado o direito de indicar assistente técnico e formular quesitos quando da produção da prova por comissão processante.

stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85979>. Acesso em: 5 out. 2016. p. 206, 258.

⁸² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 131.469/SP. Relator: min. Celso Limongi. Sexta Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 6 dez. 2010. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=130216&num_registro=200900484215&data=20101206&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 1º dez. 2016.

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 20.336/DF. Relator: min. Mauro Campbell Marques — Primeira Seção. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 1º abr. 2014. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34583795&num_registro=201302391427&data=20140401&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2016.

Se em determinado momento de qualquer processo, mesmo que as partes já tenham se manifestado sobre as principais questões trazidas até então aos autos, um dos interessados juntar cálculos, análises, petição, documento aos autos, é fundamental que seja dado direito à parte adversária de conhecer, contestar, apresentar novos dados que confrontem aqueles inovadoramente juntados aos autos.⁸⁴

Igualmente no caso de processo administrativo, o princípio do contraditório reflete em acesso aos elementos do processo com prazo suficiente para se preparar ao evento demarcado,⁸⁵ com a audiência do interessado; possibilidade de reação,⁸⁶ direito de produzir provas e contraprovas, direito ao silêncio sem prejuízos à parte e direito à revisibilidade (duplo grau),⁸⁷ com impossibilidade do *reformatio in pejus*.

Ainda em âmbito administrativo, o STJ decidiu⁸⁸ por garantir o contraditório, tanto assegurando vista de documentos indevidamente negados à parte interessada como determinando a instituição de outra comissão processante com membros novos, distintos dos da anterior comissão que fora descumpridora dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

No mesmo sentido é a jurisprudência para os demais ramos do direito processual, como se verifica em julgados do STJ.⁸⁹ Mesmo na hipótese de terceiro interessado, que não uma das partes, vier a apresentar algum elemento novo aos autos que sirvam ao convencimento do julgador, para que se garanta o contraditório, é necessário dar vistas às partes com tempo suficiente para suas análises, manifestações e confrontações.⁹⁰

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1086322/SC. Relator: min. Humberto Martins — Segunda Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 1º jul. 2009.

⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 9.511/DF. Relator: min. Arnaldo Esteves Lima — Terceira Seção. *Diário de Justiça*, Brasília, 21 mar. 2005.

⁸⁶ SANTA CATARINA. Tribunal Regional Federal (4ª Região). *Processo* — 5035033-57.2014.404.7200. Relator: Marga Inge Barth Tessler — Terceira Turma. Florianópolis, 8 out. 2015.

⁸⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Processo* — 10216080538640001. Relator: Oliveira Firmino — Sétima Câmara Cível. Belo Horizonte, 8 fev. 2013.

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 18.138/DF. Relator: Min. Humberto Martins - Primeira Seção. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 4 abr. 2014. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=33852486&num_registro=201200234136&data=20140404&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2016.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 237.696/MG. Relator: min. José Delgado — Primeira Turma, 22 Brasília, 22 maio 2000. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199901016894&dt_publicacao=22-05-2000&cod_tipo_documento=1&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2016.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 264660/SP. Relator: min. Franciulli Netto — Segunda Turma. *Diário de Justiça*, Brasília, 3 nov. 2003.

D) Contraditório e capacidade de reação simétrica entre as partes

A antiga visão do contraditório como tão somente garantia de participação e direito a informação e reação não mais se sustenta, já que a perspectiva da teoria moderna, nas palavras de Eugênio Pacelli, “garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão”,⁹¹ em verdadeira simétrica paridade de armas.

Bom exemplo da exigência de paridade de armas é o julgado do TRF da 1ª Região⁹² que rejeita o fato de serem usadas como provas gravações feitas unilateralmente por uma das partes seis anos antes de serem apresentadas em juízo, sem que tenha havido o competente exame público pericial, com a necessária participação de todos os sujeitos processuais. Como efeito inevitável, as partes devem participar ativamente na formação do provimento e com igualdade de meios processuais para fazer valer tal direito, tudo perante o juízo de instrução.⁹³

Por isso devem ser declarados nulos os processos administrativos e de tomada de contas especiais, nos Tribunais de Contas, em que os órgãos técnicos de assessoramento dos julgadores sejam por estes últimos mais ouvidos e mais respeitados do que as provas e *experts* apresentados pela parte que sofre a acusação.

Como bem lembram muitos dos processualistas citados, é o julgador quem tem o papel essencial de assegurar o contraditório no curso de todo o processo, à medida que garante a informação às partes para que se manifestem oportunamente. Além de dar o provimento final, a ele incumbe garantir que o contraditório seja efetivo, respeitado e atendido em todos os atos processuais.⁹⁴

⁹¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 43.

⁹² BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). *Processo* — 0000050-07.2013.4.01.0000. Relator: Hilton Queiroz — Quarta Turma. Brasília, 10 dez. 2013. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=500720134010000&pA=&pN=500720134010000>>. Acesso em: 1º dez. 2016.

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1253537/SC. Relator: min. Maria Thereza de Assis Moura — Sexta Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 19 out. 2011.

⁹⁴ BRASÍLIA. Tribunal de Justiça. *Processo* — 20120310185298. Relator: Simone Lucindo — Primeira Turma Cível. Brasília, 11 nov. 2015.

E) Contraditório e capacidade de influir verdadeiramente na decisão

Os processualistas mais modernos desenvolvem algo discutido fortemente na teoria do processo de que “o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa, que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso [...]”.⁹⁵ Assim, quanto ao julgador, o contraditório busca afastar decisões baseadas em elementos estranhos ao que foi efetivamente debatido pelas partes em momento oportuno,⁹⁶ ainda que a matéria discutida seja apreciável *ex officio*.

Até mesmo as súmulas, as jurisprudências e as normas que fundamentam a decisão precisam sofrer debate prévio, afastando-se surpresa no provimento final. Em suma, o princípio do contraditório em uma perspectiva democrática “permite que o cidadão assuma a função de autor-destinatário dos provimentos (jurisdicionais, legislativos e administrativos), cujos efeitos sofrerá”,⁹⁷ afastando-se uma sentença que seja construída tão somente pela vontade do julgador.⁹⁸ Se isso não for substancialmente conferido, o contraditório não terá sido efetivado como também já compreendido pelo STJ⁹⁹ e pelo STF.¹⁰⁰

F) Contraditório e o direito à oralidade

Ademais, como visto em todos os posicionamentos doutrinários, “ser ouvido” por um juiz imparcial é requisito para que o contraditório se estabeleça

⁹⁵ Dierle José Coelho Nunes et al., *Curso de direito processual civil*, op. cit., p. 88.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1307407/SC. Relator: min. Mauro Campbell Marques — Segunda Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 29 maio 2012.

⁹⁷ NUNES, Dierle José Coelho et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 93.

⁹⁸ Igual posição possuem os principais modernos doutrinadores no direito comparado. Depois de citar diversos juristas ingleses, norte-americanos e europeus continentais, Galligan conclui: “These elements combine to form a coherent whole, the distinctive mark of which is, according to Fuller, the mode of participation of the parties. Each is able to present proofs and reasoned arguments in its favour, and the decision must be founded on that basis. The adversarial nature of the procedure is its hallmark” (D. J. Galligan, *Due process and fair procedures*, op. cit., p. 244).

⁹⁹ Qualquer importante fato novo acrescido aos autos de um processo, mesmo que seja administrativo, deve ser objeto de vista, análise e contradita por parte dos interessados (STJ — MS 9.677/DF, Rel. ministra Marilza Maynard (desembargadora convocada do TJ/SE), Terceira Seção, julgado em 13/8/2014, *DJe* 22/8/2014).

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 116985. Relator: min. Rosa Weber — Primeira Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 10 abr. 2014.

em sua plenitude. A letra fria do papel desumaniza a parte, retira-lhe da condição de humano para a de mero objeto, de simples documento argumentativo, com tese e antítese.

O direito a ser ouvido por juiz imparcial está contido nos já mencionados tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário: Pacto Internacional de Direitos Políticos e Civil da ONU e o Pacto de São José da Costa Rica:

Artigo 8º — Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei (Organização dos Estados Americanos, 1969).

Artigo 14 — Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil (Organização das Nações Unidas, 1996).

Julgando caso concreto envolvendo processo administrativo, o STJ¹⁰¹ decidiu ser um direito da parte processada seu interrogatório, tendo em vista caracterizar princípio básico do contraditório e da ampla defesa, como posto na CRFB/1988. O mesmo ocorreu com julgamento em Tribunal de Justiça brasileiro.¹⁰²

Tem-se, portanto, que são mais do que preceitos doutrinários ou jurisprudenciais, são normas jurídicas que recebidas por nosso Estado obrigam todos os que precisam garantir o cumprimento do devido processo legal e do contraditório, como exigido no art. 5º da CRFB/1988. Tudo **independentemente de ser processo judicial ou até mesmo administrativo, nas hipóteses de litígio e/ou acusação administrativa.**

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 7152/DF. Relator: min. Jorge Scartezzini — Terceira Seção. *Diário de Justiça*, Brasília, 6 out. 2003. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=877696&nun_registro=200000913464&data=20031006&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2016.

¹⁰² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. *Processo* — 10155120018215001. Relator: Márcia Milanez — Sexta Câmara Criminal. Belo Horizonte, 26 jun. 2013. Disponível em: <www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10155120018215001>. Acesso em: 30 mar. 2016.

Conclusão

Como visto na introdução deste trabalho, a estrutura organizacional e o processo de formação das decisões condenatórias e fiscalizatórias previstas pela Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/1992) são correspondentes a um processo verticalizado, que concentra suas decisões no plano burocrático-estatal, não valorizando argumentos e fatos apresentados pelos envolvidos, pois o mesmo órgão que instaura o processo é aquele que gere a prova e ao final decide.

Esse tipo de processo é incompatível com o princípio do contraditório no estado democrático de direito, já que este pressupõe ao menos: (i) participação dialética e simétrica entre dois sujeitos ou mais; (ii) que esses dois sujeitos estejam em situação de absoluta equivalência na gestão do discurso e da prova; (iii) utilização de todos os meios permitidos em direito para a demonstração das alegações; (iv) não prevalência da prova de uma das partes em relação à de outra parte; (v) direito à oralidade por meio de audiência com presença física das partes; (vi) o julgador não ser um interessado no provimento.

Se o processo puder vir a acarretar supressão de direitos de pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, há necessidade de seguir integralmente o conteúdo jurídico do princípio do contraditório, assim como, obviamente, seu originário devido processo legal.

Tem-se, portanto, uma situação peculiar. A CRFB/1988 entregou importantes competências às autoridades de controle externo, concedeu-lhes função de interferir nos direitos de pessoas, em seus direitos administrativos (perda de cargo e função) e de propriedade, por meio de condenação de perda de direitos à restituição de dinheiro ao erário e ao pagamento de multas. Não obstante, o legislador ordinário criou leis muito aquém desse mister constitucional, acarretando ao fim um desperdício de tempo, dinheiro e trabalho, pois suas decisões terminativas e interlocutórias não conseguem ser produzidas sob o manto democrático atual dos princípios do contraditório e da ampla defesa, acarretando suas inevitáveis nulidades passíveis sempre de anulação pelo Poder Judiciário.

A Constituição e a legislação brasileiras, acrescidas da jurisprudência nacional majoritária e da quase unânime doutrina, impõem que se reconheça existirem pressupostos mínimos para que um processo venha a se constituir validamente, o que se pode sistematizar nos seguintes itens:

- a. Quanto ao **aspecto organizacional**, há necessidade de pelo menos três sujeitos integrando a relação processual:
 - i. aquele que pede/acusa (normalmente denominado de parte autora ou requerente);
 - ii. o que se defende (normalmente denominado de parte ré ou requerida); e
 - iii. o que, independente e imparcialmente, tem a incumbência de administrar os trâmites processuais e dar o provimento final (normalmente denominado de julgador).
- b. Quanto ao **aspecto processual**, na perspectiva das partes litigantes:
 - i. os sujeitos da relação processual têm o direito de serem citados, notificados e intimados de todos os atos processuais, desde sua instauração até o seu encerramento;
 - ii. as partes requerente e requerida têm o direito de aduzir suas pretensões e defesas de forma paritária;
 - iii. as partes têm o direito à defesa técnica, assim como de defenderem seus interesses de forma ampla;
 - iv. as partes têm o direito de reagir e responder aos atos processuais que lhes forem desfavoráveis;
 - v. as partes têm o direito de realizar, simetricamente, todas as provas necessárias para confirmar ou infirmar as alegações deduzidas;
 - vi. as partes têm o direito de acompanhar a prova solicitada e a ser produzida pela outra parte, indicando assistentes técnicos e formulando quesitos;
 - vii. as partes têm o direito de serem ouvidas paritariamente pelo julgador;
 - viii. as partes têm o direito de influir simetricamente na convicção do julgador;
 - ix. as partes têm o direito de que as decisões sejam motivadas de modo a representar uma “síntese” do contraditório (tese e antítese) exercido por elas próprias no curso do processo;
 - x. as partes têm o direito ao duplo grau de jurisdição.
- c. Na **perspectiva do Estado-julgador**, este deve exercer duas precípuas funções no curso do processo:
 - i. durante a fase de instauração da lide e de instrução: garantir o efetivo exercício do contraditório, em igualdade de condições entre as

- partes, assim como viabilizar a ampla defesa, dentro dos trâmites e prazos processuais;
- ii. durante as fases decisórias: decidir motivado com base nos argumentos e provas extraídos do processo, e aplicando a norma jurídica compatível com o caso.

Infelizmente a estrutura de nossos processos conduzidos pelos Tribunais de Contas está distante de alcançar referidos pressupostos. É necessário repensar tais institutos jurídico-processuais, aprimorando suas legislações e orientando melhor os agentes públicos que possuem o encargo de instruir e decidir processos de contas.

Espera-se que estas reflexões sejam mais bem debatidas no meio acadêmico e pelos aplicadores do direito nacional.

Referências

- ANDRADE, Mauro Fonseca. O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010. Edição Kindle.
- ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? *Revista de Processo*, São Paulo, a. 33, n. 163, set. 2008.
- _____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. O paradigma do estado democrático de direito e as teorias do processo. *Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, a. 3, n. 1, jul. 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CARVALHO NETTO, Menelick. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito*. A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 2012.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

FRIEDMAN, Lawrence M. *A history of American law*. 3. ed. Nova York: Simon & Schuster, 2005.

FUNGHI, Luis Henrique Baeta. Regulação e legitimidade democrática: o caso dos transportes terrestres no Brasil. Dissertação (mestrado em direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

GALLIGAN, D. J. *Due process and fair procedures*. Oxford: Clarendon Press Oxford, 2004.

GARREL, Richard-Paul Martins. Reflexos antidemocráticos do princípio da verdade real no processo penal brasileiro. Dissertação (mestrado) — Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, a. VII, n. 14, p. 9-68, abr. 2002.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Devido processo legal e o procedimento administrativo. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, v. 22, p. 118-132, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v. I.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Hiper-racionalidade inquisitória. In: BONATO, Gilson (Org.). *Processo penal, Constituição e crítica: estudos em homenagem ao prof. dr. Jacinto Nelson de Miranda de Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 475-485.

_____. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz. Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 46, n. 183, p. 141-153, julho./set. 2009. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194937/000871257.pdf?sequence=3>. Acesso em: 1º dez. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.

MLODINOW, Leonard. *Subliminar*. Como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 21.

NUNES, Dierle José Coelho et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*. A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34, n. 136, p. 6-28, out./dez. 1997.

SALLES, Alexandre Aroeira. *Estado democrático de direito e a reforma administrativa*. 2000. Dissertação (mestrado em direito) — Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. In: GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 205 a 221.

SCHWARTZ, Bernard. *American constitutional law*. United Kingdom: Cambridge University Press, 1955.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.