

A Dinâmica dos Prazos e o Instituto da Preclusão na Administração Gerencial com ênfase no Respeito aos Direitos Fundamentais

The dynamics of deadlines and the institute of estoppel in the new public management with emphasis on the respect for fundamental rights

Henrique de Almeida Villela Botelho¹
Victor Salgado²

Resumo:

Este trabalho tem por objetivo elucidar o debate acerca da necessidade de uma maior flexibilização de prazos legais em matéria de Administração Pública, quando se trata do envolvimento de Direitos Fundamentais nesta trama, e como a burocracia excessiva pode se tornar um óbice no respeito às garantias constitucionais, tornando-se incompatível dentro da nova Administração Gerencial. Por fim, o artigo busca consolidar o ponto de que a mera formalidade não pode superar as intenções concretas que vislumbrem égides do Estado de Direito, sob pena de perder-se o real significado deste modelo. Para tal, foi realizada extensa pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, que constitui o substrato desta produção, permeando leis em vigor, decisões dos Tribunais Superiores, obras, artigos e posições gerais de teóricos brasileiros e estrangeiros, além de dispositivos dentro da doutrina, tais como a instrumentalidade das formas. Recomenda-se a leitura a todos aqueles interessados pelo constitucionalismo no âmbito administrativo e processual.

Palavras-Chave:

Processo Administrativo. Administração Pública. Constitucionalismo. Direitos Fundamentais. Preclusão.

Abstract:

This paper intends to elucidate the debate around the need for a greater flexibilization of the legal deadlines inside the public management, especially when fundamental rights are involved, and to start the discussion on how the excessive bureaucracy can become itself an obstacle on the effectiveness of the constitutional rights, being thus unable to coexist on a broader level with the new, business-like, public administration. In ending terms, the article aims to consolidate the view that the mere formality cannot surpass concrete intentions that attend to the supremacy of the rule of law, under the risk of losing the real meaning of this model itself. To achieve this, jurisprudence, bibliography, articles and views of foreign and brazilian theorists were considered, allied with elements of the general doctrine, like the adoption of forms as mere instrumentality, means to an end. It is a recommended reading to all interested in constitutionalism applied to public management and processualism.

KeyWords:

New Public Management. Constitutionalism. Processualism. Legal Deadlines. Fundamental Rights, Stoppel

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: henrique.villela@direito.ufjf.br.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: vic.salgado@gmail.com.

1. Introdução

O presente trabalho possui como premissa, a ser aqui apresentada e combatida, o óbice que o excessivo formalismo representa para a consolidação dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Administrativo Brasileiro. Diante deste cenário, a partir da observação de inúmeras e extensas máculas que gravitam sobre este grave problema, foi feita a opção pelo aprofundamento na dinâmica dos prazos no processo administrativo, em especial no que tange ao instituto da preclusão, que de forma contundente se torna, não raro, verdadeira “mordaça”, legislativa e processual, sobre os direitos dos administrados.

Ocorre que o grande ponto a ser aqui esclarecido é a flagrante incompatibilidade da permanência de tais dificuldades em um contexto histórico que preza pela supremacia dos direitos fundamentais e do conteúdo das Cartas Magnas. Desta feita, ainda mais do que buscar soluções, esta produção objetiva apresentar como a academia e a legislação pátrias já constituem substrato teórico suficientemente rico que justifique e até mesmo exija uma reversão deste quadro.

Como abordagem mais específica e concreta deste terreno, se propõe a necessidade de flexibilização da dinâmica dos prazos processuais no processo administrativo, campo este que, não obstante seja muito influenciado por sua contraparte judicial, ainda se encontra muito atrás desta no concerne à infusão dos direitos fundamentais em seus procedimentos corriqueiros.

Para tal, conforme já exposto, a construção deste *paper* envolveu, quase que em sua totalidade, pesquisa jurisprudencial, bibliográfica e legislativa relativa ao tema abordado, de forma que consiste em um breve compêndio das construções doutrinária e pretória progressistas contemporâneas. A partir deste ensejo, buscou-se apresentar, sobre o plano de fundo do referido substrato, a recente Administração Gerencial como uma perspectiva de solução para a problemática apresentada, haja vista tratar-se de proposta de modelo de gestão pública que detém o potencial necessário para aprimorar a atual conjuntura da prestação administrativa nacional – instituindo mecanismos de eficiência sem prejuízo do interesse público.

Dando início ao estudo, se apresenta breve contextualização do tema e contexto em que se situa, em uma era de primazia dos axiomas constitucionais.

2. A seara administrativa e a tutela constitucional

Ocupando o mais alto posto dentro de um sistema legal, a Constituição elenca em seu texto todos os elementos considerados essenciais de forma a manter coesas as ordens política, econômica, jurídica e social de uma comunidade, sendo, assim, a referência para o desenvolvimento e a interpretação de todos os diplomas legais que a sucedem. Nossa atual Constituição Federal, datada de 1988, concentra em seu texto duas das maiores conquistas políticas de todos os tempos: os direitos fundamentais e a democracia. A conjugação destes fatores compõe o cerne de toda a estrutura do Estado Democrático de Direito, os dotando de uma forte interdependência, haja vista que entre estes conceitos há um movimento fluído e circular, onde cada um acaba por ser a origem, o fiscal, a finalidade e as condições de existência do outro.

Ocorre que esta permeabilidade legal da Constituição não teve imediata aplicação. Sua posição como referência para todo o ordenamento e como lastro positivo para a jurisdição apenas surgiram com a crise do Estado liberal-burguês, na forma de produto direto da “inflação legislativa” que marcou este período, e em decorrência das atrocidades cometidas pelos regimes totalitários até a metade do século XX. Tais acontecimentos foram o gatilho que despertou a força normativa da Constituição, sufocada pelo positivismo de outrora sob o jugo de que seus preceitos de caráter geral e abstrato careciam de conteúdo e diretriz prática.

Tal perspectiva de primazia constitucional acabou por originar o que hoje se entende pelo processo de constitucionalização do direito, que nada mais é do que uma releitura do Direito, em todas em suas searas, sob a ótica dos preceitos constitucionais, cenário em que advém nossa atual Constituição, tornando-se um marco de transição política e jurídica. Desta forma, é inevitável concluir que com o Direito Administrativo não foi diferente, podendo-se ainda afirmar que foi neste âmbito, caracterizado como a cartilha que guia a atuação do Estado, que a constitucionalização atuou com maior vigor, tanto para efetivar as garantias constitucionais que dependiam de sua omissão quanto para garantir que este prestasse todas as outras que assim, positivamente, exigissem sua intervenção. A adoção da constitucionalização trouxe como bagagem, uma desconstrução da ciência constitucional, inaugurando uma nova era que é hoje batizada como neoconstitucionalismo.³

³ O termo neoconstitucionalismo não faz referência a uma única concepção teórica, mas às diversas visões que conservam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica a reunião sob um mesmo rótulo.

A imersão definitiva da atividade administrativa na fonte constitucional invoca o que Gustavo Binjenbojm (2008) chama de juridicidade administrativa, que traz como consequência a descaracterização da lei como fundamento primeiro da atuação da Administração Pública, relegando-a a papel acessório neste quesito. O mestre completa:

[...] Ademais, a normatividade decorrente da principiologia constitucional produz uma redefinição da noção tradicional de discricionariedade administrativa, que deixa de ser um espaço de liberdade decisória para ser entendida como um campo de ponderações proporcionais e razoáveis entre os diferentes bens e interesses jurídicos contemplados na Constituição. A emergência da noção de *juridicidade administrativa*, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas em *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*. O antigo mérito do ato administrativo sofre, assim, um sensível estreitamento, por decorrência desta incidência direta dos princípios constitucionais. (BINENBOJM, 2008, p. 71)

Assertado este quadro, chega-se ao ponto crucial de que o Direito Administrativo não só é inundado pelos preceitos constitucionais, mas funde-se a eles, tornando-se instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais, tanto em sua dimensão subjetiva quanto em sua dimensão objetiva, jurídica, produzindo reflexos em todos os sentidos. As circunstâncias logicamente assim nos obrigam a pensar de forma instrumentalizada e teleológica quanto à Administração, tratando-a como um meio e, leia-se, o mais eficiente possível, para atingir as determinações de nossa Carta Maior, o que se estende à sua organização, seus atos e seu procedimentalismo, construindo sua própria estrutura principiológica.

3. A administração gerencial sob a luz dos direitos fundamentais.

A Administração pública estrutura-se ao longo do tempo e se desenvolve em uníssono com as demandas sociais.

Inicialmente, ela desponta com a chamada Administração patrimonialista, onde a Administração está diretamente ligada à figura do administrador, que tem como seu

Dessa forma, autores positivistas; não-positivistas; procedimentalistas; comunitaristas e do liberalismo político podem se intitular neoconstitucionalistas por defenderem a constitucionalização da ordem jurídica e, por conseguinte, a efetivação dos direitos fundamentais e a proteção das minorias. O ponto de divergência se dará na seguinte questão: Como devem ser compreendidos e aplicados os valores morais incorporados pela ordem constitucional? “SARMENTO, 2009”.

patrimônio, o patrimônio do Estado. Isso pode ser representado, por exemplo, com a França de Luís XIV, no século XVII. O soberano afirmava: “o Estado sou eu”. Não havia bens públicos e tampouco, particulares. A *res publica* não é diferenciada da *res principis* e todos os bens são do soberano, do Estado. Como consequência, a Administração patrimonialista tem como característica o privilégio de determinadas “camadas sociais”, sobretudo a nobreza real, formada pelos auxiliares do soberano.

Com o desenvolvimento histórico e a ascensão do Capitalismo, impulsionado pela Revolução Industrial, concretizou-se a Administração burocrática. Nela, buscava-se um rígido controle através das exigências de procedimentos e observância das formas. A Administração burocrática surge para combater a personificação da Administração, para garantir a ela uma separação do administrador, com instrumentos como a impessoalidade, formalismo e a hierarquia funcional. Uma característica positiva, alcançada pela Administração burocrática foi a profissionalização dos servidores públicos, com a efetivação da carreira e a fixação de leis específicas.

O modelo burocrático parte de uma desconfiança prévia nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas. Por isso, são sempre necessários controles rígidos nos processos administrativos.

Contudo, com o advento do Estado Social, as demandas sociais e as garantias que surgiram como consequência, a estrutura estatal tornou-se muito grande. Assim, a necessidade de que uma demanda perante à Administração fosse analisada por diversos setores fez com que a burocracia se tornasse sinônimo de morosidade.

Destarte, em meados do século XX concretiza-se a Administração gerencial, que se espalha de forma desigual - pois depende do ritmo e das demandas de cada país específico - e se consolida com o fortalecimento da Globalização, o surgimento do Modelo Neoliberal, com Margaret Thatcher e o destaque das Transnacionais. Um dos fundamentos da Administração gerencial é o foco em resultado e na eficiência, uma prioridade consolidada nas empresas privadas inspiradas no pós-fordismo. (cita-se a, título de exemplo, a aplicação da Meritocracia em grandes empresas para concessão de bônus e benefícios). Essa proposta da iniciativa privada foi transportada para a Administração Pública como tentativa de superação de um quadro de inflação burocrática e legal, culminando em uma sinergia entre a iniciativa privada e a administração pública e a aplicação dos pontos positivos da estrutura privada na estrutura pública.

Em relação a essa aproximação entre setor privado e público, Egon Bockmann Moreira (2010) reprovava o fato de se aplicar à Administração Pública um parâmetro

relativo ao setor privado, que objetiva o lucro, o que poderia gerar distorções, já que aquela tem valores diferentes a realizar, como a estrita obediência às normas jurídicas e o pleno atendimento dos direitos do cidadão, os quais poderiam ser preteridos em favor da produção de resultados estatísticos e financeiros. Não obstante, haveria o risco de que outras normas sofressem derrogação ou atenuação em favor da eficiência.

Porém, essa opinião contrária pode ser amenizada com a submissão à lei e à moral desse princípio constitucional, que é a eficiência. Afinal, é inegável que ela ampliou a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos e é uma resposta a morosidade, conciliado com o princípio da instrumentalidade das formas.

Esse princípio não dispensa o formalismo. Apenas tira o seu absolutismo, fazendo com que as exigências formais sejam relativizadas em detrimento da priorização do conteúdo e da resolução de uma demanda com eficiência e celeridade.

Tal desenvolvimento da Administração gerencial também deve ter como meta a concretização dos direitos fundamentais, especialmente quando se leva em conta a atual fase do processualismo, chamada Instrumentalista. Essa fase visa à aplicação, à prática dos direitos fundamentais no trâmite processual. Assim, o presente *paper* tem o objetivo de demonstrar que a progressiva adoção da Administração gerencial em detrimento da Administração burocrática pode levar, felizmente, a uma progressiva materialização dos direitos fundamentais indisponíveis. No próprio Art.37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), encontram-se positivados cinco princípios da administração pública - legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência - sendo que o da eficiência foi adicionado com a Emenda Constitucional nº 19 de 1998. Isso reflete a busca do ordenamento de conciliar a Administração gerencial com a consagração e aplicação dos direitos fundamentais indisponíveis.

4. A preclusão no âmbito dos direitos fundamentais

A evolução do constitucionalismo contemporâneo encontra-se atrelada ao aperfeiçoamento da doutrina dos direitos fundamentais, cujo estudo vem recrudescendo desde a Segunda Guerra Mundial, ainda não esgotada hodiernamente. Com relevante destaque para os países europeus, como Alemanha, Itália e Portugal, na vanguarda de tais direcionamentos, inaugurou-se a época do “neoconstitucionalismo”, notadamente marcada pela constitucionalização das relações que permeiam todo o ordenamento

jurídico, sejam elas de caráter privado ou público, afirmando a supremacia da Constituição e da valorização da força normativa dos princípios e dos valores que lhes são subjacentes.

Neste ínterim, a supremacia constitucional revela-se um tema relativamente novo na história do constitucionalismo brasileiro, que destoantes algumas vozes esparsas, apenas começou a ser encarado com seriedade e afinco a partir da promulgação da Carta Magna datada de 05 de Outubro de 1988. Anteriormente, o ordenamento jurídico pátrio carecia de legitimidade democrática, aqui considerando o texto de 1967-69, que obstava a ampla constitucionalização do Direito.

No Brasil, a proteção oferecida pelas Constituições anteriores à de 1988 era estritamente formal. Apesar de ser possível a dedução de certa proteção da pessoa humana dos textos constitucionais mais antigos que tutelavam as liberdades fundamentais, estas se vinculavam à liberdade de contratar e de exercer as faculdades do direito de propriedade sem interferência do Estado. Não havia uma real proteção da pessoa e dos valores que lhe são indispensáveis, posto que a preocupação consistia em fixar limites à intervenção do Estado tendo por base a consagração das liberdades do homem. A expressão liberdade estava profundamente vinculada à ideia de um espaço não violável pelo Estado (RAMOS, 1998) – ideia de abstenção que como tal não comportava a noção de promoção de um espaço onde o homem pudesse desenvolver de forma autônoma sua personalidade.

A partir da promulgação da Constituição Cidadã, verificou-se a dedicação única e exclusiva do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) para elencar todo um rol garantidor de preceitos, visando concretizar um dos princípios fundamentais da República brasileira, a dignidade da pessoa humana.⁴

Destarte, todo o ordenamento jurídico vinculou-se a tal direcionamento, buscando sempre a efetivação desta tutela. No âmbito da Administração Pública, a conduta não foi

⁴ O primeiro momento histórico em que a dignidade da pessoa humana foi recepcionada como princípio constitucional foi na Carta Constitucional da República Alemã de 1949. *Art. 1º. (proteção da dignidade da pessoa humana) A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger.* Constata-se que a partir do marco histórico do texto constitucional alemão, a constitucionalização da dignidade da pessoa humana enquanto princípio arraigou-se a várias constituições contemporâneas. A história do constitucionalismo brasileiro, entretanto, não acompanhou de imediato essa transformação, pois, embora sejam encontradas algumas manifestações constitucionais destinadas a proteger a pessoa humana, tal proteção, antes de 1988, era restrita à defesa da liberdade individual, e, meramente formal. Convém trazer a título de exemplo a edição do Ato Institucional nº. 5, no ano de 1968, época da ditadura militar que, ao fundamentar a defesa do regime institucionalizado, dispôs ser o mesmo baseado na liberdade e no respeito à dignidade da pessoa humana.

diferente, revelando-se uma inesgotável e incessante busca para a moralização das relações entre administração e administrado e a proteção deste.

O processo administrativo, considerado pela melhor doutrina como uma relação jurídica integrada por algumas pessoas, numa relação bilateral em que figuram como partes o particular e o Estado (parte e juiz), que nela exercem atividades direcionadas para um objetivo final, que neste caso é o ato administrativo final, passou a resguarda-se a partir de uma série de princípios. Dentre estes, destacam-se como de preponderante relevância os princípios do devido processo legal; oficialidade; contraditório e ampla defesa; publicidade; informalismo procedimental e verdade material.

O devido processo legal, subsidiário ao princípio da legalidade, vincula tanto o administrado quanto a Administração Pública à estrita observância dos dispositivos legais, representando uma limitação à desproporção de forças entre os envolvidos, bem como a jurisdicionalização do processo administrativo. Está expresso no inciso LIV, art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que dispõe: “*Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”.

O princípio do contraditório, tendo sua incidência recaindo efetivamente sobre os processos administrativos litigiosos, constituiu o direito das partes de manifestarem-se durante o processo, seja interpondo recursos, contestando alegações, impugnando atos e atividades, dentre outros. Afigura-se como corolário natural da ampla defesa.

A publicidade dos atos revela-se sensata maneira de coibir abusos de autoridade e violação de direitos dos administrados, garantindo-lhes as prerrogativas de acesso às informações pertinentes sobre os processos, obtenção de certidões, vinculando o Estado ao dever de realizar a maior divulgação possível dos atos que pratica, promovendo a maior transparência possível. Faz-se aqui importante correlação entre os princípios já citados, pois a maior transparência administrativa garante a efetiva possibilidade de concretização do direito de defesa, do contraditório.

Apesar da pluralidade de leis e atos regulamentares, quando determinado mérito de processo administrativo não se encontra previsto em tais meios normativos, o administrador não terá a obrigação de vincular-se aos excessivos rigores das disposições, tendo que seguir, entretanto, um procedimento adequado visando compatibilizar os trâmites do processo administrativo com o objetivo a que é destinado. Infere-se, daí, o princípio do informalismo procedimental, importante caminho para a concretização do direito em si que, em grande parte das vezes, está obstaculizado pelo excessivo formalismo da letra da lei.

Procedendo a análise dos princípios que permeiam o processo administrativo, figura-se o da verdade material, que preconiza a persecução da efetiva verdade resultante dos fatos que a constituíram. Cabe ao administrador buscar tal posicionamento, abdicando de procedimentos meramente formais. É a partir de tal preceito que se discute a admissibilidade de provas ilícitas no processo que, antes rechaçadas peremptoriamente, agora se encontram possíveis em algumas exceções, quando respeitados os princípios da proporcionalidade e da moralidade, sempre alvejando a preponderância do interesse público.

Analizados a evolução histórica da ingerência do constitucionalismo moderno na aplicação do Direito, além dos princípios reitores do processo administrativo bem como do funcionamento da Administração Pública, passar-se-á ao tratamento de relevante questão - controversa nos dias atuais -, contrapondo a soberania dos princípios fundamentais no que tange ao instituto da preclusão. Até que ponto devem ser mitigados direitos fundamentais para que se perpetue a preclusão administrativa, garantindo a procedência da coisa julgada?

A definitividade da sentença é característica solidificadora da prestação jurisdicional, garantindo à parte em litígio a “coisa julgada”, preestabelecida na Constituição Federal, que impossibilita a revisão da decisão tomada pelo Estado-Juiz, quando entregue definitivamente. Como a Administração Pública não exerce função jurisdicional, as decisões proferidas no âmbito administrativo carecem de tal definitividade. Quando esta ocorre, é relativa, visto que a decisão pode ser reformada pelos órgãos jurisdicionais aqui representados pelo Poder Judiciário. Assim, a “coisa julgada administrativa” significa, tão somente, que a decisão tomada por órgão administrativo não mais poderá ser revista na esfera da Administração Pública, tendo o administrado que recorrer ao Poder Judiciário caso considere que houve atentado a algum direito inerente à sua pessoa.

Nas palavras da insigne professora Ada Pellegrini Grinover (2012):

Cuida-se, aqui, da chamada preclusão administrativa – para alguns chamada impropriamente de coisa julgada administrativa – pela qual o ato administrativo, esgotados ou inexistentes os recursos contra ele, adquire estabilidade, e não mais pode ser modificado pela Administração. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “Preclusão é a perda de uma oportunidade processual (logo, ocorrida depois de instaurada a relação processual), pelo decurso do tempo previsto para seu exercício, acarretando a superação daquele estágio do processo (judicial ou administrativo)”. Embora não tenha autoridade de

coisa julgada, a ocorrência da preclusão administrativa impede que a questão venha a ser ali rediscutida (GRINOVER, 2012.)

Prosseguindo nos ensinamentos proferidos pela douta professora, consideram-se como princípios intrínsecos à preclusão administrativa a segurança jurídica, a boa-fé e a proteção à confiança. Assim, se permitida fosse, a revisão incessante das decisões administrativas acabaria por debulhar tais princípios, acarretando uma perda de segurança jurídica em que seria o maior prejudicado o administrado, vez que o particular não teria qualquer tipo de controle ou mesmo consciência a respeito das providências que a Administração Pública viria a tomar a partir daquele ponto. Abdicar-se-ia de elevado grau de estabilidade e vulneraria o procedimento administrativo instaurado. No que concerne à proteção da confiança, aspecto subjetivo da segurança jurídica, correr-se-ia o risco de o administrado desacreditar nos serviços prestados pela Administração.

Os princípios referidos são considerados tão preponderantes que a jurisprudência pátria já compactuou com situações anômalas a fim de não feri-los, como se vê em decisão⁵ do Supremo Tribunal Federal que, analisando a Lei n.º 9784/1999, convalidou ato administrativo de transposição de carreira em favor de servidor, ainda que calcado em lei supostamente inconstitucional, pois já havia consolidado situação jurídica do destinatário e, portanto, merecia proteção em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Concessa vênua, discordamos do pensamento da professora Ada Pellegrini Grinover bem como de parte da doutrina pátria, considerando que seria plausível o sopesamento do instituto da preclusão administrativa em face de princípios constitucionais que visam à consecução dos direitos fundamentais.

A primeira consideração refere-se aos estudos de processualistas italianos, dentre eles Carnelutti, que admitem ser possível a revisão da coisa julgada administrativa quando ocorre fato posterior capaz de alterar a relação fática preexistente antes da prolação da sentença. Assim, a sentença traz implícita a causa *rebus sic stantibus*, representante da Teoria da Imprevisão, afirmando que sempre que as circunstâncias que envolverem a formação intelectual do agente julgador não forem as mesmas no momento da execução da obrigação, há que se reajustá-la, de modo a não trazer graves prejuízos às partes interessadas.

⁵ STF, Tribunal Pleno, Mandado de Segurança 25540/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 19/05/2004, publ. no DJ em 18/06/2004

O Código de Processo Penal, advindo do Decreto-lei n. 3689, de 3.10.1941, em seu artigo 18, traz a seguinte disposição: “*Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia*”. Na mesma direção, está a Súmula 524 do egrégio Supremo Tribunal Federal, que preconiza: “*Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas*”. Utilizando-se do recurso da analogia, cujo intuito é suprir “a vontade da lei”, visto que tal preceito não está consubstanciado em dispositivo específico, pode-se transportar para o âmbito da “coisa julgada administrativa”, revendo decisão devido a fato posterior em que ocorram mudanças fáticas, sem prejuízo dos princípios vetores do processo.

A nosso ver, em homenagem aos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, à sentença também é plausível a revisão por fatos pretéritos a esta, existentes no momento do processo e que, por desrespeito ao contraditório ou ampla defesa, não foram considerados na motivação racional do julgador.

Ao prolatar sentença administrativa atentatória aos direitos fundamentais do administrado, este deverá recorrer ao órgão jurisdicional para ter sua pretensão devidamente analisada, movimentando todo um aparato, tirando o Judiciário da inércia. Os custos para tal ação são elevados, tanto para o Estado quanto para a parte que, muitas das vezes, se vê impossibilitada de arcar com tamanho dispêndio, o que fere o amplo acesso à justiça, dentre outros princípios. Desse modo, a revisão no próprio âmbito administrativo, desde que racionalmente justificada, traria elevados ganhos financeiros e sociais. A oportunidade de reparação dar-se-ia sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, fluindo de maneira mais célere tanto para a Administração Pública quando para o administrado, além de acarretar ônus financeiros menores ao erário público e ao bolso do contribuinte.

Em determinados casos, abdicar do rigorismo excessivo da letra da lei não significa atentar contra a segurança jurídica e a todo o ordenamento jurídico, visto que se permitiria tal âmbito de atuação apenas quando os direitos fundamentais e seus princípios vetores consagradas na Carta Maior fossem atingidos.

5- ○ conflito entre os princípios da preclusão e da verdade material à luz da
lei 9784/99

A inserção e previsão das garantias do devido processo legal nos processos administrativos em que haja litigantes foi uma das grandes inovações trazidas pela Constituição de 1988. O inciso LV do art. 5º mostra-se intimamente relacionado ao inciso LIV do mesmo artigo, ao prever a exigência de uma atuação administrativa processualizada. Desse modo, pode-se afirmar que o devido processo legal desdobra-se nas garantias ao contraditório e a ampla defesa, e não somente às situações de possibilidade de privação de liberdade e de bens.

Nessa linha, dá-se proeminente relevo, no atual direito administrativo, ao hodierno entendimento acerca da processualidade no campo da função administrativa, seja para transportar para a atuação administrativa os princípios do “devido processo legal”, seja para determinar obrigações mínimas no que concerne a atuação da administração.

Paralelamente, no processo administrativo vigora o princípio da verdade material, ligado ao princípio da oficialidade, que vincula a decisão do administrador público a fatos tais como se apresentam na realidade, sendo obrigatória a inclusão no processo de todos os dados, informações e documentos a respeito da matéria tratada, sem permanecer restrito à versão e os aspectos trazidos pelas partes.

No entanto, no que tange a aplicação do princípio da verdade material no processo administrativo, deve-se ter em vista que a Administração tem como escopo o controle da legalidade do ato administrativo e, por esse motivo, faz-se necessária uma maior liberdade na busca das provas necessárias à formação da convicção do julgador no processo administrativo. Afinal, o que se tem em vista é descobrir se realmente ocorreu ou não o fato gerador, garantindo a legalidade do ato.

Verifica-se que a própria Lei nº 9.784, de 1999 (BRASIL, 1999), que regula o processo administrativo no âmbito federal, apresenta diversas contribuições à flexibilização da rigidez do sistema processual, viabilizando a aplicação do princípio da verdade material, como, por exemplo os artigos 36, *in fine*, e 37⁶, ao estabelecer que, quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão

⁶ Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, *sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.* (grifo nosso)

Art. 37. Quando o interessado declarar que fatos e dados estão registrados em documentos existentes na própria Administração responsável pelo processo ou em outro órgão administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

administrativo, o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias.

Já o artigo 38⁷ mesmo diploma flexibiliza o rigor do rito processual, permitindo que requerimentos probatórios possam ser feitos até a tomada da decisão administrativa.

E nessa esteira, o artigo 63, § 2º⁸, admite a revisão pela Administração do ato ilegal mesmo não tendo sido conhecido o recurso desde que não operada a preclusão administrativa. Por sua vez, o artigo 65, parágrafo único⁹, prescreve que poderão ser revistos, a qualquer tempo, os processos administrativos de que resultem sanções quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Considerando os dispositivos legais supramencionados, e havendo por necessário tanto quanto obrigatório o controle da legalidade dos atos administrativos, representativos do agir estatal, pelo que, não obstante a necessidade do instituto da preclusão para o eficaz prosseguimento do processo administrativo, sua observância deve ser mitigada tendo como norte a prevalência da aplicação da justiça, pois se busca a verdade material como princípio reitor da atuação da Administração Pública.

Nesse sentido, pode-se observar que as instâncias superiores do Poder Judiciário, ao decidirem causas em processos judiciais que envolvam a juntada de documentos fora do momento adequado, têm se posicionado de forma menos rigorosa no que diz respeito ao formalismo estrito do texto legal, especialmente o art. 396¹⁰ do Código de Processo Civil. Conforme esclarece Maurício Giannico (2007):

Além disso, o próprio art. 397 do Código de Processo Civil abre uma exceção a essa regra geral proposta pelo art. 396, dizendo ser lícito às partes, "em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que

⁷ Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

⁸ Art. 63. O recurso não será conhecido quando interposto: (...)

§ 2º *O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa.* (grifo nosso)

⁹ Art. 65. Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Parágrafo único. Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção. (Grifo nosso)

¹⁰ Art. 396. Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.

foram produzidos nos autos". E é bastante intuitivo que assim seja. Basta pensar que o demandante, por exemplo, ao propor uma demanda, obviamente ainda não sabe quais serão as futuras defesas que podem vir a ser deduzidas pela parte contrária. Nesse mister, não seria lógico e tampouco exigível que ele tivesse que vislumbrar previamente todas as possíveis defesas da parte adversária e, num verdadeiro exercício de adivinhação, acostasse à sua petição inicial os documentos hábeis a rebater alegações que sequer foram feitas ainda.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu de forma similar, conforme se pode verificar da ementa do acórdão proferido pela Quarta Turma no Recurso Especial nº 431.716, em 22/10/2002, abaixo transcrita:

II - Somente os documentos tidos como indispensáveis, porque "substanciais" ou "fundamentais", devem acompanhar a inicial e a defesa. A juntada dos demais pode ocorrer em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocultação premeditada e de surpresa do juízo.

Na mesma linha, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região já proferiu decisão em que se posiciona pela elevação do princípio da verdade material em detrimento da preclusão nos processos administrativos, conforme o acórdão proferido pela Quinta Turma em Ação Cível (processo nº 9604061119 / SC), em 17/09/1998. Confira-se:

3. Embora tenha o INSS alegado a correta manutenção do benefício somente em razões de apelação juntando, nesta oportunidade, documentos, há que prevalecer o princípio da verdade material e da indisponibilidade do interesse público diante do princípio formal da preclusão. O sistema processual torna a Fazenda Pública imune aos efeitos da revelia, confesso e trânsito em julgado de sentença sem reexame necessário, típicos da preclusão, o que evidencia que a verdade material, nas lides contra a autarquia, se sobrepõe à verdade formal.

Deveras, impedir a juntada de documentos necessários à boa instrução do processo sem qualquer justificativa plausível é, em última análise, ilegitimamente comprometer seu bom julgamento, abrindo espaço para que sejam proferidas decisões injustas e contrárias ao Direito. Ao contrário, reconhecendo a admissibilidade da prova da ilegalidade de um ato administrativo apresentada a destempo, conquanto destoe da letra da lei processual em sentido estrito, se coaduna com os mandamentos contidos em diversos princípios administrativos e atende especialmente a considerações de ordem teleológica: se a finalidade do processo é a atuação da ordem jurídica, esta só será alcançada com a perfeita apuração da verdade dos fatos. (LOPES in GIANNICO, 2005)

Ao proceder dessa forma, a autoridade administrativa respeita os princípios que devem ser observados pela Administração Pública, previstos na Constituição Federal e na Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 1999), especialmente os requisitos da moralidade e da eficiência administrativa, assim como da economia processual, atendendo ao interesse público e a legitimação social.

6- Conclusão

Diante de todo o exposto, não é forçoso concluir que a construção jurídica pátria, de um modo geral, clama por mudanças na forma através da qual se exerce a função administrativa no Brasil. Este ímpeto por mudanças, como não poderia deixar de ser, avança no sentido de reconstruir parâmetros de gestão pública, fato que, por óbvio, igualmente tende a transmutar os procedimentos administrativos, que por sua vez fatalmente influenciarão no processo administrativo em si.

Fato é que este movimento não pode ser ignorado. Conforme já exaustivamente relatado, a base sobre a qual se ergue a lógica da Administração Pública já demonstra os sinais do tempo, e enseja uma renovação. Não é cabível que neste cenário contemporâneo de explosão dos direitos fundamentais, as próprias vias de atuação do Estado se tornem um obstáculo à concretização destes preceitos.

Desta forma, necessária se mostra a releitura dos institutos que dão forma aos procedimentos institucionais – como a preclusão – e a adoção de novos ideário e métodos que visem romper de forma mais incisiva com práticas obsoletas – função que pode ser desempenhada por meio da Administração Gerencial.

Ocorre que cada vez mais as diferentes nuances, não só do Direito, mas do conhecimento humano como um todo, passam a se traduzir em resultados efetivos tão somente quando aplicadas de maneira complementar. Em outras palavras, a sectarização das ciências e técnicas em esferas distantes e entanques, tanto no mundo das ideias quanto na realidade fática, acaba tornando novas iniciativas estéreis.

Referências Bibliográficas

BRASIL. *Lei nº 9.784/1999*, de 29 de janeiro de 1999. Obtida na internet - portal da Presidência da República. Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acesso em: Mar. de 2013.

_____. *Código de Processo Civil* – Lei nº. 5.689, de 11 de janeiro de 1973. Obtida na internet - portal da Presidência da República. Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acesso em: Mar. de 2013.

_____. *Constituição Federal (1988)*. Obtida na internet - portal da Presidência da República. Disponível em: www.presidencia.gov.br. Acesso em: Mar. de 2013.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Acórdãos proferidos. Obtida na internet. Disponível em <http://www.jf.gov.br/juris/>. Acesso em: Mar. de 2013.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. Acórdãos proferidos. Obtida na internet. Disponível em <http://www.jf.gov.br/juris/>? Acesso em: Mar. de 2013.

_____. *Tribunal Regional Federal da Quarta Região*. Acórdãos proferidos. Obtida na internet. Disponível em: <http://www.jf.gov.br/juris/>. Acesso em: Março de 2013.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2ª edição. Rio de Janeiro: editora nova fronteira.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A atividade administrativa em face do sistema constitucional*. Disponível em: <http://www.estadodedireito.com.br/2012/02/23/a-atividade-administrativa-em-face-do-sistema-constitucional/>. Acesso em: Mar. de 2013

GIANNICO, Maurício. *A prova no Código Civil: natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005a.

_____. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005b.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos Araujo. *Teoria Geral do Processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Compacto Jurídico*. 14ª edição. São Paulo: Editora Rideel.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NEDER, Marcos Vinícius; MARTINEZ LOPES, Maria Teresa. *Processo Administrativo Fiscal Federal: (decreto nº 70.235/72 e lei nº 9.784/99)*. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: _____. (Cord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 3ª edição. São Paulo: Editora Livraria do Advogado, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<http://www.administracaoemgestaopublica.com/2012/02/patrimonialismo-burocracia-e-modelo.html>

<http://www.seplag.rs.gov.br/upload/AdministracaoPublicaGerencial.pdf>

<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-principio-da-eficiencia-da-administracao-publica,37624.html>

Recebido em: 4 de junho de 2014.

Aceito em: 7 de setembro de 2014.

BOTELHO, Henrique de Almeida Vilela; SALGADO, Victor. A Dinâmica dos Prazos e o Instituto da Preclusão na Administração Gerencial com ênfase no Respeito aos Direitos Fundamentais. *Alethes*, Juiz de Fora, n. 04, v. 01, pp. 235-252, jan./jun. 2014.

