

Coordenadores
Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Thaís Marçal

Temas Relevantes de **PROCESSO ADMINISTRATIVO**

20 Anos da Lei 9.784/1999

2ª edição
revista, atualizada
e ampliada

2022

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Alexandre Santos de Aragão
Arícia Fernandes
Cristiana Fortini
Emerson Garcia
Fábio Zambitte Ibrahim
Farlei Martins Riccio de Oliveira
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Jardim Jurksaitis
Gustavo da Gama Vital de Oliveira
Ingrid Garbuio Mian
Jessé Torres Pereira Junior Odete
Medauar
Rafael Carvalho Rezende Oliveira
Rafael Wallbach Schwind
Thaís Marçal
Vitor Schirato

A CONVERGÊNCIA ENTRE COOPERAÇÃO PROCESSUAL E CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA, NA GESTÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Jessé Torres Pereira Junior

Thaís Marçal

1 INTRODUÇÃO

As codificações, da antiguidade do *Corpus Juris Civilis* romano ao Código Civil de Napoleão, no alvorecer do século XIX, sempre pretenderam esgotar o universo das relações do direito sob sua incidência, como resultado do positivismo que caracterizou esse tempo da história do direito. Um dos mais instigantes desafios da interpretação dos códigos é o de deles extrair possíveis interações com direitos externos à sua disciplina, ao se afastar o positivismo exacerbado em homenagem

à segurança jurídica que se deve buscar na multiplicidade de fontes e, não, apenas, na norma positivada.

A Lei nº 13.105/2015, que aprovou o novo Código de Processo Civil brasileiro, torna a descoberta dessas interações ainda mais desafiante, tanto que ela própria se lança na construção de pontes integrativas desde a dicção de seus artigos 1º (o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código) e 15 (na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente).

Ao contrário da presunção da obra perfeita e definitiva, que levou Napoleão a exclamar *mon code est perdu!*, ao defrontar-se com os primeiros comentários doutrinários sobre o Código Civil, de Maleville (1804), o novo Código de Processo Civil brasileiro levou em conta debates conduzidos por uma heterogênea Comissão de Juristas (membros da magistratura, do ministério público, da academia, da advocacia). Sua gestação incluiu ampla participação da sociedade civil, de modo a agregar novos pontos de vistas e possibilidades, a partir, como dito no seu art. 1º, dos “valores e normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República”.

A menção a “valores” é distintiva, por isto que a edição da nova lei, ao invés de encerrar os debates, inaugurou outra etapa de diálogo com outros ramos das ciências jurídicas, todos, a seu turno, com raízes naqueles valores e normas constitucionais. Cabe a cada um desses ramos identificar os pontos de interseção e de tangência com o novo Código a partir desses valores, entre os quais o presente texto – não mais do que provocativo – destaca o da cooperação, para nele divisar afinidade com a

proposta da consensualidade, que tende a caracterizar o processo administrativo na gestão pública do estado democrático de direito, para cuja construção aponta não menos do que o art. 1º da Carta Fundamental.

2. O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

O princípio da cooperação agasalhado pelo novo CPC pode ser conceituado como “o dever de colaboração entre as partes com o juiz a fim de ser prestada a melhor tutela jurisdicional possível”¹.

Para Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero², “a colaboração é um modelo que visa organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho [...], em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes”. E Fredie Didier Junior³ vê na cooperação o modo como o processo civil deve ser estruturado⁴.

José Miguel Garcia Medina⁵ acrescenta que todos os sujeitos processuais (parte e órgão jurisdicional), além dos terceiros, devem colaborar entre si para que o processo alcance o seu objetivo em tempo razoável

-
1. FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 46.
 2. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 100.
 3. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 124.
 4. *Ibidem*, p. 125.
 5. MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 50.

(não necessariamente célere, com sacrifício da justiça, mas eficiente). Segundo Cassio Scarpinella Bueno⁶, trata-se de modelo com inspiração constitucional, com vistas a efetivar a prestação efetiva da tutela jurisdicional, com ampla participação de todos os sujeitos processuais.

Do art. 6º da Lei nº 13.105/2015 infere-se que o NCPC é um código de sujeitos processuais coparticipativos/cooperativos, afastada a centralidade do juiz ou das partes⁷, daí Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁸ sublinharem que o novo modelo processual outorga nova dimensão ao papel do magistrado na condução do processo, isonômico na sua condução e assimétrico quando decide, ou seja, (i) é paritário no diálogo e (ii) assimétrico na decisão⁹. Tanto que, segundo Guilherme Rizzo Amaral¹⁰, o modelo cooperativo pressupõe a efetiva participação das partes na solução do caso, assim como os deveres judiciais: (i) de diálogo; (ii) de auxílio; (iii) e de prevenção.

Este último destaca que o princípio da colaboração traz reflexos concretos, conforme se pode depreender da leitura dos artigos 9º, 373, §1º, 378, 493, 983, da Lei 13.105/2015, além de gerar o direito de as partes participarem efetivamente do processo, em diálogo com o órgão jurisdicional para a construção da solução mais justa para o caso concreto, fato

-
6. BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.
 7. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2015, p. 88.
 8. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 175.
 9. *Ibidem*, p. 175.
 10. AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 54.

este que traz consigo correspondente dever de exercer tal atividade de forma proba, leal e efetivamente comprometida com a rápida solução da lide. Daí concluir que se o processo for utilizado para protelar a solução da lide, o princípio da cooperação poderá justificar a aplicação de sanções processuais.¹¹

O Superior Tribunal de Justiça assim já o percebia na vigência do Código de 1973, *vg.*

(...) no **princípio da cooperação, que "orienta o magistrado a tomar uma decisão de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais de mero fiscal de regras" (Fredie Didier Jr. em Curso de Direito Processual Civil).***(omissis)*. (REsp 1307407/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012) – *os grifos não constam do original.*

3. A ADMINISTRAÇÃO DIALÓGICA

A afinidade do princípio da cooperação processual com a consensualidade na gestão pública do estado democrático de direito também ressaí da doutrina administrativista dita pós-moderna. É que a relação entre a administração pública e o cidadão ganha peculiares contornos no estado democrático de direito, para além do modelo de reforma administrativa gerencial.¹²

11. *Ibidem*, p. 55.

12. DIAS, Maria Tereza Fonseca. Reforma administrativa brasileira sobre o impacto da globalização: uma (re)construção da distinção entre o público e o privado no âmbito da reforma

O estado-dirigente, comprometido com a gestão de resultados que efetivem políticas públicas vinculantes traçadas pela Constituição, substitui a imperatividade¹³ da clássica teoria da tripartição de poderes, que se desenvolveu entre os séculos XVII e XX como dogma balizador do exercício republicano do poder político, dogma esse que deve ceder ante o pluralismo de ideias e interesses que se devem igualmente respeitar no estado democrático de direito¹⁴.

A democracia implica, além da atribuição do poder decisório às maiorias, a instauração de diálogo permanente com as minorias, de respeito pela posição do outro e de garantia dos direitos fundamentais¹⁵, sem exclusão. Por isto que a administração pública dialógica contrasta com a administração pública monológica, refratária esta à instituição e ao desenvolvimento de procedimentos comunicacionais com a sociedade, mercê da multiplicação das redes sociais e de seus instrumentos de comunicação instantânea, em tempo real.

administrativa gerencial In: TELLES, Vera da Silva; HENRY, Etienne (Orgs.). *Serviços Urbanos, Cidade e Cidadania*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 282.

13. Por imperatividade entende-se “que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos quantos se encontrem em seu círculo de incidência”. Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 116.
14. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restolatti. *Convênios e outros instrumentos de “Administração Consensual” na gestão pública do século XXI: restrições em ano eleitoral*. 3ª ed. Belo Horizonte: Forum, 2015, p. 259. Nesse sentido, confira-se ainda: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Presença da Administração Consensual no Direito Positivo Brasileiro. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coords.). *Direito Administrativo e Democracia Econômica*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 293-317.
15. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 302-303.

É possível identificar nos modelos dialógicos o princípio da separação de poderes com o sistema de freios e contrapesos, que, “embora seja relativamente recente na Europa Continental, não é propriamente novo nos Estados Unidos”. Globaliza-se o modelo concebido pelos *founding fathers*, em que nenhum dos “poderes” assume a função de exclusivo produtor de normas jurídicas e de políticas públicas; os “poderes” constituem fóruns políticos superpostos e diversamente representativos, cuja interação e disputa pela escolha da norma que regulará determinada situação tende a produzir um processo deliberativo mais qualificado do que a mítica associação de um departamento estatal à vontade constituinte do povo¹⁶.

No universo doutrinário anglo-saxão, há grande número de estudos salientando as vantagens dos modelos teóricos que valorizam diálogos entre órgãos e instituições, como se depreende das pesquisas de Laurence G. Sager¹⁷, Christine Bateup¹⁸, Mark Tushnet¹⁹, Mark C. Miller e Jeb Barnes²⁰. Tal tendência é acompanhada pela doutrina canadense (Peter W. Hogg e Allison A. Bushell²¹).

-
16. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais* – a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 221.
 17. SAGER, Laurence G. *Justice in Plainclothes: a theory of american constitutional practice*. New Haven: Yale University Press, 2004.
 18. BATEUP, Christine. *The Dialogical Promise: assessing normative potential of theories of constitutional dialogue*. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006.
 19. TUSHNET, Mark. *Weak Courts, strong rights: judicial review and social welfare right in comparative constitutional law*. Princeton: University Press, 2008.
 20. MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb (Eds.). *Making police, making law: an interbranch perspective*. Washington D.C: Georgetown University Press, 2004.
 21. HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *The charter dialogue between Courts and legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All)*. *Osgood Hall law journal*, vol. 35, n. 1, 1997, p. 105.

Janet Hiebert²² sugere que deva ocorrer interação horizontal entre as instituições. Assim também Carol Harlow e Richard Rawling²³, ao ressaltarem o desenvolvimento de um processo administrativo por eles definido como “um curso de ação, ou passos na implementação de uma política”, de modo a permitir a concretização da governança em rede²⁴, em busca dos melhores resultados nas escolhas administrativas.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto interpreta que tais

“posturas indicam a busca incessante das soluções negociadas, nas quais a consensualidade aplaina as dificuldades, maximiza os benefícios e minimiza as inconveniências para todas as partes, pois a aceitação de ideias e de propostas livremente discutidas é o melhor reforço que pode existir para um cumprimento espontâneo e frutuoso das decisões tomadas. O Estado que substituir paulatinamente a imperatividade pela consensualidade na condução da sociedade será, indubitavelmente, o que garantirá a plena eficiência de sua governança pública e, como consequência, da governança privada de todos os seus setores”²⁵.

Dessa releitura do papel do estado, ainda nas palavras de Moreira Neto, resultam “características distintas das que habitualmente lhe são

22. HIEBERT, Janet. *New Constitutional Ideas. But can new parliamentary models resist judicial dominance when interpreting rights?* Texas: *Law Review*, v. 82:7, 2004, p. 1963-1987.

23. HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Process and procedure in Eu Administration*. London: *Hart Publishing*, 2014.

24. Governança em rede é o conceito que permite concentrar a atenção sobre a pluralidade de temas, distintos, mas independentes, que participam interativamente na administração europeia.

25. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, Direito e Estado: o Direito Administrativo em tempos de globalização*. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 142-143.

conotadas e tudo indica que terá como marcas a instrumentalidade, a abertura democrática substantiva, o diálogo, a argumentação, a consensualidade e a motivação”²⁶.

Ou, como pondera Egon Bockmann Moreira²⁷, a participação ou a influência que o cidadão possa verdadeiramente ter na formação da decisão administrativa tende a gerar decisão quase consensual, provida, por isto mesmo, de maiores chances de ser espontaneamente cumprida; o dever de obediência transmuda-se em espontânea aceitação devido à uniformidade de opiniões (ou ao menos devido à participação e ao convencimento recíproco).

Resulta evidenciado que o princípio da cooperação processual mostra intrínseca relação com a administração pública dialógica, tanto no plano judicial como nos meios de autocomposição de conflitos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, também estimulados pelo novo CPC e que desenham um novo visual para os fóruns judiciais, qual seja o da "justiça multiportas".

4. SÍNTESE CONCLUSIVA

A democracia pressupõe um espaço dialógico de conciliação de argumentos na gestão de qualquer estrutura organizacional, pública ou privada. A cooperação, para se alcançar a solução mais adequada ao caso concreto, deve ser o meio mais adequado para se atingir consensos,

26. *Ibidem*, p. 141.

27. MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 73.

rumo à realização não mais do direito positivado, mas do direito justo, a cada caso.

Arremate-se com (i) Leonardo Greco:

[...] o poder de dirigir o processo é indisponível e indelegável. Em qualquer caso, no curso do processo, velará o juiz para que o auto regramento estabelecido pelas partes respeite a ordem pública processual, não comprometa o equilíbrio entre elas e observe, portanto, todos os requisitos de validade. Se se tratar de regramento que limite os poderes do juiz, ao controle da sua validade deverá acrescer-se o da sua conveniência e adequação e da preservação do cumprimento dos fins essenciais da jurisdição, de tutela justa, efetiva e tempestiva dos direitos dos jurisdicionados e de respeito às garantias indisponíveis do seu exercício por um tribunal independente e imparcial... Solidariedade, interatividade, protagonismo, participação democrática e transparência são palavras da linguagem cotidiana da nossa época, que precisam ser respeitadas no processo judicial, conferindo legitimidade democrática ao exercício da autoridade estatal, fortalecida pela gestão cooperativa dos rumos do próprio processo, que as convenções processuais visam a implementar (*in* Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil, coordenação de Carlos Roberto Jatahy, Diogo Assumpção Rezende de Almeida e Luiz Roberto Ayoub. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2016, p. 146-147).

E, (ii), com Alexandre Câmara:

Os métodos consensuais, de que são exemplos a conciliação e a mediação, deverão ser estimulados por todos os profissionais do Direito que atuam no processo, inclusive durante seu curso (art. 3º, § 3º). É que as soluções consensuais são, muitas vezes, mais adequadas do que a

imposição jurisdicional de uma decisão, ainda que esta seja construída democraticamente através de um procedimento em contraditório, com efetiva participação dos interessados. E é fundamental que se busquem soluções adequadas, constitucionalmente legítimas, para os conflitos, soluções estas que muitas vezes deverão ser consensuais. (O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 5).

Ilustra a convergência o disposto na Lei estadual nº 5.427, de 01.04.2009, do processo administrativo fluminense, cujo art. 2º inclui a motivação obrigatória entre os princípios regentes dos processos administrativos de que resultam os atos da gestão pública, no estado democrático de direito, e cujo art. 46 estatui que “No exercício de sua função decisória, poderá a Administração firmar acordos com os interessados, a fim de estabelecer o conteúdo discricionário do ato terminativo do processo, salvo impedimento legal ou decorrente da natureza e das circunstâncias da relação jurídica envolvida, observados os princípios previstos no art. 2º desta Lei, desde que a opção pela solução consensual, devidamente motivada, seja compatível com o interesse público”.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- BATEUP, Christine. *The Dialogical Promise: assessing normative potential of theories of constitutional dialogue*. *Brooklyn Law Review*, v. 71, 2006.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais – a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.