

DA NECESSIDADE DE UM CÓDIGO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

— PARA A SEGURANÇA JURÍDICA DOS ADMINISTRADOS NO ESTADO SOCIAL DE DIREITO (NO BRASIL)

A.B. COTRIM NETO

1. *A partir do Iluminismo (século XVIII) — uma Revolução Cultural — se passou ao regime democrático e se engendrou o Estado de Direito (séc. XIX).*

Sem interesse é questionar a natureza das fontes do Direito, nem a medida da influência do Direito nos procedimentos do Estado e da Administração — que eles têm variado através dos tempos: fato incontroversível é que *administrar corresponde a servir*, em favor de qualquer coletividade organizada, e *que servir implicará uma operação próxima ou mediata-mente eficaz para a promoção do Direito*.

Por isso foi sempre entendido — desde os mais remotos tempos, quando ao Estado atribuiu-se a função de impor ordem na sociedade dos homens — que a ele incumbiria algo que se pode resumir em servir à coletividade, na perseguição do Bem Comum.

Não obstante, igualmente desde os seus momentos primeiros e até os séculos mais recentes, o Estado e sua ação estiveram dependentes da vontade absoluta de um Soberano, com raros interlúdios em que elementos representativos do grupo social haveriam exercido alguma forma de controle sobre eles. — Vivera-se o regime do chamado Absolutismo Monárquico.

Somente a partir de meados do século XVIII — com a Revolução Cultural, o Iluminismo, que eclodiu em meio de fatores políticos e econômicos e técnicos excepcionais, nunca de antes experimentados pela humanidade — foi possível dar ao Estado uma estrutura onde, de modo regular, a expressão da vontade coletiva na orientação dos titulares dos Poderes atuantes desse Estado se tornou possível.

Foi a seguir-se daí que se engendrou, como um grande passo na implantação de um regime *democrático* — ideal milenar de forma de viver numa sociedade livre — o “Estado de Direito”, no qual todos os poderes de comando de grupo social haveriam de ser exercidos com estrita obediência de normas jurídicas preordenadas (século XIX).

Na conformidade de sua ideação original, do Estado de Direito haveria de resultar a minimização da interferência governamental na vida da sociedade. — Todos sabemos que, malgrado o programa imaginado, os fatos históricos haveriam de impor um aumento sistemático de intervenção do Estado no processo social, fenômeno que se desencadeou e desenvolveu de modo paulatino durante todo o século XIX, com exacerbação no século fluyente.

Com efeito, na vigência do sistema que resultara da minimização do Estado, do “Estado liberal”, constatava-se uma dicotomização entre a sociedade e o Estado, cada um desses mundos regido por princípios distintos, apenas ligados nalguns pontos bem circunscritos, sobretudo no concernente à ação do Poder de Polícia e quase que apenas nisto, que se reconhecia dever exercido pelo Estado e suportado pela sociedade.

2. *Em seguida se passaria à ampliação dos fins do Estado, que inundaria a sociedade: institui-se a Administração Prestadora de Serviços (séc. XX).*

Aconteceria, porém, que já no decorrer da centúria anterior, com nítido aceleração após a Primeira Guerra Mun-

dial, romper-se-ia a simplicidade da dicotomia sociedade-Estado, eis que o segundo passou a ter ampliados os seus fins, assumindo funções de *prestação de serviços*, os quais antes lhe incumbia, apenas, policiar. — Em razão disso foi a Administração Pública — como observou o Prof. RUI CHANCERELLE DE MARCHETE, da Universidade de Lisboa, em magistral estudo intitulado “Considerações sobre a dogmática administrativa no moderno Estado Social” (*apud* Boletim da Ordem dos Advogados Portugueses, 2ª série, 1986) — que primeiro refletiu as modificações mais amplas nos objetivos do Estado, porque também foi sobre ela que repousou a responsabilidade principal da efetivação de tal fato.

Assim — e a observação agora seria dos publicistas germânicos —, da Administração restritiva característica do regime Liberal passar-se-ia a ter uma *Administração prestadora de serviços* (*Leistungsverwaltung*, na locução construída por FORSTHOFF e HANS WOLFF) com funções, inclusive, de *ordenamento minucioso da vida e das relações sociais dos indivíduos* (*Ordnungs* ou *Gestaltungsverwaltung*), a tal ponto desenvolvidas que viriam a lesar a clássica separação dos Poderes do Estado da ordem de MONTESQUIEU, pela exacerbação do Poder Administrativo, do Poder Executivo, em detrimento dos que deviam lhe ser parelhos.

Ocorreria, no entanto, uma situação insólita e, como quer que se encare, contraditória: no crepúsculo do século XVIII pretendia-se que o Estado exercesse seus Poderes com estrito respeito às *liberdades do povo soberano* — e se teve o Estado Liberal, nos dias atuais, enquanto muito se reivindicam e se proclamam os *direitos do homem* se quer e se aceita passivamente a expansão do Governo naquela situação que o constitucionalista contemporâneo KONRAD HESSE, em obra recentíssima classificou de “alagamento do Estado” (*Überflutung des Staates*).

Dessarte, o quadro com que contemporaneamente nos deparamos apresenta uma situação de perplexidade: o homem opõe ao Governo um rol inumerável de direitos subjetivos, inclusive o de ter um bom Governo; para a tal corresponder, o

Estado inunda todos os segmentos da sociedade, a ponto de haverem certos críticos do “Big Government”, nos Estados Unidos, proclamado que vivemos sob a égide de um Estado “Frankenstein”, o qual — como o monstro da ficção cinematográfica — o homem criou para seu serviço, para acabar sendo por ele escravizado.

3. *Mas se viria a ter um Estado com resíduos do Absolutismo, cuja ação administrativa se quer disciplinar com jurisdicionalidade.*

Efetivamente, em face da superlatividade dos poderes com que se investiu o Estado, nem o perecimento do Absolutismo ou a teorização do Estado de Direito seriam suficientes para elidir todos os expedientes governamentais dos séculos do *ancien régime*: isso acontecera ao menos de modo residual pela circunstância de a Administração estatal moderna não poder prescindir, ainda que minimamente, de certa parcela de poder discricionário.

Ocorreria mais, porém: essa parcela de discricionariedade indispensável na atuação administrativa, especialmente naquela dos agentes do Poder de Polícia, por mais que se busque discenir o *arbitrio da discricção*, eles freqüentemente costumam-se, tão imperceptíveis às vezes são suas lindes.

E nos dias atuais, quando o sistema do Estado de Direito vai cedendo lugar ou se confundindo com o do “Estado Social” — intervencionista no processo social, por excelência —, os resíduos do perempto Absolutismo se fazem mais notados.

Em trabalho recente, do eminente Prof. NELSON SALDANHA — publicado na Revista Brasileira de Estudos Políticos (nº 62, de janeiro de 1986) sob o título de “O chamado Estado Social” —, ele teve ensejo de escrever: “Certos autores de hoje, como ERNST FORSTHOFF, têm posto este problema. FORSTHOFF, egresso de certo modo da herança teórica de SCHMITT, fala em Estado Social de Direito e cita o caso expresso da Alemanha de Weimar (Constituição de 1919) e da República Federal alemã atual. Adverte porém, FORSTHOFF, que o Es-

tado Social e o Estado de Direito (no sentido clássico deste) não são coisas facilmente conjugáveis: o Estado de Direito repousa sobre o predomínio da lei, e da constituição como lei, enquanto que o Estado Social corresponde a fins sociais específicos, que vão além do âmbito formal da constituição” (pág. 73). — A seguir, NELSON SALDANHA passa a desenrolar o elenco de problemas e de contradições que agravam a difícil conjugação do Estado de Direito com o intervencionismo do Estado Social, que por vezes suscita até o tema da “obediência política”.

Em razão de tudo isso e, ainda, porque no Estado de Direito se quer os procedimentos da Administração Pública exercidos — quando eles podem atingir direitos de Administrado — com características de *jurisdicionalidade*, nos países mais ciosos do respeito de tais direitos passou-se a disciplinar a ação administrativa pela edição de Códigos de Processo Administrativo, mais ordinariamente denominados Códigos de Procedimento Administrativo.

4. *Os interesses jurídicos dos Administrados exigem disciplinamento uniforme do processo administrativo.*

No tema que ora abordamos não se pretende, nem se trata de reabrir a questão histórica da codificação do Direito Administrativo, sobre a qual já se consumiu um oceano de tinta e já se escreveu uma torrente de obras. — Aqui mesmo, no Brasil, com um de seus primeiros trabalhos na área em que se tornaria uma das nossas mais egrégias autoridades, CRETELLA JUNIOR teve ensejo de escrever uma tese sobre a problemática da Codificação do Direito Administrativo.

De fato, tão vasto tornou-se o campo de ação da Administração Pública no Estado contemporâneo que a unificação de todas as matérias correspondentes a tal ação iria resultar numa obra de extensão inaceitável. Basta que compulsemos todos os códigos até hoje editados em nosso país, no pertinentes às matérias setoriais de que se ocupa o Estado e sua Admi-

nistração, para termos idéia da dimensão de um diploma onde se pretendesse unificá-las: temos a lei uniforme dos Funcionários Públicos Civis da União — um Código; temos o Código de Minas, o Código da Propriedade Industrial, o Código da Caça, o Código da Pesca, o Código Florestal, o Código de Águas, o Código de Alimentos, o Código do Ar, o Código de Telecomunicações, o Código de Trânsito, o Código de Saúde e vários mais. E isto sem falarmos nos diplomas onde reside matéria administrativa-tributária, como o C.T.N., e noutros comistos com matéria pertinente a diferentes áreas do Direito, tal o Código de Menores e de Adolescentes, que envolve matéria de Direito Civil, de Direito Penal, de Direito Administrativo e até de Organização Judiciária.

Acrescente-se, como circunstância digna de registro, que todos e cada um desses “códigos”, elaborados para regular a atividade da Administração Pública, encerram abundantes normas de processo administrativo da mais variada gama.

Por isso, THEMISTOCLES CAVALCANTI teve ensejo de escrever que “o exame de um processo administrativo é, entre nós, uma tortura. Pareceres desnecessários e muitas vezes ilegíveis, colocação desordenada de papéis e documentos, falta, muitas vezes, de provas e elementos essenciais, e dos termos indispensáveis à sua boa ordem e andamento” (*apud* “Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo”, Imp. Of. do Estado do Rio de Janeiro, 1978, pág. 687).

Sucede que o regime administrativo ainda vigente no Brasil está posto em termos de controle de todos os atos administrativos pelo Poder Judiciário (C.F., art. 5º, inc. XXXV), que, assim, ordinariamente haverá de julgá-los quanto à sua constitucionalidade ou legitimidade. Dessa forma, ainda que se admita, no direito brasileiro, certa natureza autoritária no procedimento administrativo, dele se exige, entretanto, irrestrita obediência às normas legais e uma disciplina indispensável à estabilidade dos atos administrativos, bem como ao respeito dos interesses jurídicos e à segurança dos direitos dos Administrados.

Infelizmente tal imposição de enquadramento jurídico da ação administrativa não corresponde ao que na prática administrativa se verifica, entre nós.

5. *Anteprojeto de Código de Processo Administrativo, de THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI.*

Em razão disso, constitui anseio prisco dos cultores do Direito Administrativo brasileiro a elaboração de um código capaz de unificar as normas do processo ou do procedimento administrativo. E tal desde quando THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI surgiu na grei dos cultores do Direito Público do País, onde se tornaria — imediatamente após a publicação de sua “Instituições de Direito Administrativo Brasileiro” (ed. F. Bastos, Rio, 1936) —, o verdadeiro patriarca desta disciplina, como o mais eminente dos seus mestres.

Não terá sido por mera coincidência temporal que, exatamente pela época da publicação de sua obra *princeps* — quando o Presidente do então existente CONSELHO FEDERAL DO SERVIÇO PÚBLICO CIVIL, precursor do DASP, lhe atribuiu o encargo de elaborar um anteprojeto de Código de Processo Administrativo —, THEMÍSTOCLES dele se desencarregou, tendo redigido o trabalho que, todavia, na época não mereceu a consideração reclamada: tendo-se lançado na obra de modernização do Direito Administrativo Brasileiro, não será de estranhar que do próprio THEMÍSTOCLES haja partido sugestão da incumbência que lhe foi atribuída. — Esse anteprojeto, ao qual precedia lúcida Exposição de Motivos, muitos anos mais tarde, viria a ser reapresentado aos participantes do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, em cujos “Anais” se encontra reproduzido na íntegra.

Na Exposição de Motivos antecedentes do seu trabalho, escreveu CAVALCANTI, entre muitas eruditas considerações: “As manifestações da atividade da administração são multiformes, e daí a variedade (impossível de limitar e de classificar) dos processos administrativos. Ora ela tem por fim atender aos interesses dos funcionários, em sua relações com o Estado; ora

se apresenta como reguladora dos direitos de terceiros, ora, finalmente, visa à proteção dos interesses fiscais, patrimoniais do Estado, em relação a todos quantos com ele se acham em situação de dependência. A codificação das normas do processo administrativo deve ter, por isso mesmo, uma generalidade que permita a sua aplicação aos casos especiais, por meio de disposições supletivas a serem criadas em leis, regulamentos e portarias. A técnica legislativa moderna, aliás, orienta-se neste sentido. A lei geral traça as grandes linhas, as normas fundamentais, os princípios que devem orientar a elaboração dos regulamentos. Na lei geral encontra o poder regulamentar apenas as diretivas, os tipos essenciais a que deve obedecer na elaboração dos regulamentos administrativos. Ao poder regulamentador cabe prover a maneira de executar a lei, de atender aos casos particulares, às peculiaridades das diferentes organizações administrativas. Como vimos acima, *a preocupação máxima deve consistir em simplificar e uniformizar as normas de processo, não somente em benefício dos interessados e para o perfeito esclarecimento da verdade, mas ainda por uma razão econômica, que deve sempre ser levada em consideração* ("Anais" cit., págs. 687-688: grifos nossos.)

6. *"Simplificar e uniformizar" o processo administrativo, apenas um dos objetivos a buscar.*

"Simplificar e uniformizar as normas de processo" — disse-o com muita propriedade THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, a propósito de alguns dos objetivos de um Código da natureza do que propusera.

Mas não disse tudo, mesmo porque não teria ele o dom de previsão do que viríamos nós a enfrentar, mais de cinquenta anos depois do seu projeto, ou melhor, esboço de um Código de Processo Administrativo: trata-se do aceleramento crescente da interferência do Estado no processo social, gerando a auxese, a plethora de atribuições que assumiu (aquele "alagamento" do Estado, na expressão de KONRAD HESSE) em face e em relação com a sociedade, causando o espantoso fenômeno da

burocracia. E o combate a esse morbo, que entorpece a atividade administrativa com sérios prejuízos para o Erário, para o Serviço Público e para os Administrados, tornou-se objetivo sempre perseguido e nunca satisfatoriamente alcançado, de quantas reformas da Administração se tem intentado promover neste País.

Para isso, inclusive, e relevantemente, se faz necessária a uniformização das normas regedoras do processo administrativo.

7. Código de "Processo" ou de "Procedimento"?

Entretanto há que se discutir o *nomem juris* por atribuir ao diploma que, para o desiderado em tela, se venha a elaborar: *código de "processo"* ou de *"procedimento" administrativo*?

Em primeiro lugar ter-se-á de bem *definir os poderes de nossa moderna Administração Pública*: terá el aatribuições ou competências de natureza jurisdicional ou destas carecerá?

Por consequência, em segundo lugar, *ter-se-á de apreciar até que termo o poder jurisdicional é atribuição exclusiva do chamado Poder Judiciário*, na estrutura de Poderes do Estado nacional.

8. "Jurisdição", "Processo" ou "Procedimento" — segundo nossos processualistas (AMARAL SANTOS, DE PLÁCIDO E SILVA e CALMON DOS PASSOS).

Os processualistas brasileiros têm inclinação, a bem dizer sistemática, de reservar o *nomen* "jurisdição" apenas ao exercício de função do Poder Judiciário, embora reconhecendo a dificuldade da distinção entre a *função jurisdicional* e a *função administrativa*.

Assim, por exemplo, o conspícuo MOACYR DE AMARAL SANTOS — partindo da afirmação de que num e noutro caso ocorre aplicação do direito preexistente a casos concretos — entende ser muito questionada a distinção. — Depois de fazer excursão pelo pensamento do clássico CHIOVENDA sobre o te-

ma, AMARAL SANTOS, aceitando-o todavia com reservas, desenvolve seu parecer a propósito.

Para o jurista das “Primeiras Linhas de Direito Processual Civil”, o *exercício da jurisdição compreende três poderes*: o de *decisão*, o de *coerção* e o de *documentação*. — Corresponderá, o poder de decisão, ao “notio” e ao “judicio” dos romanos, que equivale ao poder de conhecer, prover, recolher os elementos de prova e decidir, tanto definitivamente quanto nos limites e modos de exercício da própria atividade jurisdicional, atuando no primeiro caso (o da “notio”) com a lei material e, no outro (o do “judicio”), com a lei processual; no concernente ao poder de coerção, considera AMARAL SANTOS que ele se manifesta flagrantemente no processo de execução, quando se trata de compelir o vencido ao cumprimento do decidido; finalmente, no que tange ao poder de documentação, considera o escritor resultar este da necessidade de representação por escrito dos atos processuais (ob. cit., 3ª ed., 2ª tiragem, ed. Limonad, S.P., vol. 1º, págs. 96-98).

A partir dessas considerações, AMARAL SANTOS enuncia o que considera *os três princípios dominantes da “jurisdição” e que regem seu exercício*: *unus*, certamente o que lhe parece mais importante, assenta em que a jurisdição só pode ser exercida por Juizes; *alter*, deriva do pressuposto da indelegabilidade da atribuição que o Estado confere ao Juiz, quando lhe defere o poder jurisdicional e, *tertius*, considera o mestre eminente que este reside na aderência da jurisdição ao território, donde não poder ser exercida fora da jurisdição que a lei define.

Em continuação de seu trabalho, AMARAL SANTOS passa a definir o que entende caber no conceito de “processo”, e proclama: “Compôr a lide é função da jurisdição. Processo, assim, é meio de que se vale o Estado para exercer sua função jurisdicional, isto é, meio de que se vale o Estado para exercer sua função jurisdicional, isto é, para resolução das lides e, em conseqüência, das pretensões. Processo é o instrumento da jurisdição” (ainda nas “Primeiras Linhas”, pág. 309). E prossegue o autor: como operação, o processo se desenvolve numa série

de atos, sejam eles dos órgãos jurisdicionais, ou dos sujeitos da lide e até mesmo de terceiras pessoas desinteressadas.

A esses atos sucessivos que se desenvolvem no curso de um processo é o que, tanto AMARAL SANTOS quanto todos os processualistas chamam de “procedimento”, o qual DE PLÁCIDO E SILVA definiu como “a própria atuação ou a ação desenvolvida para que se consubstancie a coisa pretendida, pondo-se em movimento, segundo a sucessão ordenada ou a ordem estabelecida, os meios de que se possa legitimamente dispor. O procedimento, pois é o meio exterior utilizado, de começo ao fim, para realizar o objetivo intentado” (in “Técnica Forense e Prática Processual”, 4ª ed., Forense, Rio, vol. I, pág. 10). E J.J. CALMON DOS PASSOS, outro processualista de escol, assim se manifesta sobre a distinção entre “processo” e “procedimento”: “Processo é o conjunto de todos os atos necessários para obtenção de uma providência jurisdicional, podendo ele conter um ou mais procedimentos ou, inclusive, apenas um procedimento incompleto. Donde CARNELUTTI haver dito que, para distinguir-se melhor entre processo e procedimento, deve-se atentar para o sistema decimal: o procedimento é a dezena; o processo é o número concreto; que pode não chegar à dezena, ou pode compreender mais de uma” (em “Comentários ao CPC”, ed. Forense, vol. III, pág. 7, a propósito do art. 270 do CPC de 1973).

9. “Jurisdição”, “Processo” ou “Procedimento”, segundo CÂNDIDO R. DINAMARCO.

Um de nossos processualistas mais modernos e que, pelo prestígio de seus trabalhos já merece colocação dentre os mais conspícuos mestres da sua disciplina, CÂNDIDO R. DINAMARCO, enfaticamente situa um “processo administrativo” — e não mero “procedimento” — no quadro da Teoria Geral do Processo.

Com efeito, em tese de concurso docente apresentada à Universidade de São Paulo (“A Instrumentalidade do Processo”, S.P., 1986), DINAMARCO sustentou que “fora da área de

atuação jurisdicional, têm-se os *provimentos constitutivos da Administração*, os quais, a modo das Sentenças Constitutivas do Juiz — que apresentam um segundo momento lógico consistente na alteração da situação jurídica em que antes as partes se encontravam —, resultam numa alteração da situação anterior, ordinariamente situação jurídico-substancial, de partes (ob. cit., págs. 85-86).

Partindo desse entendimento, especialmente do que desenvolvera sobre a Teoria Geral do Processo (págs. 42-48), DINAMARCO proclama existirem “processos *estatais* e *não estatais*, conforme sirvam ao exercício do poder pelo Estado ou por outra entidade”, nesse grupo situa os Processos Administrativos, nalguns dos quais o autor identifica aproximação com o Processo Jurisdicional, em suas formas e garantias, notadamente o Processo Disciplinar (pág. 47): e em nota explicativa desse texto, à pág. 341, o Professor paulista acrescentou que “na linha de tudo quanto vem sendo dito neste capítulo, não se tem *mero* procedimento administrativo, mas autêntico processo, sempre que realizado em contraditório”.

Não obstante, CÂNDIDO DINAMARCO repele a idéia de que possa existir um *poder jurisdicional* a ser exercido fora do Poder Judiciário, quando — nessa mencionada nota da pág. 341 — escreveu: “O conceito amplo aqui postulado não permite, no entanto, que se aceite o posicionamento de HELY LOPES MEIRELLES, dizendo que todos os órgãos e Poderes exercem jurisdição nos limites de sua competência institucional, quando aplicam o direito e decidem controvérsia sujeita à sua apreciação. Privativa do Judiciário é somente a decisão judicial, que faz coisa julgada em sentido formal e material, *erga omnes*; a decisão judicial é espécie do gênero jurisdicional (cf. “Direito Administrativo Brasileiro”, pág. 638, nota 17). Dispensada a crítica a essa suposta autoridade *erga omnes* (discrepante dos ensinamentos gerais e do direito positivo: CPC, art. 472), as idéias do ilustre administrativista partem de um conceito diferente de *jurisdição*, talvez dando-lhe a mesma amplitude do vocábulo *poder*, ou talvez reduzindo ambos à sinonímia.

Que haja *processo administrativo* e não somente meros procedimentos, sim; que seja *jurisdicional*, não”.

10. *A Autoridade Administrativa tem poder jurisdicente, a ser exercido nos termos de um “processo administrativo (lição de CARNELUTTI): uma tese concidente com a dos administrativistas brasileiros.*

Vistas essas considerações sobre *processo* ou *procedimento* e *jurisdição*, agora incumbe a nós o questionamento do tema: o *poder jurisdicional* e, para ordenar seu exercício, a edição de uma *lei processual* uniforme serão impertinentes em face da Autoridade Administrativa? — Afinal, *jurisdição* e *poder jurisdicional* são inerentes à atividade judiciária, e somente a ela, no Estado contemporâneo?

Numa afirmação que pode ser tida como pretensiosa, mas que ousamos denunciar porque apoiada num entendimento que já se faz hoje universal (com exclusão dos processualistas, que intentam transformar o prático *jus perseguendi in judicio* de ontem numa ciência de alta indagação...), muitos desempenhos da Administração Pública no Estado de Direito têm características de pronunciamento *jurisdicional*. — Aliás, foi o insigne FRANCESCO CARNELUTTI quem, não obstante processualista, e de categoria por sua vez universal, prelecionou sobre existência de muita atividade *jurisdicente fora do campo judiciário*, ao mesmo tempo que sobre existência de *processo não jurisdicional*: “A sinonímia entre função processual e função *jurisdicional* — segundo CARNELUTTI — implica uma imperfeição de linguagem e de pensamento que a ciência do processo deve corrigir, se a primeira exigência de seu progresso é a pureza dos conceitos e a propriedade dos vocábulos” (em “Sistema de Derecho Procesal Civil”, trad. esp., ed. Uteha, B.A., 1944, vol. I, pág. 156).

Continuando no seu excelso magistério, ao comentar a extensão e aplicação do conceito de *jurisdição* em áreas bem distantes do Judiciário, tais como as do Legislativo e as do Executivo, sustenta CARNELUTTI que tanto *jus dicit* o Juiz, quan-

do declara existir ou não a dívida reclamada por Tício contra Caio, como *jus dicunt* todas as pessoas cujas declarações tenham o caráter de “fonte do Direito” (*idem, ibidem*). — Daí falar, esse autor, na existência de normas especiais que permitem reconhecer existência de um *processo comercial* e de um *processo administrativo*: “Sobretudo no seu desenvolvimento histórico, estas normas processuais mostram uma tenaz aderência às normas materiais constitutivas do Direito Mercantil ou do Direito Administrativo; e isso explica não só sua exclusão do Código de Procedimento Civil dentro do sistema legislativo, se não também a tão sensível inclinação da doutrina ao distribuir, por exemplo, a instituição da quebra, apesar de sua natureza francamente processual, para os domínios da mercantilista mais que para os da processualística; e todavia mais, ao associar o exame do processo administrativo ao Direito Administrativo e não ao Direito Processual” (no mesmo livro e vol., pág. 99).

Noutros termos, o que o processualista CARNELUTTI, universalmente egrégio por todos os títulos, é o que nós, os administrativistas temos sustentado — com adarga dos melhores sabedores desta disciplina entre nós, como CRETILLA e HELY, cujas teses DINAMARCO repudia —, que o *poder jurisdiccional* não constitui privilégio de seu exercício pelo Judiciário.

11. *O Direito Processual no âmbito do Direito Privado — também.*

Mas tais colocações do tema comentado não o exaurem, pois há quem vá mais longe, para admitir existência do fenómeno processual até mesmo no Direito Privado. — Para ilustração dessa assertiva, basta citar o pronunciamento de BETTI, autor de uma “Teoria Geral do Negócio Jurídico”, onde qualifica como processual a série de atos representada pelo ato autorizado do incapaz e o ato da autorização; também o Professor espanhol GONZALEZ PEREZ — que escreveu excelente livro sobre “EL Procedimiento Administrativo”

(ed. Abella, Madrid, 1964) —, embora limitando-se a tratar não do *processo*, mas do *procedimento*, diz que igualmente será tal, no Direito Privado, o expediente disciplinar realizado no campo das relações civis ou mercantis (págs. 55-56).

Contudo, isso é matéria que nos importa pouco, aqui, desenvolver.

12. *Código de Processo ou de Procedimento Administrativo: uma opção terminológica.*

Apesar das considerações precedentes, que nos induzem a ser corretamente possível denominar-se Código de Processo, com adjetivação de Administrativo, àquela obra editada para unificação e disciplinamento dos procederes da Administração Pública, no que influencie os direitos e interesses — ainda que *difusos* — dos Administrados, permanece a dúvida sobre o mais conveniente *nomen* por deferir a esse diploma. — Isso porque alguns autores sustentam que o *processo administrativo* não deve ser concebido como uma sucessão de formalidades visando à formação de ato substancialmente unitário, com unidade de efeito jurídico; e outros, ainda, pretendem que o termo corrente, quiçá de inspiração italiana, *procedimento*, nem mesmo este deva ser mantido para utilização *in casu*.

Entre nós, no Brasil — embora o A. seja português — talvez quem melhor haja desenvolvido essa questão terminológica, ínsita no caso apreciado, terá sido o Prof. ALBERTO XAVIER, no livro que BUSHATSKI editou em São Paulo, em 1976, sob o título “Do Procedimento Administrativo”. No seu trabalho, XAVIER, depois de haver desenvolvido amplo estudo das características do fenômeno processual, as teorias a propósito das jurisdições, contenciosa e graciosa, da distinção entre ato administrativo e ato jurisdicional, fixou-se no estudo do “procedimento administrativo”, por ele definido como a sucessão ordenada de formalidades tendentes à prática ou à execução de um ato administrativo por parte de uma autoridade ou órgão administrativo (págs. 89 e segs.). — Todavia, em considerações precedentes, o A. tinha dedicado o artigo 3 de seu

Cap. I ao estudo do *processo como fenômeno geral do Direito*, revelado em variados setores da ordem jurídica: destarte, reconhece a existência do *processo legislativo* na sucessão de formalidades que conduzem à elaboração da lei, desde a apresentação de um projeto; identifica o *processo jurisdicional* nas formalidades que, a partir da petição inicial, levam à edição da sentença; e descortina o *processo administrativo* na sucessão de trâmites, como um despacho de abertura de concurso, publicação de anúncios, requerimentos dos concorrentes etc., todos eles dirigindo-se à prática do ato administrativo de nomeação de um funcionário (ob. cit., págs. 31-32).

Como quer que seja, porém, e apesar do excelente lastro doutrinário de seu livro, XAVIER acaba incidindo naquilo que NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO assim descreveu: "Los términos *proceso y procedimiento* se emplean con frecuencia, incluso por procesalistas eminentes, como sinónimos o intercambiables" (*apud* ROGÉRIO LAURIA TUCCI, no verbete "Proceso", da Enciclopédia Saraiva do Direito vol. 61). Assim, no Cap. IV, artículos 16 e 17, de seu livro, embora tenha sido apresentado — o assunto indicado nos títulos — como pertinente às classificações do procedimento administrativo" e às "fases do procedimento administrativo", no texto só há consideração e referência às classificações e às fases "do processo administrativo": de duas, uma — ou XAVIER se confundiu em face da sutileza da distinção entre processo e procedimento, o que nos parece ter ocorrido, ou então ele acabou por, como do comentário de ZAMORA Y CASTILLO, considerar sinônimos ou intercambiáveis os dois nomes (agora, nas últimas páginas do livro uma decisão inadmissível)...

13. "*Código de Procedimento Administrativo*" — a locução mais empregada nas leis pertinentes, no exterior (Argentina, Espanha, Áustria, Alemanha federal).

Com referência, ainda, ao *nomen juris* por atribuir a uma lei que se faça para corresponder aos propostos objetos deste estudo — Código de Processo, ou de Procedimento Administra-

tivo —, temos de reconhecer que a segunda denominação foi adotada por toda parte.

De fato, assim far-se-ia na Argentina, onde, ademais da “Lei Nacional de Procedimento Administrativo” (Lei nº 19.549, de abril de 1972), todas as províncias e muitas municipalidades, como a de Buenos Aires, também editariam diplomas homólogos e com títulos sinônimos (ver em AGUSTIN A. GORDILLO, “Tratado de Derecho Administrativo”, ed. Mach-Lopez, Tomo 2, B.A., 1975, Cap. XVIII-57/68 o texto da Lei Nacional, precedido de magnífico estudo doutrinário sobre “O Procedimento Administrativo” — Cap. XVII-1/56 e sobre “O Procedimento Administrativo na Prática”, Cap. XVIII-1/46. — Outro tanto, veja-se o livro de EMILLO FERNANDEZ VASQUEZ, e EMILIO MARCELINO SENDIN, “Procedimiento Administrativo Nacional”, ed. Depalma, B.A., 1974, contendo o texto da Lei e de seu Regulamento, baixado com o Decreto nº 1.759/52; e no opúsculo organizado por PEDRO J. JORGE COVIELLO, sob o título “Procedimientos Administrativos”, ed. Abeledo, B.A., 1978, temos os textos da Lei e de seu Regulamento, já com as reformas introduzidas pelo Decreto nº 3.700/77, finalmente, recomenda-se o volume que contém a “Lei de Procedimiento Administrativo” e o “Código Processual Contencioso Administrativo” da Província de La Pampa, da lavra do consagrado Prof. MIGUEL S. MARIENHOFF, que também redigiu a Exposição de Motivos, vista ainda nesse volume, de 1979).

Igualmente na Espanha, fez-se uma lei de Procedimento Administrativo, cuja razão de ser — conforme dito na sua Exposição de Motivos — assim fora explicada: “A necessária presença do Estado em todas as esferas da vida social exige um procedimento rápido, ágil e flexível, que permita dar satisfação às necessidades públicas, sem olvidar as garantias devidas ao administrado, no cumprimento dos princípios consagrados em nossas leis fundamentais” (em “Procedimiento Administrativo”, textos legais, editado pelo Boletim Oficial, Madrid, 1967, pág. 44; v. comentário de GONZALEZ PEREZ, ob. cit., pág. 60).

Esse diploma espanhol promulgado em 17 de julho de 1958 sob o título de “Lei de Procedimento Administrativo”

não é muito prolixo — como não o são os similares que conhecemos, inclusive os da Argentina, Alemanha e Áustria —, eis que tem apenas 146 artigos no texto principal. Todavia, em razão dele foi mister expedirem-se alguns regulamentos complementares, que se pode ler na “Legislacion de la Justicia Administrativa” (7ª ed. da Editorial Civitas, Madrid, 1985).

Conforme se extrai do discurso com que o Ministro LAUREANO LÓPEZ RODÓ apresentou ao Pleno das Cortes Espanholas o Projeto donde resultaria essa Lei de Procedimento de 1958 em 1925, a Áustria já elaborara uma lei com o mesmo propósito, a qual se tornaria fonte de todas as que os países centro-europeus fariam no quinquênio subsequente. — Todavia houve a II Guerra Mundial e alterou-se o quadro geopolítico da Europa, de modo que, hoje, a Áustria — conquanto haja reprimado sua Constituição de 1920 — tem novos preceitos normativos para regular a matéria: estes constam de uma “Introdução da Lei de Procedimento Administrativo” e de uma “Lei Geral do Procedimento Administrativo”, ambos de 1950, que se lê em “Kodex des Össterreicshschen Rechts” (4ª ed., ORAC, Viena, 1985, obra na qual se contém toda a legislação e regulamentos procedimentais complementares). — Essa “Introdução” referida, que tem apenas 12 artigos, bem são, portanto, estatutos legais assaz concisos, e mais, até, do que a Lei da Alemanha federal de 1976, que, como logo veremos, é formada por 103 artigos.

Com efeito, assim foi elaborada a Lei do Procedimento Administrativo da República Federal da Alemanha, de 25 de maio de 1976. Esse é um diploma da maior importância para o correto funcionamento da Administração Pública no país que tem a maior rede de serviços públicos, dentre todas as democracias do mundo ocidental, a deduzir-se do número de servidores — cerca de 4 milhões para uma população de 62 milhões — em todas as áreas governamentais, desde a União Federal, passando pelos Estados e chegando aos Municípios.

Na Alemanha Ocidental existe, ainda, uma Justiça Administrativa, como ramo do Poder Judiciário, ao lado de outros

quatro que são a Justiça Cível e Criminal Ordinária, a Justiça do Trabalho, a Justiça Fiscal e a Justiça Social (para os casos relacionados com o seguro e a previdência social): a estrutura desses cinco ramos do Judiciário começa nos Estados, em primeira instância e termina, sempre, num Superior Tribunal Federal, eis que, embora prevista na Lei Fundamental a criação de um Supremo Tribunal — a ser feita mediante lei ordinária —, jamais tal viria a ocorrer, por se ter concluído da sua desnecessidade, em face da instituição do poderoso Tribunal Federal Constitucional. — Para organizar o Processo na Justiça Administrativa também foram editadas normas específicas, que, todavia, se encontram inseridas na “Lei Orgânica” desse ramo do Judiciário.

Por força disso, na Alemanha federal existe uma Lei de Procedimento Administrativo, para disciplinar o funcionamento interno da Administração Pública em termos de reserva jurídica (a *Verwaltungsverfahrensgesetz*), e a Lei Orgânica da Justiça Administrativa (a *Verwaltungsgerichtsordnung*, de 21 de janeiro de 1960) para o controle judiciário externo dessa mesma Administração.

Segundo o Prof. FERDINAND KOPP, que escreveu uma Introdução para o *Beck-Texte* editado por C.H. Beck, de Munique, em 1984 — onde se encontra o texto dos dois diplomas referidos —, “O Direito Processual Administrativo, como posto na Lei Orgânica da Justiça Administrativa assenta nos mesmos princípios que prevalecem para o Procedimento Administrativo, porque ambos resultam de pensamento central tomado de parte do Direito Processual, sendo eles, todavia, inconfundíveis pela natureza das funções que regulam” (ob. cit., pág. 23). — Ocorre, e isso igualmente é destacado pelo Prof. KOPP, que o campo de aplicação da Lei de Procedimento é muito mais amplo que o da Lei da Justiça Administrativa; e, para se ter idéia da importância que para a Administração Pública da Alemanha democrática tem essa Lei de Procedimento, basta compulsar-se o excelente “Comentário” dela feito pelo Professor de Direito Público e de Direito Administrativo na Universidade de Erlangen-Nuremberg, Dr. KLAUS OBERMAYER, numa

obra de quase 1.200 páginas (v. "Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz", ed. Luchterhand, Darmstadt, 1983).

14. A "Lei do Procedimento Administrativo" dos Estados Unidos

É ocioso registrar que os Estados Unidos da América foram originariamente um país onde prevaleceu o clássico sistema jurídico inglês, que, sabidamente, resistira à *recepção da lei romana*: enquanto no continente europeu, particularmente na França e na Alemanha, prevaleceria o direito estatutário, na Inglaterra e desta transferido seu sistema para as colônias da Nova Inglaterra, prevaleceria o direito "não escrito", a *common law*, que BLACKSTONE traduzia como o direito correspondente ao "costume geral" do qual o juiz seria o oráculo vivo (*apud* "A History of American Law", de LAWRENCE M. FRIEDMAN, Touchstone Book, N.Y., 1973, pág. 17).

Contudo, por força da expansão geográfica do país, em razão da compra ou da conquista dos amplos territórios do Oeste que levou seus limites territoriais até o Oceano Pacífico, muitas áreas da anterior colonização francesa e espanhola viriam a ser integradas no território americano: e suas primitivas instituições jurídicas se mesclariam com o sistema da *common law* para gerar o que o citado FRIEDMAN denominou peculiares "dialectos jurídicos", como os que hoje prevalecem nalguns Estados, tal como o Texas e, sobretudo, a Louisiana, onde ainda vigoram residualmente a Lei das Sete Partidas do Rei Dom Afonso e o Código Napoleão... (ob. cit., págs. 138-156).

Não obstante essa peculiaridade de seu sistema jurídico que, de outra parte, retardaria o desenvolvimento do Direito Administrativo no país, a compreensão de que se impunha implantar um regime administrativo adequado ao Estado de Direito fez com que, outro tanto, se decidisse o ordenamento legal do Processo Administrativo.

Dessarte, desde 1946 vigora nos Estados Unidos um diploma que regula os procedimentos administrativos das reparti-

ções federais, conhecido pelo nome de “Lei do Procedimento Administrativo” (“Administrative Procedure Act”, APA — como siglônimo de referência).

Conforme registra o “Law Dictionary” do Prof. STEVEN E. GIFIS, da Universidade de Nova Jersey (ed. Barrons, N. Y., 1984), essa lei resultou da crescente inquietação provocada pela amplitude das matérias administrativas decididas com agravos aos direitos individuais, e seria inspiradora de estatutos similares em seguida editados pela maioria dos Estados americanos para suas Administrações.

Embora a APA “não atribua à decisão administrativa feição de processo substancialmente judiciário, como por muitos tem sido querido” — e a observação ainda é de GIFIS —, ela tem, não obstante, provocado “coerência e caráter judiciário” (*judicial character*) nos procedimentos que anteriormente eram formalizados indiferentemente. Outro tanto, a APA estabelece disciplina para audiências que visam ao esclarecimento de fatos, revisão administrativa “intra-Administração” ou judiciária, bem como criou direitos de acesso público aos processos administrativos e direitos para um indivíduo controlar informação pessoal coletada por órgão administrativo.

15. *Afastem-se as controvérsias terminológicas — o que urge é uma lei de processo administrativo para o Brasil.*

Em face das considerações que desenvolvemos, sobre as leis algures promulgadas, para ordenar a Administração Pública no contemporâneo “Estado Social de Direito” — uma Administração pletórica de encargos e funções — e organizá-la em condições de fazê-la segura no concernente ao resguardo do interesse público que lhe compete perseguir, mediante justa aplicação do Direito Objetivo, tanto quanto ao respeito dos interesses dos Administrados, pelo correto atendimento de seus Direitos Subjetivos, e até de Direitos Difusos sem titulares ou destinatários determinados, cabe a nós concluir: no momento

histórico que vive a nação brasileira, empolgada de anseios democráticos e de culto aos Direitos do Homem, é oportuno que cuidemos da elaboração de uma Lei, um Código, ou que nome se lhe atribua, para coartar o exercício abusivo, autoritário ou arbitrário dos poderes administrativos.

Quanto ao título por deferir a tal diploma, mostramos que em geral se opta por denominá-la “lei de procedimento administrativo”.

No entanto, as tímidas tentativas feitas no Brasil — como no caso do Estado do Rio de Janeiro, onde se baixou um *decreto* superlativamente conciso para disciplinar o “processo administrativo”, e no da União Federal, que editou um *decreto* para regular o “processo administrativo fiscal” (Decreto nº 70.235, de 06-03-72) — ademais de sua baixa categoria, sublegal, esses decretos são entidades normativas de todo insuficientes para o universo administrativo que há de ser disciplinado. — Mas aqui se tem optado, desde o anteprojeto de THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, que antes comentamos, e como visto na referência anterior, pelo *nomen* de “lei” ou “código de processo”.

Quanto a nós, entendemos que esse nome pouco importa de ser questionado, pois, como bem o disse num de seus últimos trabalhos o saudoso administrativista argentino, Prof. BARTOLOMÉ FIORINI, a dicotomia nomenclatural resulta de não se ter, até hoje, bem assentado que, embora se desenvolvendo por meios distintos o exercício da função jurídica do Executivo — que também é jurisdicional e idêntica, em certas condições, à realizada pelo Judiciário —, a controvérsia tem sua origem na confusão terminológica difundida pelo sistema do Contencioso-Administrativo francês (em “Procedimento Administrativo y Recurso Jerarquico”, ed. Abeledo, B.A., 1970, págs. 22-23).

Por isso, e como não há impropriedade — demonstramo-lo acima — em que a um diploma para os objetivos de que vimos tratando se chame de “lei” ou “código de processo administrativo”, ou de “procedimento administrativo”, devemos concluir que o importante no caso é, sobretudo, que uma lei seja feita.

Do contrário, e enquanto tal não aconteça, não pode prevalecer e tem de ser revista a proclamada *presunção de legalidade essencial* do Ato Administrativo, quando ele atinja direitos ou interesses de Administrados não ouvidos em processo contraditório, presunção essa maculada pelo resíduo de Poder Absoluto que a Administração Pública moderna herdou do regime do século XVIII, e ainda detém.