

DA NECESSIDADE DE UM PROCESSO ADMINISTRATIVO

A. B. COTRIM NETO

1. 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 atrás dos tempos; fato incontroversível é que administrar corresponde a servir, em favor de qualquer coletividade organizada, e que servir implicará uma operação próxima ou mediatamente 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 dos meados do século XVIII — com a Revolução Cultural, o Iluminismo, que eclodiu em meio a fatores políticos e econômicos e técnicos excepcionais, nunca 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 partir 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 ideiação original, do Estado de Direito haveria de resultar a minimização de 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 exacerbatamento no século fluente.

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 regidos por princípios distintos, apenas ligados a alguns 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. Aconteceria, porém, que já no decorrer da centúria anterior, com nítido aceleração após a Primeira Guerra Mundial, 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 Chancelle 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 pares.

Ocorreria no entanto, uma situação insólita e, como quer que se a 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 defrontamos 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 haver 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. 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 regime”: isso aconteceria 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 discernir o arbítrio da discricção eles frequentemente comisturam-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 eminentes 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 Estado 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, nós 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. No tema que ora abordamos não se pretende e 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 Administração, para termos idéia da dimensão de um diploma onde se pretendesse unificá-las: temos o Estatuto 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 outros 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, que envolve matéria de Direito Civil, 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 o andamento” (*apud Anais do II Congresso Brasileiro de Direito Administrativo*, Imp. Of. do Estado do Rio de Janeiro, 1978, pág. 687).

Sucedê que o regime administrativo ainda vigente no Brasil está posto em termos de controle de todos os atos administrativos pelo Poder Judiciário (CF — art. 153 — § 4º), 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. 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 Themistocles 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 —, Themistocles 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 Themistocles 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 (v. nossa cita anterior).

Na Exposição de Motivos antecedentes do seu trabalho, escreve Cavalcanti, entre muitas eruditas considerações: “As manifestações de 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 relação 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 ser levada em consideração” (“Anais” cit., pág. 687/699; grifos nossos).

6. “Simplificar e uniformizar as normas de processo” disse-o com muita propriedade Themistocles 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, cerca 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”, da expressão de Konrad Hesse, que acima referimos) em relação com a Sociedade e 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. Entretanto há que discutir-se o no *nomen 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 se terá de bem definir os poderes de nossa moderna Administração Pública: terá ela atribuições ou competências de natureza jurisdicional ou destas carecerá?

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

8. 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 tema, 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 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, SP, vol. I, 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 Juízes; *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: “Compor a lide é função da jurisdição. Processo, assim, é meio de que se vale o Estado para exercer sua função jurisdicional, isto é, para resolução das lides e, em consequência, 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 Placido 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, do 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. 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” no quadro da Teoria Geral do Processo.

Com efeito, em tese de concurso docente apresentada à Universidade de São Paulo (“A Instrumentalidade do Processo”, SP, 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 contro-
vêrsia 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 (cfr. *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. 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 persequendi in judicio* de ontem numa ciência de alta indagação...), muitos desempenhos da Administração Pública no Estado de Direito têm características de pronunciamiento 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, quando 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” (nos mesmos 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 Cretella e Hely, cujas teses Dinamarco repudia —, que o poder jurisdicional não constitui privilégio de exercício pelo Judiciário.

11. Mas tais colocações do tema comentado não o exaurem, pois há quem vá mais longe, para admitir existência do fenômeno processual até mesmo no Direito Privado. Para ilustração dessa assertiva, basta-nos citar o pronunciamento de Betti, autor de uma *Teoria Geral do Negócio Jurídico* onde qualifica processual a série de atos representada pelo ato autorizado do incapaz e o ato da autorização; também o Professor espanhol Gonzalez Peres, — 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. 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 procedimentos 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 corren-

te, quicá 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, insita 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 (pág. 89 e segs.). Todavia, em considerações precedentes, o A. tinha dedicado o artículo 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-zá Mora y Castillo assim descreveu: “Los términos proceso y procedimiento se emplean con frecuencia, incluso por processalistas eminentes, como sinonimos o intercambiables” (*apud* Rogério Lauria Tucci, no verbete “Processo”, da *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 61). Assim, no Cap. IV, artículos 16 e 17, embora tenha sido apresentado — o assunto indicado nos títulos — como pertinentes 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. Com referência, ainda, ao *nomen juris* por atribuir a uma lei que se faça para corresponder aos propostos objetos deste estudo — Código de Pro-

cesso, ou de Procedimento Administrativo —, 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 Agustín A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, ed. Mach-Lopes, 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 Emillo Marcelino Sendin, *Procedimento Administrativo Nacional*, ed. Depalme, B.A., 1974, contendo o texto da Lei e de seu Regulamento, baixado com o Decreto nº 1759/52; 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 Austria —, 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 repristinado 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 Ossterreichischen 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 como a própria Lei de Procedimento, com somente 90 artigos, 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 do Procedimento, basta compulsar-se o excelente “Comentário” dela feito pelo Professor de Direito Público e de Direito Administrativo da Universidade de Erlangen-Nuremberg, Dr. Klaus Obermayer, numa obra de quase 1.200 páginas (v. *Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz*, ed. Luchterhand, Darmstadt, 1983).

14. É ocioso registrar que os Estados Unidos da América foram, originalmente, 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 às 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 de 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 o Texas e, sobretudo, a Luisiana 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 repartições 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 H. Gifis, da Universidade de Nova Jersey (ed. Barrons, nº y, 1984), essa lei resultou da crescente inquietação provocada pela latitude 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 charater*) 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. 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 quando 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 procedimentos administrativo”.

No entanto, as tímidas tentativas feitas no Brasil — como no caso do Estado do Rio de Janeiro, onde se baixou um decreto superlativamente consiso 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, sub-legal, esses decretos são entidades normativas de todo insuficientes para o universo administrativo que

de ser disciplinado. Mas aqui se tem optado, desde o anteprojeto de Themistocles Cavalcanti, que antes comentamos, e como visto na referência anterior, pelo nomen de “lei” ou “código de processo”.

Quando 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 *Procedimiento 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.