

CONTRIBUIÇÃO A TEORIA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

J. GUIMARÃES MENEGALE

SUMÁRIO: 1 — Processo de administrar: decisão e ação. 2 — Juridicidade do poder administrativo. 3 — Interêsse público e interêsse dos administrados. 4 — Conceito de processo administrativo. 5 — Processo e procedimento. 6 — Estôrço de normalização do processo administrativo. 7 — Poder e competência. 8 — Exclusão da idéia de litígio. 9 — Início do procedimento. 10 — Necessidade de preceitos legais fixos. 11 — Caráter contraditório. 12 — Recurso. 13 — Pluralidade de instâncias. 14 — Supressão dos processos especiais. 15 — Direito a ser administrado.

1. A administração pública opera por duas ordens de processo: a) processo técnico; b) processo jurídico. Quando, no exercício de seu poder, a autoridade administrativa *decide agir*, chega a essa decisão — cujo móvel constitui, em todos os casos, a realização prática de fins do Estado — depois de escolher os meios adequados, entre aquêles de que o Estado dispõe para a satisfação de seus fins. Essa escolha de meios, entre aquêles que a administração pública tem à mão, é, com efeito, operação técnica, e esta fase da atividade administrativa pode, portanto, qualificar-se de fase de decisão. Depois de se decidir, a administração pública passa a agir, ou seja, começa a *executar* o que decidiu. Na primeira fase, só a vontade do administrador se manifesta, e também só circula nos limites da economia administrativa, sem conexão com o exterior, quer dizer, com o mundo dos administrados. Já na fase subsequente, na que se pode denominar fase de execução, a autoridade administrativa entra em contato com elementos até então estranhos à administração pública: a vontade do administrador encontra-se com a vontade dos administrados.

Ora, onde se contrapõe a vontade de um e outro, surge uma relação de ordem jurídica. Jurídica, por consequência, é a operação consistente em executar decisões da autoridade administrativa, uma vez que a adaptação delas aos interêsses dos administrados

não se processa por meios técnicos e, sim, por meios a cuja escolha presidem o direito e a lei, ou — em outros termos — meios jurídicos.

2. Essa dicotomia do processo de administração tem a vantagem de patentear o equívoco de certa tendência, que parecia bosquejar-se entre os teóricos da administração pública no Brasil, sob a falsa persuasão de que o regime anglo-saxão de administração pública, essencialmente técnico, preconiza excluir da realização prática de fins do Estado a teoria do direito administrativo. Por mais que se especialize e aprimore a técnica da administração, não se deve perder de vista que sua aplicação se integra no comércio jurídico. Por outras palavras, e com estrita simplicidade, a administração pública, na segunda fase de suas operações, é condicionada por normas de direito.

3. Pela natureza mesma de suas funções, por visar à realização prática de fins do Estado, conclui-se que a administração pública opera movida por um interesse, que não é outro senão o interesse público. Ainda na fase decisória, é esse interesse que teleologicamente a inspira. Ai, contudo, o caráter das operações técnicas oblitera em parte, na consciência do administrador, a concepção do fim último de sua atividade. Se advertirmos a um administrador, responsável pela construção de uma estrada de ferro, que as rampas superiores a 5% são desaconselháveis porque encarecem o tráfego, e, portanto, não deve aprová-las, estaremos acrescentando a uma indicação técnica uma sugestão do interesse público, visto que ao público interessa o tráfego econômico; mas a ação do administrador, quando traça e retifica os projetos de construção, está submetida a um processo técnico de administração.

Em verdade, a idéia do interesse público aviva-se na consciência do administrador na fase executiva de sua atividade. Já a decisão que se vai executar traz o sêlo de tal interesse; mas, então, é que se porá à prova a atenção que o administrador lhe terá dispensado. Na execução da decisão administrativa, teremos oportunidade de verificar se, ao escolher tais e tais meios tendentes a realizar fins do Estado, o administrador atentou, como devera, no interesse de seus jurisdicionados. Poderá dar-se que, de fato, o administrador foi zeloso e prudente enquanto decidiu e, no entanto, ao executar a decisão, fere o interesse público. Decidindo ou executando, tem o interesse geral de lhe estar sob os olhos. Como, porém, nessa ou em qualquer esfera, interesse tal é suscetível de lesão, e já que a todo interesse, que seja legítimo, deve corresponder adequada proteção, outra idéia se associa, aqui, à idéia do interesse público: é a idéia de proteção ao interesse dos administrados.

4. Uno substancialmente, o interêsse público abrange, em sua conceituação formal, o interêsse social, o interêsse político e o interêsse jurídico. É na proteção dêste que o processo jurídico da administração se desenvolve. Por analogia com o processo judiciário, circunscreveu-se a qualificação de *processo administrativo* ao processo jurídico da administração; mais estritamente, diz-se em geral processo administrativo para significar o procedimento disciplinar contra os funcionários. Fixemos, pois, esta noção, de muita importância: processo administrativo, em concepção geral, é a série de atos ou operações com que o administrador formula uma decisão e a executa, no sentido da realização prática de fins do Estado em acepção especial, é o conjunto de normas a que se deve submeter a administração pública, a fim de que seus atos, assim os decisórios como os executivos, produzam fatos jurídicos, cumprindo-nos acrescentar-lhes os expedientes de que podem valer-se os administrados para proteção de seus interêsses, acaso lesados pela atividade do administrador.

5. Ao elaborar-se uma teoria do processo administrativo, importa escolimá-la da noção parcial e restritiva de direito disciplinar, quer dos funcionários, quer mesmo dos infratores. Também haverá que levar em conta a impossibilidade de estruturar teoria de tal envergadura sôbre a simples concepção de um *modus procedendi* na administração pública. Tanto quanto no direito judiciário civil, o procedimento, no direito administrativo, é um fato elementar e não um fato constitucional da teoria processual. O que releva, todavia, é investigar, definir e estabelecer *as leis do processo* peculiar à administração pública, — e processo como conjunto de funções ou ordenação de atividades. É necessário precaver-se contra os enganos a que nos pode arrastar o método comparativo, tão fecundo na filosofia do direito, quando confrontamos o processo civil ou criminal com o processo administrativo. A consemelhança de certas formas ou figuras não nos obriga a concluir por uma identidade em princípio inexistente. Por certo, o processo administrativo não se propõe a finalidade, atribuída pela doutrina moderna ao processo civil, de fazer atuar a vontade da lei com respeito a um bem da vida que se pretende garantido por ela. Tal objetivo — a que se supõe atender o exercício da justiça administrativa — só se colima, por isso mesmo, na fase judicial da controvérsia entre a administração e o administrado; mas torna-se preciso frisar que o processo administrativo é caracteristicamente jurídico, e não judicial. Nos casos em que o indivíduo requer a atuação da lei a respeito de um bem da vida que pretende garantido por ela, e que a administração pública lhe nega, é de processo civil, de

processo judicial que se trata, identificada a autoridade administrativa com o litigante privado.

6. Deve-se lembrar que o processo administrativo equivale ao conjunto de normas impostas à administração pública, no tocante à sua atividade específica, e, por consequência, as controvérsias com o administrado, a propósito delas, não se referem à *vontade da lei em relação à garantia de um bem da vida*, senão à *vontade da administração pública em conexão com as normas a que se subordina*. Dessa diferença é que resulta o privilégio, reconhecido à administração pública, de julgar a legitimidade de seus próprios atos e o de infundir-lhes força executória, com ou sem discussão, enquanto opera nos limites do processo administrativo.

Fôra, contudo, desarrazoado inferir que êsse privilégio a exonera da observância das formalidades, com que se assegura ao administrado a proteção de seus interesses no desencontro da vontade do administrador com as normas a que se deve subordinar. Pelo contrário: as formalidades administrativas — por vêzes semelhantes às do processo civil — não só se destinam a preservar o interesse dos particulares, poupando-lhes os efeitos do arbítrio do poder administrativo, mas também objetivam conduzir o administrador a desempenhar-se a preceito de suas obrigações. Logo distinguimos entre formalidades essenciais, cuja transgressão afeta a garantia assegurada aos interesses dos administrados, e as formalidades técnicas, respeitantes à administração interna, à regularidade dos serviços burocráticos, e cuja postergação não repercute fora. Como quer que seja, aos atos ou operações, de que se compõe o trabalho administrativo, corresponde um processo — uma ordenação de atividades — e, quando as normas, a que se devem supeditar, são infringidas, sofre o interesse público. De que modo, então, se deve considerar a justificável reação dos prejudicados? Teòricamente, é ainda o processo administrativo que se desenvolve *no esforço de se normalizar*.

Nessa ampla conceituação do processo administrativo — que parte da formulação da vontade administrativa e vai até à sua execução, inserindo a controvérsia com o administrado como incidente de seu desenvolvimento — comportam-se as figuras e institutos, que o singularizam. Reconhecendo-o, a primeira afirmação a antecipar-se é a necessidade de estruturar o processo administrativo, com tríplice finalidade: 1) restringir as possibilidades de arbítrio; 2) conferir democraticamente, no que fôr aplicável, as garantias que, em política, lhe correspondem; 3) padronizar juridicamente a atividade da administração pública, de modo a evitar controvérsias, que não lhe são de vantagem, e acrescer-lhe a eficiência.

Tais as operações práticas com que iremos elaborando a sistematização teórica do processo administrativo, por essa força do hábito e da lógica das necessidades, que, sob a luz da razão, impõe, historicamente, a estruturação dos grandes complexos jurídicos.

7. Poder e competência correlacionam-se em direito administrativo. Por poder entende-se a faculdade, atribuída à administração pública, por seus órgãos, de “ordenar e agir em nome da coletividade, com o apoio da força pública”. Essa faculdade é restrita ao objeto da atividade administrativa: realização prática de fins do Estado; é distribuída, discriminadamente, pelos órgãos da administração pública.

De tal sorte, se a faculdade de ordenar e agir se exerce fora dos limites desse objeto, ou se os órgãos da administração pública fogem, ao exercê-la, a essa discriminação, estarão operando em domínio que não lhes compete. Ora, poder sem competência é arbítrio, e o arbítrio, em tal hipótese, fere o interesse público. A normalidade do processo administrativo depende, portanto, da legitimidade dos atos que o constituem, em qualquer das duas fases, em que se desenvolve.

O poder, assim como a competência para exercê-lo, define-se na lei, a qual, para esse efeito, prescreve exatamente as formalidades do processo administrativo com o caráter de normas gerais objetivas. É evidente que essas normas variam conforme o tipo de atividade administrativa; regras comuns a todos eles, não obstante, devem-se observar, e são: a) publicidade da decisão, que precede o ato administrativo; b) sua fundamentação ou justificação; c) objetividade e impessoalidade do ato.

Em caso de incompetência *ratione materiae* ou *ratione personae*, a lesão do interesse público justifica a reação do indivíduo sobre que ela incidiu; essa reação — que não se confunde com a ação judicial — equivale ao esforço para normalizar o processo administrativo. Seria inútil sutileza invocar, em sentido contrário, a hipótese de não ter razão o indivíduo que reagiu: o que interessa é o fenômeno do equilíbrio fisiológico da administração pública, a manter-se pela ação do administrador e pela reação do administrado.

8. Estendem-se a esse seguimento do trabalho administrativo aquelas formalidades, tanto mais rigorosas quanto visam a possibilitar a correção de um distúrbio funcional. A teoria do processo administrativo, que rejeita a definição e o objeto do processo civil, condena a contraposição do administrador e do administrado como disputantes de um interesse ou de um direito, afetado ou negado por um, reivindicado por outro. Se a concepção exclusi-

vamente política da administração pública, insuflada pela pretensão de supremacia absoluta do Estado, com a conseqüente hipertrofia do poder de administrar, conduz um e outro à situação de adversários, o princípio da normalidade do processo administrativo, em sua complexão técnica e jurídica, exige que se restaure a noção originária, singela e exata dêsse poder, definido como função de órgãos da coletividade e por ela incumbido de, no seu interêsse, formular decisões e exercer atos de gestão dos negócios públicos. No restabelecimento da normalidade do trabalho administrativo — normalidade igual à legitimidade dos atos, que o constituem — a idéia de litígio é espúria e contraditória. Mais que isso: inflama o administrador na defesa do ato impugnado, pela preocupação particularista e subalterna de defender um ato que é seu e triunfar sôbre o impugnante.

9. A impugnação abre, pois, lugar a um procedimento, de formalidades estritas. Se o ideal é a cooperação de administrador e administrado com o fim de reordenar o processo administrativo, nem por isso há que desdenhar regras emprestadas ao processo civil para garantir o esclarecimento da verdade sôbre a decisão ou ato que se impugna, mesmo porque a idealização teórica não pode cerrar os olhos à realidade contingente.

Inicia-se o procedimento: a) por iniciativa da parte que se julga lesada em seu interêsse; b) por iniciativa da própria autoridade.

10. A ausência de previsão legal das garantias de que se deve cercar a solução da controvérsia, assinalada na falta de uniformidade do procedimento ou mesmo na omissão de formalidades, compromete a possibilidade de se restabelecer a normalidade do trabalho administrativo. Não basta socorrer-se à analogia: o procedimento tem de observar preceitos legais fixos, adrede formulados.

Ao impugnar o ato administrativo, deve a parte interessada: a) expor com suficiente clareza o que pretende; b) especificar o interêsse, que tem, na impugnação; c) indicar a lei, em que se funda para impugnar.

11. Deve-se imprimir caráter contraditório ao procedimento, seja de iniciativa do particular, seja da autoridade administrativa; há que atender, no procedimento, a êstes princípios: a) notificação dos atos do procedimento à parte interessada; b) audiência; c) produção de provas de todo gênero; d) direito à parte de examinar as peças e documentos; e) direito de assistir à inquirição de testemunhas, e dela participar; f) apresentação de razões escritas; g) prazos prefixados em lei para os diversos atos.

12. Em geral, a impugnação apresenta a forma de recurso, que se pode denominar: a) recurso gracioso, quando se interpõe para a própria autoridade responsável pelo ato impugnado; b) recurso hierárquico, se se interpõe para a autoridade superior.

13. Prevalece no direito administrativo o princípio da pluralidade das instâncias, variável consoante a maior ou menor centralização das jurisdições administrativas. O corretivo único à exagerada extensão desse princípio é a inconveniência de reduzir, pelo percurso de numerosas instâncias, a executoriedade do ato administrativo.

No processo civil, a revisão da sentença em segunda instância sofre, em regra, estas limitações: a) a parte, que não apresentou razões em primeira instância, não as pode apresentar mais; b) não se admite o reexame da matéria de fato; c) não se permite a produção de novos elementos de prova, proibição correlata à anterior.

Não se recomenda, em tese, a aplicação de tais princípios ao processo administrativo, uma vez que o recurso hierárquico se destina menos a fazer atuar a vontade da lei em benefício da parte, que a invocou, do que a repor o processo administrativo no ritmo porventura alterado pela infração da lei, lesiva ao interesse público, pôsto que individuado. Nenhuma das limitações opostas, no processo civil, à atividade das partes perante a instância superior deve, pois, em regra, subsistir em matéria de recurso hierárquico. A destituição, que se requer, do caráter litigioso na impugnação do ato administrativo, sugere a preocupação de dar homogeneidade ao processo, de tal forma que as decisões sucessivas de cada autoridade constituam atos encadeados em ordem a normalizar o trabalho administrativo. Não se usará, por conseqüência, o critério de facilitar ou dificultar a defesa do administrado para o fim de abreviar o curso da controvérsia, o que só se justificaria se o exame em instância administrativa superior revestisse o caráter de revisão judicial. Pela mesma razão, cabe admitir, aqui, o princípio da *reformatio in pejus*, corolário, ainda que rigoroso, da proposição de que, no processo administrativo, é o interesse geral, e não o interesse pessoal do administrado, que se tem em vista. Só a equidade temperará o rigor do princípio. O recurso hierárquico serve ao processo administrativo, como o conceituamos, não serve à parte, que o interpôs.

14. Vem a pêlo insistir na uniformização dos princípios do procedimento, eliminados, por anômalos, os processos especiais, com que o Estado freqüentemente cerceia a atividade da parte interessada na impugnação do ato administrativo. É sobretudo em matéria fiscal que essa tendência se manifesta. Ora, os atos da

administração fazendária são exatamente os que mais de perto e mais a miúdo afetam o patrimônio do particular; são os em que a vontade do administrador entra em choque mais freqüente com a dos administrados; são aquêles, portanto, em virtude dos quais se torna mais fácil e comum alterar-se o ritmo do trabalho administrativo, e, ainda, na apreciação dos quais, por consequência, mais amplos e gerais têm de ser os critérios, e não rígidos e restritos, como se teima em estabelecer. Com a feição de parcialidade, de disparidade entre os interessados, da qual o arbítrio do legislador fiscal — quase sempre a própria autoridade executiva no exercício do poder regulamentar — reveste o procedimento, agrava-se o caráter anormal de contenda, infenso à teoria do processo administrativo, nas relações entre o fisco e os contribuintes. Entre os privilégios que a fazenda pública abusivamente se arroga, contam-se o de dobrar ou tresdobrar os prazos a seu favor (até no processo civil!) e reduzi-los para os contribuintes, e o desdém pelas razões jurídicas dos reclamantes, com a exigência do ajustamento literal às disposições regulamentares. O interesse público, investido na regularidade do processo administrativo, não recomenda supremacia de tal ordem, pois que, em sentido ideal, o interesse público se difunde igualmente na administração pública e na massa dos administrados. Um procedimento desigual, comparável a um fôro de exceção, pode parecer que resguarda, no interesse da administração pública, o interesse geral, quando, efetivamente, atua como um fator de desequilíbrio, em detrimento do interesse geral individualizado no interesse dos administrados, que, suspeitosos e desiludidos, instintivamente procuram desintegrar-se do plano da normalidade administrativa. Essa é a condenação que se impõe, em tal domínio, ao “oportunismo do Estado”.

15. Não se deve desprezar a hipótese de que a anormalidade do processo da administração provenha de uma omissão da autoridade. Na obrigação de agir ou manifestar-se, pode o administrador manter-se inerte ou silencioso. Se de tal atitude negativa decorre prejuízo para o administrado, que lhe cabe fazer? Afigurar-se-á que só é condição para a interposição de recurso um fato positivo do administrador, um ato gerador de situações jurídicas, o que — dir-se-á — não sucede com o ato negativo. Outra, porém, é a realidade. A função da administração pública é administrar; o processo administrativo é *ativo* por natureza. Se o administrador omite a função, que lhe compete, desnatura o processo administrativo, anormaliza-o. Tem lugar, aí, a reação do administrado no esforço de normalizá-lo. Eis o que se conhece por “direito do administrado a ser administrado”.

A passividade da administração pública produz efeitos jurídicos variáveis: já se deve interpretar como aquiescência à vontade ou pretensão do administrado; já se deve considerar como recusa a atender ao recurso acaso interposto. Paralisar o processo administrativo, por força do silêncio da autoridade, seria contra-senso: prazos fixados em lei para a ação ou o pronunciamento atuarão automaticamente, com o efeito de um impulso processual, de modo a fazer amadurecer por si um destes resultados: a) transferência do recurso, pelo interessado, a uma autoridade superior; b) decisão afirmativa, por aquiescência tácita; c) decisão negativa, por abstenção.