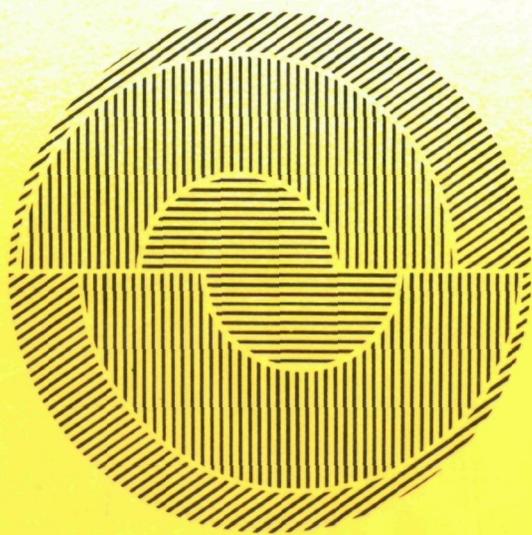


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO 1987

ANO 24 • NÚMERO 95

Do contencioso administrativo e do processo administrativo — no Estado de direito

A. B. COTRIM NETO

Professor da UFRJ — Faculdade de Direito

SUMÁRIO

1. A Revolução Cultural do Século XVIII. 2. MONTESQUIEU inspira o princípio da Separação dos Poderes do Estado e ROUSSEAU, a Teoria do Contrato Social. 3. O contratualismo de ROUSSEAU torna-se o elemento central do constitucionalismo do Iluminismo. 4. A Constituição americana (1787) e as francesas da Revolução (1790/1800) adotaram a Separação dos Poderes do Estado. 5. MARSHALL e a solução americana para dirimir conflitos ou abusos de Poderes (o controle jurisdicional). 6. Os revolucionários franceses de 1789 e seu preconceito contra o Judiciário. 7. Em razão do qual instituíram a jurisdição administrativa, pela via do Contencioso Administrativo, para controle do Poder Administrativo, apenas. 8. O Contencioso Administrativo no Brasil monárquico. 9. A Emenda Constitucional nº 1/69 e o Contencioso Administrativo. 10. Com a demolição do Absolutismo monárquico se queria um Governo mínimo (século XVIII) e se engendrou a teoria do Estado de direito (século XIX), mas se teve o Estado "Frankenstein" (século XX). 11. O intervencionismo do Estado produz a teoria do Estado de direito e social e impõe a codificação do processo administrativo. 12. A crítica do processo administrativo contemporâneo do Brasil: "uma tortura". 13. Um projeto de Código de Processo Administrativo para o Brasil, de TEMÍSTOCLES CAVALCANTI. 14. "Simplificar e uniformizar" o processo administrativo, um dos objetivos a buscar. 15. CARNELUTTI e o processo administrativo. 16. "Processo" ou "procedimento" administrativo? 17. Com PANGLOSS queremos o melhor dos mundos possíveis...

1. Raiou o século XVIII numa ambiência em que tudo estivera preparado para a Revolução Cultural que o caracterizaria.

Enquanto até o século XV o mundo europeu ficara bloqueado pela expansão islâmica que o envolvera na parte Oriental do continente e na parte Sul, no Mediterrâneo e até pelas Espanhas, e pelo Mar Ignoto no Leste, a iniciativa audaciosa dos portugueses desencadeando as grandes navegações oceânicas, a par da ofensiva cristã em terras de Castela, iria ampliar os horizontes dos povos da Europa.

Ao mesmo tempo eclodiria um movimento filosófico que, mercê da obra de pensadores há pouco emancipados do espaço cultural angusto da Idade Média, iria produzir, nos desdobramentos da Revolução Renascentista, uma obra ansiosa de libertação do homem e do seu pensamento.

Dessa forma, já no século XVI — com destaque para a obra assinalada de BODIN —, e no século XVII, sobretudo nos seus últimos quartéis, se vinham apresentando as primeiras manifestações que, exorbitando da especulação filosófica abstrata, traduziam no discurso político manifesta reação contra o prisco regime de Absolutismo com que os Príncipes exerciam seus poderes. — Neste período é de destacar a obra de LOCKE.

Entretanto, seria precisamente no comentado século XVIII quando mais se exacerbaria o movimento filosófico-político de exaltação da confiança do homem na razão e no subjetivismo, do mesmo modo que, principalmente, na demolição do Absolutismo do Principado. — Foi dessa época o movimento que se exprimiria em polimorfas manifestações buscando mais liberdades, com a Escola Econômica de Manchester cujo principal corifeu seria ADAM SMITH, com o Fisiocratismo de QUESNAY, com a Enciclopédia de D'ALLEMBERT, com o Contratualismo de ROUSSEAU e — no que seria o mais eficaz instrumento de remoção da ordem política vigente — com o preconício da Separação dos Poderes do Estado, através de MONTESQUIEU.

Essa Revolução Cultural, que ficaria projetada na história como o Iluminismo (o *Aufklaerung* na Alemanha, o *Enlightenment* na Inglaterra), iria deixar traços marcantes no caráter ocidental com óbvias repercussões em todos os campos, inclusive no plano artístico, onde surgiria o Romantismo na arte e na literatura, que se dá como partindo ainda da obra de ROUSSEAU e das inspirações germânicas que Mme. de STAEL traria para a França. Em todas essas manifestações, o Iluminismo correspondeu à ruptura com o classicismo, à fusão do sensível com o hiper-sensível, ao domínio do lirismo e ao triunfo do individualismo ou à emancipação integral e absoluta do *Eu*.

2. Atendo-nos simplesmente às expressões político-institucionais do movimento cultural do século XVIII, dois eventos se destacariam particularmente: a Independência das Colônias Britânicas da América do Norte, com todos os seus múltiplos corolários, e a chamada Revolução francesa.

No concernente à primeira, dela resultaria em 1789 a formação dos Estados Unidos da América mercê da adoção da Constituição em 1787

elaborada em Filadélfia, o seu enxoval jurídico, porque assim esta bem merece ser qualificada, uma vez que a Nação então nascitura dela receberia a vestimenta institucional.

Quanto à Revolução francesa, um desdobramento da crise irrompida no seio dos Estados Gerais que se reuniram em Versalhes, ao iniciar-se o ano de 1789, quanto a esta impõe-se um registro transcendente: enquanto a irradiação do pensamento libertário que estivera nos trabalhos dos pensadores europeus do Iluminismo, máxime daqueles de LOCKE (especialmente de seu notável *Treatise on the Civil Government*), de MONTESQUIEU (sobretudo expressado em *De l'Esprit des Lois*, cujo valor e influência prescindem de adjetivos) e de JEAN-JACQUES ROUSSEAU (particularmente no *Du Contrat Social*) iria fecundar o espírito e motivar a ação dos que se tornariam *founding fathers* da Nação Americana — fato universalmente consabido —, os acontecimentos verificados entre 1776 e 1789 em o Novo Continente, num processo de torna-viagem, iriam ter magna influência nos acontecimentos europeus do período subsequente.

A par disso outro destacado registro se faz necessário: quando MONTESQUIEU publicou seu festejado *Do Espírito das Leis*, em 1748, recomendou a adoção da “separação dos poderes do Estado” como o melhor sistema para prevenir a tirania do Príncipe e garantir a liberdade política — de modo a que “o governo seja tal que um cidadão não venha a temer um outro cidadão” (da obra citada, ed. Garnier, Paris, 1949, tomo I, liv. 11^o, cap. VI, “De la Constitution d'Angleterre”) — bem longe estaria, certamente, de imaginar o papel histórico de seu pensamento.

A crítica contemporânea tinha sido impiedosa para o livro de Barão de MONTESQUIEU: autoridades eclesiásticas o condenaram, a ponto de tê-lo inscrito no *Index*; até VOLTAIRE, um dos maiores valores da Enciclopédia e do Iluminismo, em tom de sarcasmo, chegou a escrever — no seu verbete sobre “Lois”, do “Dictionnaire Philosophique” — que “no livro de Montesquieu o espírito desgarra e a letra nada instrui”. . . — De outra parte, consoante observação, agora de modernos publicistas ingleses, o destaque atribuído pelo autor do *Espírito das Leis* às instituições políticas da Inglaterra, nas quais ele enxergara uma sábia separação dos poderes, “foi baseada numa errônea interpretação da posição da Inglaterra no século dezoito” (in: D. C. M. YARDLEY, *Introduction to British Constitutional Law*, ed. Butterworths, Londres, 1964, p. 64).

3. O livro *princeps* que ROUSSEAU deu a lume em 1762, *Du Contrat Social* — que recebeu um título alternativo, *Principes du Droit Politique* —, desenvolvia o *contratualismo* que já se irradiara contemporaneamente (pelo menos desde HOBBS com seu *Leviathan*), segundo o qual um povo só se tomaria um povo no momento em que “cada um de nós põe em comum sua pessoa e toda a sua potencialidade sob a direção suprema

da vontade geral; e nós recebemos em corpo integrado (*en corps*) cada membro como parte indivisível do todo” (em *Du Contrat Social*, ed. Garnier-Flammarion, Paris, 1966, liv. 1º, cap. VI). — A iniciativa de integração do indivíduo no corpo moral e coletivo organizado a partir do “pacto social” origina a criação de uma pessoa pública que passará a apresentar-se com os mais variados nomes, enquanto será chamado de *Estado* por seus membros “quando é passivo, *Soberano* quando é ativo, *Potência* quando posto defronte de seus semelhantes” (ob. e cap., *cits.*).

No campo político-institucional o pensamento do filósofo genebrino — malgrado a repulsa que mereceria de autoridades eclesiásticas, tal como ocorrera com o *Espírito das Leis* de MONTESQUIEU, e das autoridades de Genebra, que queimariam seu livro em ato público solene . . . — iria ter repercussão universal, a ponto de passar a ser o elemento central do constitucionalismo irradiado nas ondas do Iluminismo. — Na tese do Dr. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, apresentada em 1967 à Universidade de Goettingen sob o título “Do conceito de Constituição na Teoria do Estado Alemão — do Iluminismo e do Historicismo” (“Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklaerung und des Historismus”, ed. Duncker & Humblot, Berlim, 1967, pp. 35, 40, 45 *et passim*), esse jurista nos apresenta o entendimento constitucionalista dos mais eminentes publicistas germânicos, como PÜTTER, HÄBERLIN e SCHEDEMANTEL, do tempo do Iluminismo alemão, cujas teorias de Constituição estavam sempre inspiradas no contratualismo de ROUSSEAU.

4. Em função desse clima cultural, todas as Constituições, que passaram a ser escritas desde o Pacto Federal dos Convencionais de Filadélfia, receberiam inspiração de um mesmo pensamento central. Por isso também, e tal é o que aqui mais nos importa destacar, seriam elas redigidas com aplicação da Separação dos Poderes, da recomendação de MONTESQUIEU.

Com efeito, a Constituição que ensejaria a formação dos Estados Unidos da América viria a ser redigida com plena Separação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sem que houvesse — nela — sido previsto nenhum expediente para o controle de eventuais desdobramentos de atribuições ou competências por parte de qualquer desses Poderes. E o mesmo seria o espírito, como a forma das várias Constituições que — no mais flagrante período de institucionalização de sua Revolução, entre 1790 e 1800 — foram promulgadas na França.

Assim, viria a ocorrer um fenômeno insólito, que não teria remédio hábil previsto na obra de MONTESQUIEU — ainda porque não resultara da observação de nenhum sistema experiente, mas de uma equivocada análise das instituições inglesas (v. *supra*, nº 2) —, qual aquele de cada um dos Poderes do Estado exercitar-se com plena imunidade, irrestritamente. Certo que no *Espírito das Leis* seu autor reconhecera decorrer de “uma experiência eterna que todo homem tem inclinação para abusar do poder;

ele vai até que encontra limites”: e para isso enfrentar o filósofo ingenuamente acrescentaria — “Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder (“le pouvoir arrête le pouvoir”). Uma Constituição pode ser tal que ninguém seja constringido a fazer coisas sem que a lei a tanto obrigue e a não fazer aquelas que a lei permite” (ob. cit., pp. 162/163).

Todavia, como há de um Poder — se eles são três e separados e com o mesmo peso específico na governação — deter o abuso de que outro se faça autor?

5. Nos Estados Unidos esse problema tornou-se sobretudo agudo logo na alvorada do século XIX, mais precisamente em 1803 — a Nação não completara sequer três lustros de existência — quando a Suprema Corte da União estava formada de egressos do Partido Federalista, enquanto os republicanos conquistavam o Executivo e o Congresso. Nessa alteração de quadro político (o Presidente federalista QUINCY ADAMS cederia o cargo ao opositor republicano JEFFERSON) também houve mudança do Secretário de Estado: MARSHALL cedeu o cargo a MADISON; contudo antes dessa transferência o Secretário de ADAMS nomeou o cidadão MARBURY para um cargo em Washington, sem haver efetivado seu ato com o empousamento do nomeado; e o sucessor, MADISON, recusar-se-ia a dar posse ao partidário do grupo político decaído. — Essa, a origem do celebrado caso MARBURY *versus* MADISON, eis que o primeiro entrou com processo perante a Suprema Corte, impetrando um *mandamus* contra o segundo, para que este fosse compelido a entregar-lhe o cargo que lhe era recusado.

Ocorreria que MARSHALL, tendo deixado o cargo de Secretário de Estado e reinvestido no de Presidente da Suprema Corte — no qual era vitalício mas, na época, sem incompatibilidade para ocupar a Secretaria de Estado —, atribuiu-se a função de Relator do feito para denegar o apelo, sob argumento de que a lei não podia garantir à Corte poderes mais amplos que aqueles a ela atribuídos pela Constituição. — Entre outras longas considerações de cunho jurídico, ao decidir o pleito comentado, MARSHALL aproveitou para afirmar a doutrina da supremacia judicial no controle da constitucionalidade de atos dos outros poderes, em manobra política que ROBERT H. JACKSON assim descreveria: “A estratégia de dar aos jeffersonianos uma vitória com invocação de doutrina da qual eram eles os mais fervorosos oponentes foi magistral. MARSHALL conhecia sua política tão bem como seu direito. Os jeffersonianos não tinham condições de levantar o povo contra a doutrina mediante a qual eles haviam sido vitoriosos no seu caso” (in *The Struggle for Judicial Supremacy*, apud ANTONIO GONÇALVES DE OLIVEIRA na conferência sobre “Novos Aspectos da Competência Constitucional do Supremo Tribunal Federal”, pub. na *Rev. Dir. Adm.*, vol. 92, pp. 1/14; ainda sobre o *case* MARBURY *versus* MADISON, ver *Lecciones y Ensayos*, pub. da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, nº 25, 1962/1963; e, outro tanto, CARL

BRENT SWISHER, *Historic Decisions of the Supreme Court*, ed. Van Nostrand, USA, 1958).

Sem consideração para os aspectos éticos da iniciativa que teve MARSHALL como patrono — e o mesmo ROBERT JACKSON isso também destacou, salientando que os *standards* éticos proibiam o antigo Secretário de Estado e agora retornado à Presidência da Corte Federal de relatar um caso em que pessoalmente se envolvera... —, o fato é que o caso comentado adquiriria tal força que se tornou um dogma constitucional no País. Não será despidiendo, a propósito, citar o que o escritor do consagrado *American Commonwealth*, BRYCE, nele descreve: um inglês certa vez levou dois dias folheando a Constituição dos Estados Unidos da América, em busca do artigo que deferiria à Suprema Corte a faculdade de julgar da constitucionalidade das leis; conquanto o cidadão de Sua Majestade Britânica não tenha encontrado o que buscava, pela óbvia razão de inexistir esse artigo, escreveu BRYCE, a circunstância não obsta a que tal poder da Corte americana seja uma das mais vigorosas instituições políticas do país.

Nos Estados Unidos, portanto, o problema do cerceamento do abuso que um poder estatal eventualmente praticasse, em detrimento de outro, resolver-se-ia com o expediente de conferir a um deles, ao mais inerte por sem dúvida, a dirimência do conflito criado. Tal solução passaria ao mundo jurídico com o título de *Controle de Constitucionalidade*.

6. Na França, o problema do conflito ou do abuso de poderes iria receber tratamento assaz diverso do que lhe seria atribuído em a novel República da América do Norte. — GEORGES VEDEL, Decano da Faculdade de Direito de Paris, em obra notável (*Droit Administratif*, ed. Presses Universitaires, Paris, pp. 72 e segs.), faz minucioso histórico da solução gaulesa que afluiria na criação do universalmente conhecido e frequentemente imitado sistema do "Contentioso Administrativo" (a propósito, v. de STRATIS ANDREADES + *Le Contentieux Administratif des États Modernes et la Jurisdiction Administratif en Grèce*, Sirey, Paris, 1932).

Segundo depõe o insigne VEDEL, em seu país a criação desse Contentioso resultou, sobretudo, da *desconfiança* que os revolucionários de 1789 tinham em relação ao Poder Judiciário: conquanto opositores do *anciên-regime*, os homens da Revolução assumiram a herança por ele deixada e até o preconceito contra o Judiciário, que anteriormente — pela manifestação de seus órgãos superiores, os "Parlamentos" distribuídos pelo território nacional — "pretendia prerrogativas que opugnavam frontalmente a autoridade real". — Com esse espírito, uma primeira lei foi feita em agosto de 1790, pela qual se declarou interdito o Judiciário de manifestar-se sobre quaisquer atos do Legislativo; e, no seu artigo 13, o diploma estabelecia: "As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas; os juizes não

poderão perturbar de nenhum modo, sob a pena de prevaricação, as operações dos corpos administrativos, nem citar diante deles os administradores, em razão de suas funções”.

Posteriormente essas disposições ainda seriam reiteradas, por volta do ano de 1796, em termos que, todavia, nada reduziam nem acresciam ao sentido da norma precedente (*apud* VEDÉL, ob. cit., p. 75).

Nessas condições, precisamente dentro do sentido daquela Separação dos Poderes tão festejada a partir da revelação de MONTESQUIEU, esses órgãos da ação do Estado, como contemporaneamente vinha acontecendo nos Estados Unidos, passaram a operar livremente, sem que nenhuma entidade lhes cerceasse a prática eventual de abusos. Nada existia que lhes coarctasse exorbitâncias ou que lhes harmonizassem os desencontros.

7. Na Assembléia Constituinte que funcionava em 1790 reinou a maior *confusão, no pertinente à matéria apreciada*. A época não havia como questionar a soberania dos corpos legislativos; mas se discutiam os problemas resultantes dos casos em que partes privadas contendessem com a Administração Pública. Em face disso, a Assembléia — e este é o depoimento de RODOLPHE DARESTE, num livro sobre *La Justice Administrative en France* (ed. Recueil Général des Lois des Arrêts, Paris, 1898, p. 156) — considerava a matéria do contencioso administrativo atinente à própria Administração, *pretendendo assim ater-se ao princípio da separação dos poderes, que dessa forma tomava um sentido que MONTESQUIEU não tinha talvez previsto* (p. 156); daí JEAN APPLETON — na sua obra *Traité Élémentaire du Contentieux Administratif* (ed. Dalloz, 1927, p. 87) — ter proclamado que, então, dominou a confusão absoluta entre a Administração *ativa* e a Administração *juiz*.

Entretanto chegou-se ao ano de 1800, o ano VIII do calendário da 1ª República: uma nova Constituição, a de 22 frimário, criaria uma série de jurisdições administrativas distintas da Administração ativa e, outro tanto, um tribunal administrativo superior, o Conselho de Estado, “cuja jurisprudência esclarecida e progressista reunirá num corpo de doutrina sólido os princípios esparsos e incoerentes do contencioso administrativo” (APPLETON, ob. e p. citadas; sobre o mesmo assunto, DARESTE, ob. cit., cap. VII).

Esse sistema de uma Jurisdição Administrativa, instituída à margem da Justiça Ordinária, porque na ilhargá do Poder Administrativo, foi o expediente que em França se engendrou, para — embora sem prejuízo para o princípio da separação dos poderes do Estado, como à época se entendia — disciplinar os abusos ou ilegalidades constatadas nos procedimentos do Executivo.

Mas o problema das eventuais exorbitâncias do Poder Legislativo, aquilo que VEDÉL chamaria de atividade legislativa *“fautive, c'est-à-dire*

illicite" (ob. cit., p. 46), isso teria que aguardar até 1958, quando a Constituição DE GAULLE seria aprovada por um pronunciamento plebiscitário da Nação, nela inserido um Conselho Constitucional.

8. Conforme tivemos ensejo de dizê-lo, precedentemente, tal Sistema Administrativo francês da Administração ativa e da Administração juiz haveria de merecer ampla adoção, sobretudo nas monarquias européias do século XIX, inclusive nos antigos reinos alemães da Prússia, da Baviera, da Saxônia e do Wurttemberg. — E não por uma aberração histórica mas por havermos tido — durante a maior parte da centúria anterior — a condição monárquica de Reino e de Império, em nosso País foi adotado o Sistema da França, do qual só nos libertamos quando da proclamação da República.

No Brasil do século passado, cuja estruturação constitucional imitava, principalmente, os regimes monárquico-constitucionais da Europa, seria impossível qualquer adaptação do controle jurisdicional aos moldes elaborados por MARSHALL nos EUA: faltava-nos o sentimento de liberdade que os americanos já traziam do tempo dos puritanos, na raiz da nacionalidade, ao mesmo tempo que a dinastia imperante aqui, malgrado os arroubos liberais de nosso jovem primeiro Imperador e o equilibrado espírito de Pedro II, ainda se inspirava na tradição autocrática dos Braganças.

Contudo, entre nós se viria a aplicar, às meias, o sistema do Contencioso gaulês; sem atribuir-lhe o caráter de entidade jurisdicionante que o de França exhibia, aqui se adequava à exaltação da soberania do monarca e de alguns outros hierarcas do regime, na forma da pristina tradição lusitana.

Nessas condições deixa de surpreender a posição de um estadista da categoria do VISCONDE DO URUGUAI, o qual, ao mesmo tempo que admitia ser "o Contencioso Administrativo um verdadeiro caos, no qual ainda não penetrou um só raio de luz" — no concernente a algumas de suas intervenções —, sustentava a perfeita constitucionalidade de sua criação, argumentando ser o Contencioso inerente à própria Administração, pelo que caberá à legislação regulamentar decompor o Poder Executivo, separando, classificando e explicando as suas atribuições. De modo implícito, o eminente autor dos *Ensaio sobre o Direito Administrativo* fazia causa comum com o VISCONDE DE JEQUINHONHA, para quem o art. 9º da Constituição de 1824, consagrador da divisão dos poderes políticos — "princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece" —, implicava reconhecer no poder de administrar, separado do judicial, o poder jurisdicional de julgar administrativamente...

Dessarte, cerceava-se a competência do Judiciário e se organizava, mercê de um caricato Contencioso Administrativo, a total, a absoluta e

inconseqüente capacidade de a Administração proceder discricionariamente. Nosso Contencioso — cuja colocação jurídica o VISCONDE DO URUGUAI desenvolveu exaustivamente (Caps. XV/XXI, sobretudo, dos referidos *Ensaio*s, ed. Ministério da Justiça, 1960) — operava por intermédio de elementos com a categoria de “juizes e tribunais”, que URUGUAI relacionou no Cap. XXI de sua obra, em rol enorme que assim começava: “Os Ministros de Estado, o Conselho de Estado, o Tesouro, os presidentes de Província, as Tesourarias, os inspectores de Alameda...” etc.

Todavia, o grande panegírico dessa instituição, que simplesmente implicava a colocação dos Administrados em plena dependência da discricção administrativa, seria feito por HENRIQUE DO REGO BARROS, numa obra que se tornou clássica para o tema (*Apontamentos sobre os Privilégios e Prerrogativas da Administração*, R.J., ed. Laemmert, 1874), panegírico esse que partia deste enunciado: “Das considerações feitas se depreende facilmente que não queremos que os atos da Administração sejam nulificados pelo Poder Judiciário” (p. 425); para prosseguir, adiante, na proclamação de que “a independência exige que nenhum poder invada as atribuições dos outros ou as contrarie” (p. 464).

9. Entretanto, no Brasil republicano e em nosso século uma tentativa de reintrodução do Contencioso Administrativo acentuaria — conquanto não mais *às meias*, tal como no Império, mas *às quartas*...

Temos como inquestionável que a adoção, em nosso País, do sistema americano do *rule of law* e do *judicial control*, ou, mais propriamente, do sistema de jurisdição única — do qual RUI BARBOSA extrairia a interpretação de sua incompatibilidade com o Contencioso Administrativo —, essa tentativa da repristinação do velho sistema francês não poderia deixar de resultar no mais absoluto insucesso.

Não obstante, a Emenda Constitucional nº 1/69, aposta à Constituição de 1967, em seu artigo 111 estabeleceu que a lei poderá criar Contencioso Administrativo e atribuir-lhe competência — para o julgamento dos litígios decorrentes das relações de trabalho dos Servidores com a União, suas Autarquias e Empresas Públicas, qualquer que seja seu regime jurídico.

Como seria de prever-se, em face das críticas impiedosas dirigidas à esdrúxula cláusula constitucional, jamais se legislaria sobre a matéria desse art. 111, que ficou letra morta, e o Contencioso não seria criado, continuando a prevalecer, na sua integridade, o regrado pelo art. 153, § 4º, da Carta Federal, que veda seja excluída da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão do direito individual.

10. Como quer que se houvesse de adequar o princípio da Separação dos Poderes do Estado a um regime de inter-relacionamento capaz de evitar conflitos entre eles, o fato é que, uma vez demolido — a partir do

século XVIII — o Absolutismo monárquico, instituir-se-ia aquela ordem jurídica que viria a ser chamada de “Estado de direito” (século XIX).

Com essa locução pretende-se identificar a implantação de Governo onde a Sociedade não fique exposta ao arbítrio do Poder, e onde se estabeleça que, em contra-partida dos deveres da cidadania para com a coletividade representada pelo Estado, sejam reconhecidos e respeitados os direitos de seus integrantes: por isso, um dos primeiros teóricos do Estado de direito, do *Rechtsstaat*, OTTO BÄHN, escreveu que o papel deste é assegurar a proteção dos direitos da coletividade, donde entender-se que “o direito do Estado não é outra coisa que uma espécie do direito da sociedade” (... *Staatsrecht ist nicht anderes, als eine Art des Genossenschaftsrechts*: in *Der Rechtsstaat — Eine publicistische Skizze*, nova impressão da ed. de 1864, Scientia Aalen, 1961, p. 45).

Como fruto da Revolução do século XVIII, e até adiantado tempo pelo século XIX, pretendeu-se que o Estado ou, se preferir-se, o Governo do Estado, não tomasse a seu encargo o desempenho das múltiplas atividades inerentes à iniciativa do indivíduo.

Enuncia uma lei da Física que toda ação provoca uma reação em sentido contrário e de igual intensidade: parece-nos válido pensar que tal lei há de ser reconhecida, inclusive, nos sucessos da sociologia política.

Depois de séculos da vigência do Absolutismo com que os Príncipes exerciam seus poderes em face da sociedade, quereria esta um sistema político de teor oposto: o Governo não deve governar demais, reclamou ainda no século XVIII o pensador francês ARGENSON. E tal reclamo tornou-se o núcleo das idéias chamadas de *liberais*, que fecundaram e comandaram a construção dos regimes políticos do século anterior. — Então se queria o Estado constitucional; mas um *Governo mínimo*.

Todavia, circunstâncias de despicienda consideração provocariam a expansão da ação do Governo em tal dimensão que chegaríamos, nós, àquela situação que o constitucionalista contemporâneo KONRAD HESSE, em obra recentíssima, classificou de “alagamento do Estado” (*Überflutung des Staates*). Realmente, chegamos àquela situação que TAVARES BASTOS increpava no regime imperial do Brasil, em tom acerbamente crítico, no qual o Poder Central pretendia tudo regular, até o ar que se respirava: hoje o *grande Governo*, para bem ou para mal, regula até sobre o ar que se tem de respirar. . .

Algo mais, porém, ocorreria: enquanto no crepúsculo do século XVIII se pretendia que o Estado exercesse seus poderes com estrito respeito às *liberdades do povo soberano*, em nosso século o discurso político reivindica do Estado o estrito respeito e a preservação dos *direitos do homem*.

Por isso foi mister avultar o organismo da Administração Pública — que o administrativista alemão OTTO MAYER conceituou como o Estado

em ação para realizar seus fins —, em dimensão nunca dantes vista na história da sociedade organizada.

Destarte, 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 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.

11. Ocorreria que o perecimento do absolutismo e a teorização do Estado de direito não foram suficientes para elidir todos os expedientes governamentais dos séculos do *ancien régime*. Pelo menos de modo residual, ou pela circunstância de não poder a Administração estatal prescindir, ainda que minimamente, de certa parcela de poder discricionário; nem o arsenal de construções jurídicas proponentes do resguardo dos direitos da cidadania em face do Estado foram bastantes, para fazê-los seguros, a esses direitos.

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 *arbitrio* da *discrção*, 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 absolutismo se fazem mais notados.

Em trabalho de outro dia, do eminente Prof. NELSON SALDANHA — e publicado recentemente 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” (p. 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”.

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

12. 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.

Efetivamente, tão vasto tornou-se o campo de ação da Administração Pública no Estado contemporâneo que a unificação de todas as matérias pertinentes a tal ação iria resultar numa obra de extensão inaceitável. Basta que compusemos todos os códigos até hoje editados em nosso país, no pertinente 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 vários mais. E isto sem falarmos nos diplomas onde reside matéria particularmente tributária, como o CTN, e noutros comistos com área do direito civil, como o Código de Menores.

O fato, digno de registro, é que todos esses comentados “códigos”, elaborados para regular a atividade da Administração Pública, encerram normas de processo administrativo da mais variada gama.

Por isso THEMÍSTOCLES 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, p. 687).

Sucede que o regime administrativo 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, em o direito brasileiro, certa natureza autoritária no procedimento administrativo, de se exige — ao menos em tese — uma irrestrita obediência às normas legais e uma disciplina indispensável à estabilidade dos atos administrativos bem como ao respeito dos interesses jurídicos dos administrados.

Não atende ao bem comum, quer à Administração Pública, quer à coletividade ou a cada um dos seus membros, a insegurança jurídica dos atos administrativos.

13. 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 isso desde quando THEMÍSTOCLES CAVALCANTI surgiu na grei dos cultores do direito público do País, onde se tornaria — imediatamente após a publicação de suas *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*. Rio. F. Bastos, 1936 — o verdadeiro patriarca desta disciplina, como o mais eminente dos seus mestres.

E não por acaso, 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 CAVALCANTI desincumbiu-se dele, tendo redigido o trabalho que, todavia, na época, não mereceu a consideração reclamada. — Esse anteprojeto, ao qual precedia uma 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 antecedente do seu trabalho, escreveu 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 suas relações com o Estado, ora se apresenta como reguladora dos direitos de terceiros, ora, finalmente, visa a 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 administrati-

vos. 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., pp. 687/688: grifos nossos).

14. "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 propunha.

Mas não disse tudo. — Nos dias fluentes — e o jurista festejado se pronunciava, na forma comentada, há cerca de meio século... uma das mais candentes preocupações dos técnicos da Administração Pública, ao mesmo tempo que dos cientistas políticos, é a auxese, a plethora de atribuições que o Estado assumiu (aquele "alagamento", da expressão de KONRAD HESSE, que acima referimos) em relação com a Sociedade, gerando 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 tentado promover.

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

15. Mas, agora, incumbe a nós o questionamento de um tema conseqüente: o poder jurisdicional e para ordenar seu exercício, a edição de norma processual 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 *ius perseguendi in iudicio* 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, p. 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, no sistema legislado, senão 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 mercantilística 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., p. 99).

16. No entanto, resta considerar se, no caso da unificação e disciplina-mento das normas pertinentes aos pronunciamentos da Administração Pública, o diploma resultante será um Código de Processo ou de Procedimento Administrativo. — 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 deva ser mantido para as ações administrativas.

Entre nós, no Brasil — embora o autor seja português — talvez quem melhor haja desenvolvido essa questão terminológica, insita no caso apreciado, terá sido o Prof. ALBERTO XAVIER, no seu 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 (pp. 89 e ss.). — Todavia, em considerações precedentes, o autor 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*

jurisdiccional 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., pp. 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 “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 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 — o autor 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, considerando sinónimos ou intercambiáveis os dois nomes (agora, nas últimas páginas do livro, uma decisão inadmissível)...

17. Nos dias que correm funciona para o Brasil uma Assembléia cuja razão de ser visa ao estabelecimento de nova ordem institucional capaz de assegurar ao povo brasileiro a democracia, a paz e a justiça social. Estamos numa hora de meditação, a fim de que se encerre o trabalho constituinte com resultado que garanta ao País as melhores instituições no melhor dos mundos possíveis, se nos permitem essa tirada ao PANGLOSS voltariano... Enfim, vale a pena ser otimista.

De qualquer modo — é esta a finalidade das elucubrações que pusemos neste trabalho — o que se impõe é que tenhamos uma Constituição, a qual, sem refugir de nossas tradições institucionais, as aperfeiçoe, mesmo que com adoção de novos institutos, desde que estes se compatibilizem com as tradições respeitáveis.

Por isso nossas considerações sobre a origem histórica do Contencioso Administrativo, sua natureza e as explicações do porquê não deverá ele ser repristinado para o País.

Não obstante, algo do que surgiu mercê desse instituto desvalioso para nós, como o ordenamento disciplinado do Processo ou Procedimento administrativo, há de receber agasalho na obra ferente de nossos Constituintes. Afinal, no moderno Estado de Direito e Social, a Administração Pública não deve proceder através de Atos de Príncipe para gerar Fatos de Príncipe que a cidadania terá de suportar sem resguardos.