

O PROCESSO ADMINISTRATIVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

J. J. Calmon de Passos^(*)

1 — Há uma assertiva que se fez fundamental, a partir da positivação do direito, e de cuja exatidão ainda não se conscientizaram todos os juristas nem dela foram retiradas todas as consequências necessárias — nada é jurídico ou antijurídico com anterioridade ao *sentido* constitutivo que lhe confere o *operar* do sistema jurídico.

Enquanto se acreditou haver algo *prévio e externo* a impor juridicidade ao comportamento humano, fosse esse algo transcendente (a divindade) ou imanente (a razão), foi possível dizer-se e acreditar-se haver «direito» antes de ser *produzido*. Hoje, tal afirmativa carece de comprovação prática e de justificação teórica aceitável. Destronada a divindade e problematizada a razão, impõe-se a revisão do pensamento tradicional.

Ontologicamente, nada é jurídico ou antijurídico, lícito ou ilícito na conduta humana. O jurídico é *sentido e significação* que se empresta a determinados atos do homem, para que seja atendida uma específica função socialmente imprescindível. Daí afirmar, com propósito de causar impacto, que o direito não existe. E isso afirmo para conscientizar as pessoas de que o direito não nos é dado, como são dadas as realidades do mundo físico (orgânico e inorgânico), só existindo depois de *produzido*, consistindo, sempre, no resultado do «agir comunicativo» dos homens, um que fazer setorial no fazer comunicativo global que é a sociedade.

Operando sobre o que integra o mundo físico — matéria —, o homem transforma o «dado» pela natureza em algo que, sendo produto, permanece matéria, vinculada à estrutura que lhe foi dada pela natureza. Matéria revestida de significação, de sentido, cumprindo uma função que lhe é atribuída pelo homem, porém matéria. A árvore de que faço táboas não existe para isso, mas o homem pode destiná-la para isso. Se a madeira não é a cadeira que com ela se faz, a cadeira, mesmo enquanto produto, permanece sendo madeira, como a árvore de que provém; e subsiste como tal, depois de produzida e dissociada do processo de sua produção, porque é matéria.

No operar com o que faz sociedade, as coisas se passam diversamente. Aqui, o agir se dá em termos de comunicação, expectativas compartilhadas, inexistindo a «matéria»

(*) Advogado e Professor Catedrático da Universidade Federal da Bahia

no sentido físico que se dá ao termo; e se de algum objeto se puder falar, será ele constituído do «sentido compartilhado».

2 — Ao pensar o «direito», ingressamos numa dimensão nova da realidade. Antes, o mundo do «ser» — da matéria e da concreção —, agora, o mundo do «dever ser», construção do homem, composto de «comunicações», realidades indissociáveis de um «querer» humano e que somente são enquanto fruto de uma vontade que as concretize, incapazes de ser faticamente e subsistir se dissociadas do sujeito.

A cadeira, enquanto madeira, é, sem que sobre isso o querer humano tenha qualquer espécie de poder. A função e a estrutura da árvore decorrem de um «querer» (passe o termo) que denominamos de lei natural. Quando a madeira se faz cadeira, passa a desempenhar uma função que como cadeira lhe foi atribuída por um querer humano, indispensável, inclusive, para conservá-la como tal. Dissociada da função que o homem lhe atribuiu, é madeira, árvore morta, que pode ser usada como lenha ou simplesmente não ter serventia. Só associada ao querer humano que lhe imputa a função específica será cadeira.

Em razão disso é que afirmo «inexistir» o direito sem o prévio processo de sua produção e dissociado dele. Porque o «sentido» é algo que não adere nem integra a coisa, nem a conduta, enquanto pura materialidade, pelo que só tem faticidade enquanto mantido, confirmado, internalizado, o que, de certo modo, é «produzi-lo».

O processo, portanto, não é algo que opera como mero pressuposto ou mero instrumento, sim algo que integra o próprio ser do direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação de meio/fim, instrumental, como se proclama, sim orgânica, integrativa.

Para melhor compreensão, uso um *simile* que esclarece, guardadas as devidas especificidades. O açúcar é produzido a partir da cana, mas ele não é cana, porque esta não é só a sacarina de que resulta o açúcar, mas também o que há na cana além de sacarina, o que resta nela depois de esmagada e vai ter outra utilidade e atender a outra função. Por outro lado, não se obterá açúcar da cana sem que se adote um procedimento tecnicamente adequado; conseqüentemente, o processo de sua produção é essencial ao «ser» do açúcar, e se um processo inadequado e operadores sem conhecimento forem utilizados, haverá cana, mas dela não resultará açúcar. Pois bem, é do que se institui no ético, econômico e político (na sociedade) que se recolhe a matéria-prima com que se opera para produzir o direito, mas o direito é algo específico nesse todo e, para ser produzido, é essencial o procedimento tecnicamente adequado e operadores capacitados para implementá-lo. Assim, o direito, como produto (direito material), é algo indissociável da excelência do procedimento e da competência dos operadores. Faltando qualquer desses componentes, o produto final será tudo, menos direito.

Os juristas, em sua maioria, ainda mantêm o vezo de associar o termo «processo» ao processo jurisdicional, um proceder perante um magistrado, para solução de um conflito. O que é categoria geral se faz específico de um espaço limitado do jurídico. Cumpre, entretanto, relacionar «processo» ao fenômeno da produção de normas jurídicas, técnica de elaboração do direito, que isso é o que parece que ele seja.

Lamentavelmente, a renovação do pensamento jurídico, ocorrida a partir dos sociólogos do direito, neste século, ainda não gerou, na dogmática, as conseqüências que se impõem, e os processualistas, marcadamente os brasileiros, permanecem alçando velhos estandartes maltratados, empunhados nos embates de antanho, levantados do chão, agora, para que valham, ainda, como símbolos incentivadores de novas pejejas a serem travadas. Falam, enfaticamente, em instrumentalidade do processo, efetividade do processo, deformalização e diferenciação da tutela como sendo, tudo isso, armas mortíferas, capazes de eliminar os perigos de hoje, quando são, na verdade, velhos trabucos, pesados canhões e bandeiras dilaceradas, impotentes para assegurar vitórias no presente, meras relíquias recolhidas das batalhas de ontem, hoje, entretanto, inadequadas para assegurar triunfos e perigosamente perniciosas, por favorecerem a dominação, transformada a produção do direito não num acontecer político, mas numa nova outorga das táboas da lei, por esse Deus novo que é o magistrado «moderno».

3 — Foi na década de 70, na Alemanha, que *Haberle* afirmou a existência de um *status activus processualis*, vendo nesse *status* a dimensão procedimental dos direitos e liberdades. Estigmatizado por uns, aplaudido por outros, obrigou a reflexão dos juristas a caminhar nessa nova direção, e já na década de 80 se reconhecia que a imbricação entre direitos fundamentais e organização/procedimento deixara de ser um simples «movimento da moda» e tornara-se postura ineliminável do pensar jurídico.

Canotilho, em tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, que ministrou em 1990, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, justamente sobre «Direitos fundamentais, procedimento, processo e organização», assevera que o impulso decisivo para o «procedimento» e a «organização» abandonarem o estatuto de «estrangeiros» na «cidade constitucional» foi dado por *Konrad Hesse*, em trabalho que apresentou, em 1978, na IV Conferência de Tribunais Constitucionais da Europa, ao escrever, «no seu peculiar estilo, plástico e incisivo»:

«Para os direitos fundamentais poderem desempenhar a sua função na realidade social eles necessitam, não apenas de uma normação intrinsecamente densificadora, mas também de formas de organização e regulamentação procedimental apropriada.

Por sua vez, os direitos fundamentais influem no direito da organização e no direito de procedimento. Esta influência verifica-se não apenas nos direitos especificamente procedimentais, mas também nos direitos materiais.»

Retomando *Canotilho*. Num primeiro momento, lembra ele, a preocupação foi a de «enunciar» os direitos fundamentais «garantísticos-judiciais» e «garantísticos-processuais», mas os problemas da «organização» e do «procedimento» ganharam, progressivamente, o caráter de direito público material e normativamente plasmados no Direito Constitucional. Se isso não acontecera antes, expulsando-se as dimensões organizatória e procedimental do âmbito da proteção dos direitos, liberdades e garantias (exceto quando se tratasse de «direitos processuais» clássicos), só se pode explicar pela incomunicabilidade que um setor da doutrina pretendeu estabelecer entre «parte orgânica» e parte «subjeto-relacional» da Constituição, entre um *direito constitucional material*, ao qual

pertenciam os direitos fundamentais, e o *direito adjetivo organizatório*, dentro do qual se inseriam os direitos procedimentais, concebidos como integrando o Direito Constitucional organizatório ou o Direito Administrativo.

Essa «insulação» deve ser superada, e a idéia de procedimento se tornou determinante na evolução do direito público, na última década, e a participação procedimental passou, ela mesma, a ser um direito fundamental. A idéia de procedimento fez-se indissociável dos direitos fundamentais, mas a participação *no e através* do procedimento já não é tanto um instrumento funcional da democratização, mas uma dimensão intrinsecamente complementadora, integradora e garantidora do direito material. O direito procedimental/processual não é apenas um meio adequado de realização de um direito subjetivo material preexistente, pois a relação entre direito processual/procedimental não se reduz a uma relação de meio/fim, antes se reconduz a uma relação de integração. (Cf. *Canotilho*, em «Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, procedimento, processo e organização», em *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXVI, 1990, págs. 151 e segs.)

4 — Como nos parece, hoje, cristalino esse entendimento. E como me sinto gratificado por ter advertido, logo após a promulgação da Constituição de 1988, que ela incidira em um pecado capital, contradizendo-se substancialmente, por haver enunciado generosamente direitos fundamentais sem haver organizado o Estado em consonância com essa proclamação, nem disciplinado adequadamente a dimensão procedimental dos direitos fundamentais, tirando aqui o que, ilusoriamente, concedera ali. Por isso somos apenas titulares de uma cidadania tutelada, como proclamei, ou de uma cidadania de papel, como também já foi dito.

Se o direito é apenas depois de produzido, o «produzir» tem caráter integrativo antes que instrumental e se faz tão fundamental quanto o próprio «dizer» o direito, pois que o produto é, aqui, algo indissociável do processo de produção, que sobre ele influi em termos de resultado. O produto também é processo, um permanente fazer, nunca um definitivamente feito. Por outro lado, falando do processo como elemento integrativo do direito, impossível descartar a importância da organização, vista justamente como administração institucionalizada dos fatores cuja combinação se faz indispensável para ser alcançado o fim proposto.

Direito é *decisão*, e a participação no processo decisório é um elemento constitutivo da dimensão democrática do Estado de Direito, uma garantia para o cidadão de um espaço de real liberdade e de efetiva autodeterminação, constitutivos, por seu turno, da cidadania efetiva. Digo mais, é a única forma de *realizar* os direitos fundamentais, tirando-os do mundo do «faz-de-conta» dos *enunciados* para colocá-los no mundo real dos *acontecimentos*.

5 — Podemos, portanto, conceituar o processo como a atividade, vista na sua totalidade, por meio da qual se produz uma norma jurídica, mediante a formulação de uma decisão de autoridade, entendido o termo *procedimento* como referido ao complexo dos atos juridicamente ordenados de tratamento e obtenção de informações, que se estrutura e se desdobra sob a responsabilidade de titulares de poderes públicos e serve

para a preparação da tomada de decisões, sejam legislativas, sejam administrativas, sejam jurisdicionais.

Os procedimentos constituem, assim, *um sistema de interações* entre os poderes públicos e os cidadãos ou entre unidades organizatórias públicas, como sugerido por *Canotilho*. E acrescentamos: não qualquer procedimento, mas o procedimento conformado adequadamente, vale dizer, em harmonia com as exigências básicas do Estado de Direito democrático.

Trabalhamos, como visto, com dois conceitos: o de processo e o de procedimento. Ainda não se harmonizaram os estudiosos em torno do assunto, subsistindo renitente divergência mais «verbal», no particular, que substancial. Para muitos, procedimento seria a categoria básica e geral, desdobrada em tipos de processo, como modos de proceder em cada espécie de procedimento. Para outros, a categoria básica é o processo, e o procedimento diria respeito ao modo de proceder em cada processo. Ali, um pensamento de matriz kelseniana, aqui um pensamento influenciado pelo procedimentalismo libmaniano. Em termos práticos, nenhuma divergência relevante. Inclino-me, entretanto, pela versão kelseniana, porque me parece a adequada em face de nossa Constituição. Refere-se ela a processo legislativo e a processo administrativo e, quando cuida da disciplina do modo de proceder em cada tipo de processo, utiliza o termo procedimento, a exemplo do que faz dispondo sobre a competência concorrente dos Estados para legislar sobre procedimentos, reservando à União a competência para disciplinar o processo.

Quanto se ponderou e ponderará, aqui, vale para qualquer das duas posições, visto como o fundamental é que há uma categoria geral (seja processo ou procedimento) que se desdobra em modos de proceder distintos (seja processo, seja procedimento), diferenciadas a dimensão integrativa (constitucional) e a dimensão meramente pragmática do proceder, distinção, esta sim, essencial.

6 — Por que o direito, enquanto apenas «enunciado», é de todo impotente se não integrado ao processo/procedimento/organização?

Creio não ser difícil a resposta.

Nenhum de nós tem dúvida de que o direito é indissociável do poder. Direito é decisão, mas decisão de quem revestido de autoridade. E a autoridade apta a dizer o direito é a do poder político institucionalizado, organizado. Assim, o poder que assegura o direito é o poder político institucionalizado, organizado, que o produz, que «diz» o direito. Esse «dizer» o direito pelo poder político é algo, portanto, que integra o próprio «ser» do direito. Destarte, se for possível ao poder político dizer o direito autoritariamente, despótica ou arbitrariamente, isso importa em eliminar do direito a sua dimensão de «garantia» do indivíduo tornado servo ou súdito, não cidadão. O direito revela-se aí como um puro instrumento de dominação. Vê-se, pois, que o perfil da organização estatal não é algo estranho ao direito, «indiferente» e «externo» ao processo de produção do direito, sim um elemento de sua estrutura. Exige-se, conseqüentemente, para que se possa falar de direito em termos democráticos, que o Estado esteja de tal modo estruturado que se torne impossível a qualquer agente público, com poder de decisão a nível de concreção, desconfirmar o direito enunciado, que por sua vez reclama, para sua adequação, o mesmo

que se põs em termos de concreção. O perfil da organização deixa de ser algo indiferente ou estranho ao «ser» do direito, passando a integrá-lo e afeiçoá-lo.

Não estamos nos referindo aqui ao que muitos juristas chamam de efetividade, distinguindo-a de eficácia. Sempre é possível a existência de obstáculos externos que podem perturbar ou inviabilizar a concreção do decidido, frustrando-o de produzir efeitos concretos na vida social. O de que se cuida, aqui, é, antes, a impossibilidade de a autoridade, com poder de decidir, desconfirmar o direito enunciado mediante o próprio processo de sua produção.

É para que tanto não ocorra, indispensável dimensionar-se o procedimento de modo adequado, atendida a conexão entre o agir de quem postula o direito enunciado e o do agente da organização estatal com poder de decidir. Não um procedimento qualquer, mas o procedimento que satisfaça a exigência de participação no tratamento e obtenção das informações que preparam a tomada da decisão, assegurado o controle de toda a atividade e a possibilidade de desconfirmação de qualquer comportamento desqualificador do direito enunciado.

7 — Nessa perspectiva, é perfeitamente adequado falar-se num devido processo legislativo, num devido processo administrativo e num devido processo jurisdicional, indispensáveis para que se tenha como institucionalizado um Estado de Direito democrático.

No âmbito da Administração Pública, portanto, nenhuma atividade escapa à exigência de sua conformidade ao devido processo, corolário do princípio da legalidade, que a todos submete, governantes e governados. Cumpre, entretanto, distinguir o respeito ao devido processo como pressuposto de validade de todo ato administrativo, da exigência do respeito, pela Administração Pública, das *garantias individuais* do devido processo na formulação de suas decisões.

As decisões, na esfera da Administração Pública, como sabido por todos, não perseguem sempre os mesmos objetivos nem têm sempre as mesmas repercussões na esfera dos governados, pelo que fogem da exigência de atenderem, sempre, ao mesmo procedimento. Se toda decisão administrativa deve, necessariamente, resultar de um processo legalmente normatizado, nem sempre se sujeita ao mesmo procedimento. Destarte, se o princípio da legalidade opera universalmente, há particularidades procedimentais que se impõem, em razão da especificidade dos casos concretos.

Conclui-se, portanto, haver sempre submissão da Administração Pública ao devido processo como consequência do princípio da legalidade. Isso, entretanto, não significa exigir-se, em todo processo de formação de uma decisão administrativa, o respeito às *garantias individuais* do devido processo. Somente quando a decisão repercutir, concretamente, na esfera da liberdade ou do patrimônio de um sujeito é que o atendimento a essas garantias se imporá, sob pena de invalidade do ato. Nessa hipótese, quanto se entende como constitutivo do devido processo como garantia individual (contraditório, publicidade, fundamentação e controle da decisão) terá que ser atendido, sob pena de invalidade do ato.

No âmbito do direito tributário e da atividade administrativa fiscal do Estado, as coisas não se passam diversamente, antes, a particular incidência de suas prescrições na esfera dos sujeitos de direito, indivíduos ou empresas, aproxima-a acentuadamente do perfil das exigências do respeito às garantias individuais do devido processo legal no âmbito do processo jurisdicional, dada sua natureza acentuadamente sancionadora.

Tudo isso, entretanto, concluímos, será ilusório, se a vinculação do legislador e do administrador ao devido processo estiver posta sob controle de um Judiciário, ele próprio estruturado e organizado politicamente em termos tão inadequados que tenha o poder de desconfirmar o direito socialmente produzido e o *due process* a que ele, Judiciário, deverá estar submetido, colocando-se acima da própria lei, que diz estar interpretando e aplicando. Também os juízes, numa democracia, devem vassalagem ao devido processo e não podem ser eles próprios os juízes soberanos do cumprimento ou descumprimento de seus deveres, pois estariam tomando moral uma responsabilidade que é precipuamente política, se de democracia desejamos honestamente falar.

Nem cabem, aqui, susceptibilidades pessoais. Se repensar criticamente as instituições significasse enlamear a honra dos dignos, (e há sempre dignos, em maioria, nas instituições), não haveria história, porquanto teria sido impossível a Reforma, em respeito aos católicos dignos, nem a Revolução Francesa, para não ferir os muitos condes e marqueses moralmente perfeitos, nem teríamos saído do regime militar de exceção, em homenagem aos muitos militares dignos. E se as grandes transformações ocorreram, apesar dos brasões, das batinas e das fardas, não pode a toga ser um obstáculo intransponível nem um dique poderoso que para todo o sempre obstaculize o curso da história.