PROCESSO ADMINISTRATIVO E CONTROLE*

ALICE GONZALEZ BORGES**

Em minha longa carreira de Procuradora do Estado, examinei muitos processos administrativos. Um, entretanto, me ficou marcado indelevelmente na memória: o episódio do carcereiro de um longínquo município da Bahia. No auge do desespero, mandara diretamente para o Governador do Estado uma carta em papel ordinário, mal escrita, com garranchos trêmulos, dizendo mais ou menos o seguinte:

"*Senhor Governador, desculpe lhe escrever estas mal traçadas linhas, mas não tenho mais ninguém para recorrer. Sou carcereiro. Há treze anos passei do Município para o Estado, e ainda não me deram meu nível. Pelo amor de Deus, Senhor Governador, me dê minha aposentadoria, para poder descansar e morrer em paz. Estou com 78 anos, minhas pernas estão muito inchadas, não agüento mais ir para a cadeia todo dia. As famílias caridosas é que me mandam comida, senão morria de fome, porque nem o Estado me paga, nem a Prefeitura.*"

Eu nunca vira, até, então, um funcionário *requerer* aposentadoria compulsória. Comecei uma longa odisséia de diligências, até que pude, após alguns meses de esforços, juntar todos os requerimentos que tinham sido incansavelmente dirigidos à Administração estadual pelo peticionário. Ele era carcereiro do Município, mas uma Reforma Administrativa, nos idos de 1960, o transferira para o Estado. Esqueceram, simplesmente, de fixar-lhe vencimentos. Quanto mais ele peticionava, mais os numerosos processos ficavam abandonados pelo meio, sem nenhuma solução, esquecidos nas gavetas.

O homem era insistente, porém, e não perdia a esperança. Como, em nenhum momento, deixara de reclamar seus direitos, suspendendo o curso da prescrição com

* Exposição ao XV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, realizado em Curitiba, nos dias 22 a 24 de agosto de 2001.

** Advogada. Professora Titular de Direito Administrativo das Faculdades de Direito da Universidade Católica de Salvador e da Universidade UNIFACS Salvador. Membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Presidente do Instituto de Direito Administrativo da Bahia.

a interposição de uma petição atrás da outra, nem sequer foi atingido pela prescrição das parcelas vencidas.

Afinal foi reclassificado, e pude opinar, com plena aprovação do Governador, pelo pagamento de treze anos de vencimentos acumulados, bem como pela concessão da aposentadoria compulsória estranhamente "requerida", aos 78 anos de idade.

Imagine-se quantos cidadãos humildes, por esse Brasil afora, se vêm postergados em seus direitos e morrem à míngua, sem esse final feliz, perdidos na teia kafkaniana de intermináveis processos administrativos esquecidos nas gavetas.

É por fatos como esses, que talvez a mais expressiva conquista da cidadania, na Carta de 1988, tenha sido a consagração das garantias dos incisos LIV e LV do art. 5º, segundo os quais "*ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal*", e "*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*".

O inciso LIV do art. 5º consigna na Constituição Brasileira expressamente, pela primeira vez, um princípio geral de direito universalmente aceito, que nos vem desde o tempo da Magna Charta, em 1215, quando os barões invocavam a "lei da terra" para conservar seus privilégios. Já era plenamente consagrado na doutrina e na jurisprudência.

O inciso LV, porém, é novidade. Aplica, aos processos administrativos, as mesmas garantias asseguradas aos litigantes em processos judiciais. E esta foi uma transformação marcante no direito administrativo, que veio afinal realizar os velhos sonhos longamente acalentados de juristas deste Instituto, como Themístocles Cavalcante e Manoel Oliveira Franco Sobrinho, que muito lutaram pela edição, entre nós, de um Código de Processo Administrativo, à semelhança de grande número de países sul-americanos. Sem esquecermos, é claro, a grande contribuição pioneira de Odette Medauar, traçando os delineamentos da processualidade administrativa.

Como oportunamente preleciona Marilia Lourido dos Santos, jurista paraense, em recente artigo,

> *"a adoção e sistematização do processo administrativo, com os princípios a ele afetos, não pode deixar de existir em um Estado de Direito, visto que é vital ao controle da legalidade. E, mais ainda, é essencial ao Estado Democrático, porque demanda participação ativa e exercício da cidadania, fazendo com que o interesse público seja em sua exata medida atendido. É, portanto, inerente ao Estado Democrático de Direito previsto no art. 1.º de nossa Carta Constitucional. É, também, inerente à soberania e à cidadania, estabelecidas como fundamentos do Estado nos incisos I e II do mesmo artigo. Em última análise, o processo administrativo é uma garantia dos direitos fundamentais, dos valores e anseios de justiça, liberdade e igualdade entre os homens, bem como de eficiência real do Estado e de desenvolvimento" (1)*

Temos, então, que o inciso LV do art. 5º da Constituição consagra:

- uma *garantia* dos cidadãos-administrados em geral, para o resguardo dos seus direitos;
- uma *forma de controle* dos desmandos e abusos da Administração, concorrendo, assim, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello, para obter-se uma atuação administrativa mais clarividente e um melhor conteúdo das decisões administrativas.
- uma forma de materialização da *participação dos cidadãos* na gestão da coisa pública, que é o apanágio do Estado Democrático de Direito, através do controle social.

Dir-se-ia que, consagrando nosso direito o princípio da ubiqüidade da Justiça (art. 5.º, inc. XXXV — CF), segundo o qual não se pode subtrair ao controle do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, não haveria tanta importância assim na garantia do processo administrativo, já que este não decide com força de verdade legal, nem faz coisa julgada.

Isto não basta. O controle judiciário norteia a decisão final, mas o respeito ao devido processo legal na área administrativa impede, no nascedouro, que surja uma violação de direitos.

Seria verdadeira iniqüidade obrigar-se o cidadão a recorrer ao Judiciário toda vez que se fizesse necessário fazer valer os seus direitos, quando a Administração é dotada do *poder de autotutela*, que a habilita a rever os próprios atos, de maneira mais rápida e muito menos onerosa para o administrado.

Em todos os países que consagram o sistema de jurisdição única, tal não impede que haja órgãos administrativos de várias espécies, dotados de poderes *quase-judiciais*, que examinam e decidem pendências administrativas. Disto é exemplo, nos Estados Unidos, a instituição de grande número de *agencies, commissions, boards,* cortes especiais, dedicadas à apreciação e solução de questões administrativas. Data, aliás, de 1946, o *Federal Administrative Procedure Act,* que regula o processo administrativo disciplinador dessa atuação .

Como bem a propósito afirma DROMI,

> *"...não basta a consagração normativa constitucional dos direitos subjetivos e das liberdades públicas para que seu exercício esteja assegurado, mas também é indispensável que o ordenamento jurídico processual facilite os meios instrumentais para o efetivo exercício dos direitos constitucionalizados, e entre eles o procedimento administrativo é a mais idônea ferramenta com que o Direito arbitra como resseguro contra os desmandos da Administração" (2).*

e completa *FIORINI:*

> *"Ter o direito e carecer do recurso ou ação para defendê-lo, é não ter nada. O dever ser jamais se torna conduta jurídica, se não se assegura o seu cumprimento" (3).*

Não obstante a expressa adoção das garantias com que a Constituição — Cidadã dotou o processo administrativo, tardamos muito em elaborar leis que efetivamente viabilizassem seu cumprimento.

É incontestável que grande número de leis especiais foram bafejadas pela inspiração constitucional, realizando praticamente as novas garantias. De logo, por exemplo, repercutiram as mesmas nas legislações estatutárias de servidores públicos, sobretudo na renovação do processo disciplinar, com vistas a eliminar seu enrustido ranço autoritário. A lei geral de licitações e contratos administrativos passou a dar um grande relevo à participação da cidadania, e assegurou, em todos os níveis, a obediência aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do uso dos recursos pertinentes. E assim por diante.

Em geral, as legislações especiais sobre processo administrativo resguardam razoavelmente os direitos dos cidadãos — administrados. De um modo geral, camadas mais favorecidas da população, hoje, usam (e até abusam, como no caso das licitações) dos recursos administrativos largamente propiciados e disciplinados.

Mas não é suficiente. O que preocupa são os processos administrativos comuns, da grande massa de pequenos cidadãos, como o carcereiro aludido como exemplo, pobres, desprotegidos, que demoram anos aguardando solução. Para eles, a sua pretensão miúda, pequenininha, o seu modesto petitório pode representar muito, pode ser a suprema realização de sua vida.

Nada mais absurdo e antidemocrático, nada mais atentatório aos direitos fundamentais do cidadão, que o chamado *embargo de gaveta,* calamitosa instituição nacional.

Causa espécie como resta esquecida, na maior parte do País, a disciplina da grande massa dos processos administrativos comuns. A iniciativa legislativa do Poder Executivo, no particular, é parcimoniosa. Em verdade, somente tem sido desencadeada, até agora, pela pressão de categorizados e prestigiosos grupos de cultores do direito.

Esta é a grande missão que este Congresso tem a enfrentar, e para isso apelamos para a consciência dos atuais e futuros operadores do direito aqui presentes. É preciso que incentivemos ao máximo, em nossos Estados, em nossos Municípios, como tarefa pessoal e prioritária, a consagração, em lei, das garantias constitucionais tão arduamente conquistadas pelo sofrido povo brasileiro.

Não temos a ingenuidade de acreditar que os graves problemas de nosso País — e esse é um deles — vão ser resolvidos pela simples edição de diplomas legislativos. É necessária — e carente — a *vontade política* de elaborá-los, e, uma vez elaborados, de cumpri-los.

Como diz Agustin Gordillo,

> *"...em verdade a lei de procedimento administrativo, ainda que feita com o melhor critério jurídico, não se cumpre eficazmente senão naquilo que tem de limitativo para o particular e de atribuição de potestade para a administração pública". (4).*

Mas *é preciso que haja normas* : é o primeiro e imprescindível passo. A propósito, observam Adilson Dallari e Sergio Ferraz:

> *"... se bem é verdade que a existência de leis sobre processo administrativo não garante a realização de uma administração transparente e de um estado democrático de direito, tais metas e ideais são impossíveis sem que haja lei desse jaez"* (5)

Conceituado grupo de juristas de São Paulo elaborou pioneiramente a excelente lei estadual de processo administrativo, nº 10.177/98. Somente em 1999 é que viemos a ter a Lei federal de Processo Administrativo, nº 9.784/99, concebida por notáveis juristas, alguns deles participantes deste conclave, comandados pelo ilustre professor Caio Tácito.

Uma das dificuldades que cercaram a elaboração da referida Lei, as mesmas que praticamente inviabilizam entre nós a codificação do direito administrativo, diz respeito às peculiaridades de nossa organização federativa tríplice.

Tendo em vista ser da competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre procedimentos em matéria processual, bem como estar consagrada, no art. 18 da Constituição, a autonomia política, organizacional e administrativa das ordens federadas; dizendo respeito, a matéria de processo administrativo, a uma das formas prediletas de expressão da função administrativa, optaram os elaboradores da Lei nº 9.784/99 para abranger, em suas disposições, apenas a Administração Federal (6)

Teria sido a melhor opção? É pelo menos tecnicamente inatacável, reconhecemos. Mas as necessidades da cidadania brasileira vão muito além disso.

Sempre ousamos dissentir, embora defendamos ardorosamente a autonomia das ordens federadas.

Os *princípios fundamentais do processo administrativo*, extraídos diretamente das garantias constitucionais, estão largamente desenvolvidos, já, na melhor doutrina, graças ao esforço de juristas como Lafayette Pondé, Carmen Lucia Antunes Rocha, Odete Medauar, Ada Grinover, Romeu Felipe Bacelar, Celso Antonio Bandeira de Mello, José Cretella Jr., Adilson Dallari, Sergio Ferraz, e tantos outros. Tais princípios têm dado embasamento às leis de processo administrativo que temos, inclusive as especiais

Será que violaria a ordem federativa a edição de uma lei nacional que enunciasse os princípios norteadores do processo administrativo, desenvolvendo as garantias dos incisos LIV e LV do art. 5.º da Constituição e assegurando sua real observância? Não teve lei federal de abrangência nacional de regular o exato entendimento da natureza dos *atos de improbidade administrativa* previstos no art. 37, parágrafo 4º, da Constituição?

Haveria de esperar-se que a Lei n. 9.784 viesse, como tantas outras leis federais, a constituir um paradigma, a ser copiado até *ipsis litteris*, como é hábito, pelas legislações estaduais e pelas mais de cinco mil legislações municipais do País. Mas não é o que vem acontecendo. Está havendo uma verdadeira inércia, no particular,

que somente aproveita às administrações autoritárias, pouco interessadas em assegurar garantias aos cidadãos.

Outra opção da Lei 9.784 foi a de respeitar as leis especiais existentes sobre a matéria, abstendo-se de impor e ressalvar o exato cumprimento das garantias constitucionalmente asseguradas. Com isto, deu-se um verdadeiro *bill de indenidade* para quantas leis especiais surjam, disciplinando direitos dos cidadãos-administrados.

Comentam, a respeito, Alexandre Gouveia e Francisco Cesar Salinet, que:

> *"ora, se o objetivo crucial da norma seria unificar os processos em nível nacional, visando a facilitar a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos, como assimilar a idéia de que exclusões, a exemplo da mencionada, posa ocorrer? trata-se de um despropósito que, praticamente, arruinou a aludida norma, mas que, 'de lege ferenda', é digno de maiores reflexões (7).*

Vejamos o que ocorreu, por exemplo, com a Lei federal nº 9.801, de 14 de junho de 1999, posterior à Lei 9.784/99, que dispõe sobre o *iter* da exoneração de servidor público estável por excesso de quadros. Tal exoneração, segundo a Lei, será precedida de um ato normativo, que especificará, discricionariamente, o *"critério geral impessoal"* escolhido para a identificação dos servidores a serem desligados dos respectivos cargos.

Nem uma palavra, sequer, sobre as garantias do contraditório, da ampla defesa, e dos recursos pertinentes, quanto aos atingidos pelo referido "ato normativo". E era preciso dizê-lo, pois é fora de dúvida que, em interpretação conforme a Constituição, o parágrafo único do art. 247 da Constituição, garantidor do processo administrativo precedido de contraditório e ampla defesa para a exoneração dos estáveis, não pode referir-se, apenas e exclusivamente, à hipótese de insuficiência de desempenho. Isto deveria ter ficado bem claro na Lei nº 3.801.

É a velha questão, aliás sempre renovada, quando se trata da Emenda Constitucional nº 19, com respeito aos limites do § 4º, inciso IV, do art. 60 da Constituição Federal .

Em conclusão, entendemos que se faz necessário um grande esforço dos estudiosos de direito, nas áreas em que atuam, para que sejam elaboradas leis disciplinadoras das regras e princípios do processo administrativo.

Temos, no essencial, já, boas leis, como a nº 9.784, federal, e a paulista, 10.177. Não conhecemos ainda o projeto da nova lei baiana a respeito da matéria, que está sendo elaborado pela Procuradoria Geral do Estado, mas confiamos em que também será exemplar, uma vez que conta com a autoridade no assunto, nacionalmente reconhecida, que é a Prof.ª Ana Lucia Berbert Fontes. (Escusamo-nos previamente de haver cometido alguma omissão, em relação a outras leis estaduais que, infelizmente, desconhecemos) .

Há isto de bom, no trabalho de elaboração de novas leis locais de processo administrativo: poderá desenvolver-se um esforço para o maior aperfeiçoamento ainda das garantias a serem asseguradas.

Existem pontos inovadores e altamente positivos na Lei 9.784/99, dignos de serem generalizadamente consagrados no direito posto, entre os quais destacamos :

- a definição expressa dos princípios norteadores do processo administrativo (art. 2º);
- a ampla divulgação oficial dos atos processuais administrativos, em realização dos princípios constitucionais dos arts. 5º, LX, e 37, *caput*, do Texto Maior (arts . 3º, II);
- a legitimação, como interessados no processo administrativo, dos titulares de direitos subjetivos, dos interesses legítimos de terceiros, de direitos coletivos e de direitos difusos (art. 9º);
- a abertura da consulta pública, em matéria de interesse geral (art. 31);
- a realização de audiências públicas (art.32) e da audiência de organizações e associações legitimamente constituídas (art. 33);
- a instituição de uma espécie de *medida cautelar administrativa* em caso de risco iminente, prevista no art. 45;
- a atribuição de efeito suspensivo a certos processos (art. 61, parágrafo único);
- a estipulação da obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos (art. 50);
- a decadência, segundo as melhores lições do direito comparado, do direito da Administração de anular os atos administrativos dentro do prazo de cinco anos (art. 54);
- a possibilidade de convalidação dos atos administrativos nulos (art. 55), aliás melhor tratada na lei paulista 10.177, art. 11;
- a indicação da autoridade competente e devolução do prazo de recurso incorretamente endereçado (art. 63, § 1º)

É evidente, porém, que mesmo um diploma tão respeitado pela excelência dos seus elaboradores, como é a Lei 9.784/99, ainda merece alguns reparos que poderão ser corrigidos, não devendo a mesma ser objeto de simples cópia servil:

1. A estipulação de prazos para as decisões das postulações administrativas, como o fez, rigorosamente, a lei paulista 10.177/98, no artigo 32.

2. A responsabilização disciplinar das autoridades administrativas que deixam de decidir os processos, sem razão justificada, nos prazos legalmente previstos, como é o caso do art. 90 da Lei paulista nº 10.177/98. A lei baiana nº 4.660/86, pertinente a licitações e contratos administrativos, contém uma disposição — na prática inócua, pois nunca cumprida — no seu art. 122, inciso XV, considerando *falta disciplinar ou violação contratual grave*, segundo o regime jurídico do servidor, o descumprimento dos prazos de decisão legalmente previstos. Deveria isto ser objeto de maior reflexão, entretanto, pois estabeleceria uma efetiva sanção para o famigerado *embargo de gaveta*, tão danoso aos direitos dos cidadãos-administrados.

3. A atribuição de *efeitos comportamentais* ao silêncio das autoridades, ante pleitos administrativos. Com base na legislação francesa e italiana, a lei baiana de licitações nº 4.660/66, em seu art. 113, parágrafo único, estatuiu, para a mais perfeita garantia dos cidadãos — administrados: "*consideram-se desprovidos, para todos os efeitos legais, os recursos não decididos nos prazos previstos neste artigo*". Ficam, assim, os postulantes na área administrativa liberados para a utilização de outros

recursos hierárquicos cabíveis, previstos em lei, bem como para certas medidas judiciais, ante a presunção legal do indeferimento de sua postulação

4. Uma omissão que deveria ser corrigida, em futuras leis sobre a espécie, consiste na falta de prazo para a prescrição das reclamações administrativas. Tal omissão tem levado na prática à adoção, por via de interpretação, do prazo de um ano, previsto no art. 6.º do Decreto n.º 20.910/32. Não se justifica, entretanto, que tenhamos ainda de recorrer a essa vetusta legislação. A matéria requer disciplinamento moderno e mais técnico (8).

Muito há que fazer, ainda, em relação a processos administrativos. Estão intocados, ainda, os comandos do art. 37, § 3º, da Constituição, quanto à disciplina dos processos de representação contra a *má prestação de serviços públicos* e contra o *exercício negligente ou abusivo dos cargos, empregos e funções públicas.* E, no entanto, esta disciplina processual é particularmente importante, como efetiva forma de vigilância, controle e participação dos cidadãos na gestão da coisa pública.

Faz-se necessária, ainda aí, uma pressão, uma vigilância mais forte dos setores jurídicos mais esclarecidos, sobretudo nesta época de crises na prestação de serviço público, em que até já se ousou tentar eliminar o acesso dos usuários à Justiça, na defesa dos seus direitos de consumidor. Esse dispositivo constitucional há que sair do papel.

Por último, há que se consagrar, expressamente, como salutarmente o faz o art. 65 da Lei paulista 10.177/98, que *pode, sim,* ser pleiteada na esfera administrativa a responsabilização civil da Administração por danos. Entendimento iníquo generalizado de órgãos jurídicos do Estado tem remetido sempre os postulantes à via judicial, para a reclamação de seus direitos quanto à espécie, por mais que se evidencie, cristalinamente, a induvidosa obrigação indenizatória do Estado.

Curitiba, 24 de agosto de 2001.

Notas de referência.

(1) "Noções Gerais Acerca do Processo Administrativo e da Lei nº 9.784/99, 9784/html, Jus Navigandi.

(2) " El Procedimiento Administrativo", Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1996, p. 19.

(3) " Teoría de la justicia administrativa", p. 158, *apud* DROMI, ob.cit., *ibidem.*

(4) " La Administración Paralela", Madrid, Civitas, 1982, p.50.

(5) "Processo Administrativo". São Paulo. MALHEIROS, 2001, p. 7. (6) Cf., a respeito, CARMEN LUCIA ANTUNES ROCHA, "Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro", Revista Trimestral de Direito Público, nº 17/97: 5-33, p. 11 e seguintes.

(7) "Comentários à Nova Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99, 9784d/html.

(8) Cf. a respeito ADILSON DALLARI e SERGIO FERRAZ, ob.cit., pp.165/166.