

DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL E ADMINISTRATIVO

NAGIB SLAIBI FILHO
Juiz de Direito TJ/RJ

A reforma dita “do Poder Judiciário”, que em passos de cágado tramita desde 1996 no Congresso Nacional, finalmente teve aprovação em 1º turno na Câmara dos Deputados.

Entre as pretendidas inovações, acrescentar-se-á no longo dispositivo do art. 5º uma novo direito, com a seguinte redação:

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Do dispositivo

Do novo texto, extraem-se diversas normas, todas a garantir valor decerto relevante - o da razoável duração do processo de decisão nas instâncias judicial e administrativa.

Inerente ao Estado Democrático de Direito, como instituído no art. 1º, *caput*, da Lei Maior, tal valor já era tutelado em diversos outros dispositivos:

- no art. 5º, LIV, ao estabelecer a garantia do devido processo legal;
- no art. 5º, XXXIV, “a”, inerente ao direito de petição aos Poderes Públicos (o que adianta o direito de requerer sem que se receba resposta ao requerido?);¹

- no art. 5º, XXXV, do qual se extrai o denominado direito de acesso à jurisdição;

¹ Eduardo Couture inclui o direito de acesso à Justiça, entre nós declarado no art. 5º, XXXV, como corolário do direito de petição aos Poderes Públicos no regime democrático (em *Introdução ao estudo do processo civil*, tradução de Mozart Victor Russomano, 3. ed., Rio de Janeiro: José Kofino Editor, 1951, p. 19).

- no art. 37, *caput*, por inclusão da Emenda Constitucional nº 19/98, da eficiência como princípio geral da Administração Pública, em todos os Poderes e esferas governamentais;

- no art. 70, quanto à fiscalização dos Poderes Públicos, ao se referir ao princípio da economicidade, ou seja, da relação custo-benefício, como objeto do controle.

Como estuário das preocupações da sociedade quanto ao funcionamento dos órgãos públicos e, principalmente, do Poder Judiciário, este posto como derradeiro abrigo daqueles que procuram a proteção contra as arbitrariedades dos poderes públicos e econômicos, a Emenda Constitucional novamente disporá sobre o tema da celeridade processual ao elevar ao patamar constitucional - assim imune às leis inferiores - o dever de magistrados e membros do Ministério Público em despachar nos prazos legais os feitos que a eles são submetidos (arts. 98, § 3º, e 129, § 5º) e ao se referir (art. 56) que comissão especial do Congresso Nacional elaborará, em cento e oitenta dias, projetos de alterações legislativas “*objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional*”.

Não se diga que, nesta perspectiva, se mostre incongruente o disposto no art. 102, § 3º, ao restringir o prazo de eficácia das cautelares concedidas em ações de inconstitucionalidade.

O caráter político-legislativo² dessa ação, de evidentes efeitos *erga omnes*, recomenda a limitação temporal, mostrando-se coerente com os valores constitucionais a condicionante imposta ao Supremo Tribunal Federal e aos tribunais de Justiça - estes nas representações de inconstitucionalidade a que se refere o disposto no art. 125, § 2º - vez que nem mesmo o Congresso Nacional é imune a tais restrições temporais no processo legislativo (ver, entre outros, o art. 62, parágrafo único; 63, § 2º, 66, § 1º).³

² Sobre a natureza jurídica das ações de constitucionalidade, Nagib Slaibi Filho, *Ação declaratória de constitucionalidade*, 2. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, pp. 87/117.

³ Note-se, no entanto, que o Congresso Nacional se, de um lado, recomenda pela emenda ora comentada a celeridade nos processos de decisão judicial e administrativa, de outro não conseguiu ainda descobrir mecanismos que lhe possibilitem a apreciação também célere das medidas provisórias, as quais se repetem muitas vezes por anos. Tal dificuldade se deve à característica do processo legislativo de exigir, em cada apreciação, o consenso entre partidos e parlamentares, enquanto as decisões administrativa e judicial, se exigem a participação dos interessados, dispensam tal consenso.

O cidadão⁴ tem direito à decisão do Poder Público, em qualquer nível hierárquico ou esfera governamental, pois o Estado democrático está a serviço do indivíduo, não este a serviço daquele.

Serviços públicos, ainda que executados por delegação a pessoas privadas, destinam-se ao cidadão, pois, se assim não fosse, não seriam públicos...

Decisão tardia é ineficiente, desserve aos seus propósitos.

A Emenda Constitucional nº 19/98 destacou do princípio da legalidade⁵ o princípio da eficiência, inscrevendo-o autonomamente no *caput* do art. 37 como diretriz fundamental da Administração Pública.

Os processualistas extraem do disposto no art. 5º, XXXV, não só o direito de amplo acesso à jurisdição como deste o conseqüente direito à pronta resposta do juiz às demandas; até mesmo, neste dispositivo, se incluiu, na Carta de 1988, a proteção judicial contra as ameaças ao direito.

Ressalte-se: o dispositivo declarou o direito já existente à razoável duração do processo e à celeridade de sua tramitação. Não se trata de “direito novo”, mas de direito já reconhecido pela Constituição e pelas leis e agora declarado, como reforço normativo, em texto específico, assim a afastar os entraves hoje existentes à sua concretização.

Os entraves decorrem do traço cultural de nossa formação histórica pois, diferentemente da colonização que se fez em outros países, a nossa decorreu da ação governamental, em que o gênio português, no esforço de explorar as terras que originariamente lhe foram reservadas pelo Tratado de Tordesilhas, criou a sociedade dentro de seus desígnios, tanto quanto possível.

Aqui, o Poder governamental construiu a sociedade, não esta aquele.

Daí o empedernido ranço cultural de se vislumbrar nos Poderes Públicos a fonte das benesses e privilégios de dominação; em contrapar-

⁴. Cidadania, aqui, não no sentido político-eleitoral, mas no sentido político em sentido amplo, a posicionar como cidadão qualquer pessoa como titular de direitos postos à disposição do restante da comunidade. Neste sentido, ver o inciso II do art. 1º da Constituição.

⁵. O princípio da legalidade não se refere exclusivamente ao dispositivo ou texto de lei formal ou de diploma a este similar. A legalidade é princípio objetivo que se apura pelo confronto do ato administrativo com as normas aplicáveis no caso concreto e que são extraídas, não só, dos dispositivos legais e constitucionais, porque deles também se pode extrair princípios ou diretrizes aplicadas genericamente, como, por exemplo, os princípios da legitimidade e da economicidade referidos no art. 70, ou o princípio da justa indenização inscrito no art. 5º, XXIV.

tida, vem a postura de se tratar o cidadão com desprezo ou enfado, como se fosse ele um trambolho a impedir o livre desenvolvimento da soberana ação governamental.⁶

Mas o ranço cultural é vencido, gradualmente, pela construção do Estado Democrático de Direito, a pressupor este que o poder está a serviço da sociedade.

Relevante, ao menos, o aspecto pedagógico do novo dispositivo: o cidadão tem direito ao processo administrativo e judicial e, mais, direito à sua razoável duração e conseqüente celeridade de tramitação.

Exame dos elementos contidos no dispositivo

A proteção prometida pelo texto em comento dirige-se “*a todos*”, expressão que se encontra, também - em pesquisa restrita ao art. 5º - no seu *caput*, e nos incisos XIV, XVI, XXXIII e XXXIV.

A menção *a todos*, dada pelos dispositivos antes referidos, evidentemente não pode ser interpretada no sentido de exclusão da proteção prometida nas situações descritas nos demais dispositivos, não só porque o próprio *caput* do art. 5º assegura o tratamento igualitário àqueles que se encontram em situação idêntica, como porque, nas situações descritas em cada dispositivo, todos que se encontrem na incidência da norma merecem igual proteção da Constituição, das leis, do juiz e do administrador, estes nos casos concretos que lhes são submetidos para decisão.

O direito à celeridade da decisão nas instâncias judicial e administrativa alcança as pessoas físicas ou naturais, as pessoas jurídicas ou morais (e não só porque em seu substrato estão pessoas físicas), mas também as fundações (que, conceitualmente conjunto personalizado de bens, destinam-se à tutela de interesses que vão se definir na esfera jurídica das pessoas), os entes despersonalizados (que não são pessoas jurídicas, mas ganham da lei legitimação para atuar em sede processual) como o espólio, a herança jacente, o condomínio de edifícios, o consórcio para a aquisição de bens duráveis e

⁶ Esta perspectiva foi observada por muitos sociólogos, entre os quais se destacam Oliveira Vianna, Gilberto Freire, Fernando Henrique Cardoso e Herbert de Souza. Observava o saudoso Miguel Seabra Fagundes que muitos administradores, ao ver o administrado protocolizar o seu requerimento, desde logo, e mesmo sem ver o conteúdo do pedido, engendravam meios de indeferi-lo...

tantos outros que são criados não só pela lei como pela prática pretoriana.⁷

As expressões “*razoável duração do processo*” e “*celeridade na sua tramitação*” caracterizam como processual o direito fundamental ora declarado.

Direito processual que é, tem caráter instrumental à realização do direito material, pois este será, se for o caso, reconhecido e implementado pela decisão que é o escopo do processo.

Poder-se-ia dizer que a norma declara o direito fundamental de todos à eficiente realização do processo pelo qual se leva o pedido à cognição judicial ou administrativa: é, assim, direito ao processo eficiente, muito além que o simples direito ao processo.

Ao se referir às instâncias judicial e administrativa, o texto indica que o processo é o atinente ao modo de decisão que concretiza e individualiza, no caso concreto, as normas genéricas e abstratas.

Se de um lado, a norma declara o direito fundamental, de outro, pelo princípio da lateralidade do Direito⁸, declara, mais uma vez, o correspectivo dever do juiz e do administrador.

Tal dever do agente público, embora sem expressa previsão constitucional, decorre dos princípios fundamentais, declarados no Título I, que instituem o Estado Democrático de Direito, pois, como disse Lincoln no célebre discurso de Gettysburg, “*democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo*”.

⁷ A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe em seu art. 9º, que são legitimados como interessados no processo administrativo: I - pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação; II - aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada; III - as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos; IV - as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.

⁸ Não poucos verberam a Constituição de 1988 (alcunhada por Ulysses Guimarães de Constituição-cidadã) de grave defeito que a inviabilizaria, pois somente declara os direitos mas não institui os correspondentes deveres. A crítica é apressada e desatenta, tanto porque o capítulo I do Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) expressamente se denomina “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, como outros dispositivos se referem explicitamente aos deveres (art. 144, 205, 225 e outros), como, também, pela óbvia característica do Direito de se referir sempre a uma relação, em que somente se pode compreender a existência de direitos em face da comunidade ou de outros indivíduos, a eles impondo deveres, obrigações e ônus; tal característica é denominada pelo doutrinadores, entre eles Pontes de Miranda, como princípio da lateralidade do Direito.

Instrumento pelo qual se viabiliza a decisão estatal, o processo democrático não se admite mais como diretivo, a impor a decisão, mas deve ser participativo, a integrar na decisão a manifestação dos interessados, que aí, não só têm direito como também o dever jurídico que se qualifica como ônus processual.⁹

Como reação a um regime autoritário e fechado, a Constituição de 1988 é nitidamente liberal, dirigindo-se ao indivíduo, colocando o aparelhamento estatal, em todos os níveis e poderes, a serviço do homem, exigindo que o poder estatal seja exercido de forma permeável às aspirações de todos e não como se fosse um exercício da Cabala a mistificar a dominação sobre aqueles menos aquinhoados ou menos iniciados nos seus ritos.

Deve o Estado Democrático de Direito, na busca da satisfação dos interesses públicos e individuais, atuar de forma transparente, aproximando-se das pessoas, fundamentando suas decisões, integrando-se nos anseios sociais.

A Constituição quer que o processo de decisão estatal atenda, em qualquer Poder ou nível da Administração, aos princípios tendentes a inibir o hermetismo do Estado a que estamos acostumados: iniciativa legislativa popular (arts. 14 II, 29 XI, 61 § 2º); publicidade (arts. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, 37, 93 IX); fundamentação razoável (arts. 37 *caput* - “moralidade”; 93 IX; 85 V e 37 § 4º; 5º, inciso LIV “devido processo legal”); legalidade (art. 5º, inciso II e 37) mesmo porque “*constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil ... construir uma sociedade livre, justa e solidária ... erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais ... promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 3º).

O processo é a relação social, juridicamente prevista, em que a atuação do Estado objetiva a decisão e a execução desta decisão - todo processo, neste sentido, indica o caminhar, o desenvolver, o conjunto de atividades em busca de uma decisão: processo legislativo, judicial, administrativo etc.

Como especificações dirigidas à decisão concreta e individualizada, os processos judicial e administrativo não se distinguem ontológica e

⁹ Ônus jurídico é a necessidade de agir de certo modo para a tutela do interesse próprio, ou, no conceito de Enrico Tullio Liebman “a necessidade de realizar certa atividade se se quiser evitar certo efeito danoso ou obter determinado resultado útil”.

funcionalmente, o que fora observado por José Cretella Júnior, citando Aurélio Guaita: “*Por definição, o processo administrativo é uma categoria especial do gênero processo, do que concluímos - não importa a disparidade existente - que as conclusões a que se chegou na teoria geral do direito processual sejam perfeitamente válidas para nós. O processo administrativo é essencialmente idêntico às demais espécies de processo*”.¹⁰

Tanto não existe diferença entre processo judicial e administrativo que Marcelo Caetano nos conta que o processo administrativo surgiu na Inglaterra em face da inexistência de poder da Administração Pública de executar suas próprias decisões, o que a levou, desde a lei de saúde pública de 1875, a buscar meios judicialiformes de atuação para vencer a resistência dos administrados que a reputavam ilegítima.¹¹

Usualmente a doutrina extrai do ensinamento de Giuseppe Chiovenda, com a sua teoria da substitutividade, a distinção entre os âmbitos judicial e administrativo: “*A própria administração julga, pois, que não se age a não ser com apoio num juízo: mas julga sobre a própria atividade. Ao contrário, a jurisdição julga da atividade alheia e duma vontade de lei concernente a outrem*”.¹²

Em decorrência, nítida é a diferença entre as funções administrativa e jurisdicional - aquela visa a atender aos fins e interesses do Estado, ao interesse público que ele tutela; e essa ao interesse da parte que considera ter razão.

Visa, sempre, o administrador à satisfação do interesse público, enquanto o juiz não tem interesse senão o de atender à parte amparada pelo Direito:

“Históricamente la cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición en los albores de la civilización, es la IMPARCIALIDAD. El juez es un tercero extraño a la contienda que no comparte los intereses o las pasiones de las partes que combaten entre sí, y que desde el exterior examina el litigio con serenidad y con despego; es un tercero inter partes, o

¹⁰ José Cretella Júnior, *Curso de Direito Administrativo*: Forense, Rio de Janeiro, 8. ed., 1986, p. 628.

¹¹ Marcelo Caetano, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*: Rio, Forense, 1977, p. 514.

¹² Giuseppe Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil (Istituzioni di Diritto Processuale Civile)*, tradução de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman, São Paulo: Saraiva, 1942, p. 23.

*mejor aún, supra partes. Lo que lo impulsa a juzgar no es un interés personal, egoísta, que se encuentre en contraste o en connivencia o amistad con uno o con otro de los egoísmos en conflicto. El interés que lo mueve es un interés superior, de orden colectivo, el interés de que la contienda se resuelva civil y pacíficamente, ne cives ad arma veniant, para mantener la paz social. Es por esto que debe ser extraño e indiferente a las solicitudes de las partes y al objeto de la lite, nemo iudex in re propria.”*¹³

Ao dirimir o conflito de interesses, necessariamente o juiz inibe a esfera privada da parte, assim como a inibe a atividade administrativa, como vemos, nitidamente, no exercício do poder de polícia, mesmo porque a auto-executoriedade é uma das características dos atos da Administração Pública.

O juiz é sujeito desinteressado do processo, o administrador é sujeito interessado na satisfação do interesse público.

Enquanto a relação processual na função jurisdicional deve ser, necessariamente, composta de três vértices (juiz, demandante e demandado), a relação processual administrativa contrapõe o interesse público ao interesse privado, resumindo-se em dois pólos (administrador e administrado).

O princípio da demanda rege a função jurisdicional, enquanto o administrador atua usualmente de ofício, embora também possa ser provocado pelos interessados.

Voltemos a Calamandrei:

“Relación jurídica significa relación entre personas; cuando decimos que el proceso es una relación jurídica entre el juez y las partes, reconocemos implícitamente que en el proceso, que se integra con sujetos dotados de una voluntad autónoma y jurídicamente relevante, no existe solamente el juez sino tres personas, el próprio juez y además las partes, como lo expresaba la antigua doctrina: “processus est actus trium personarum”. Por tanto, el juez no está nunca solo en el proceso. El proceso non es un monólogo sino un diálogo, una

¹³ Piero Calamandrei, *Proceso y Democracia*, tradução de Hector Fix Zamudio, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960, p. 60.

*conversación, una cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y de contraestímulos, de ataques y de contraataques.”*¹⁴ (op. cit., p. 150).

Sem dialética não existe processo judicial democrático; sem a participação do administrado, não existe processo administrativo democrático - democracia e processo são, ambos, relações sociais.

Daí se entende o disposto no art. 5º, inciso LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente”.

Já tivemos oportunidade de escrever sobre o devido processo legal:

*“Eis aí a importância do princípio do devido processo legal: assegura que as relações estabelecidas pelo Estado sejam participativas e igualitárias; que o processo de tomada de decisão pelo Poder Público não seja um procedimento kafkiano, mas um meio de afirmação da própria legitimidade e de afirmação perante o indivíduo. A atividade estatal, judicial ou administrativa, está vinculada ao sistema controversial que se implanta pela adoção constitucional do due process of Law: qualquer restrição à liberdade e aos bens só pode ser feita atendendo a alguns procedimentos cujo conjunto é que se denomina o “devido processo de lei”.*¹⁵

O proposto texto constitucional refere-se aos âmbitos judicial e administrativo.

Instância judicial é a instaurada em sede do Poder Judiciário, a compreender que o decisor seja juiz ou tribunal.

Abrange, assim, não só a função jurisdicional (ou contenciosa, cujo objeto seja dirimir conflitos de interesses) como a função administrativa da Justiça (aí não só os processos administrativos - como, por exemplo, os disciplinares em face de servidor, ou de licitação para a escolha de contratante visando ao fornecimento de bens e serviços) e também a função dita “*juris-*

¹⁴. op. cit., p. 150.

¹⁵. Nagib Slaibi Filho, *Anotações à Constituição de 1988 - aspectos fundamentais*, Rio de Janeiro: Forense, p. 209.

dição voluntária” (ou jurisdição graciosa, como diziam metaforicamente os antigos...), de caráter eminentemente administrativo, mesmo porque nela não há a propalada definitividade das decisões que caracterizaria a jurisdição contenciosa (Código de Processo Civil, art. 1111).¹⁶

Na instância judicial também se inclui o processo eleitoral, não só os tipicamente contenciosos (crimes eleitorais e impugnação de mandato eletivo) como os procedimentos de preparação das eleições (habilitação de eleitores, registro de candidatos, controle da propaganda eleitoral) e de apuração e totalização dos votos para ensejar a diplomação dos eleitos.¹⁷

A instância administrativa abrange os órgãos governamentais das esferas federativas referidas no art. 37 da Constituição, em qualquer dos Poderes, desde que se trate, como antes mencionado, de processo de decisão que concretize e individualize norma genérica e abstrata.¹⁸

Mas a instância administrativa hoje não mais está contida estritamente no âmbito exclusivo de órgãos do Estado, assim cumprindo o recente e ainda

¹⁶. Sobre a natureza da jurisdição voluntária, Nagib Slaibi Filho, *Sentença cível - fundamentos e técnica*, Rio de Janeiro, Forense, 5ª edição, 1998, pp. 85 e 86. Neste tema, destaque-se a oportuna e feliz tendência atual de se excluir da esfera judicial procedimentos que não sejam contenciosos, como, por exemplo, o ajuizamento de inquéritos policiais em que não haja cautelar ou oferecimento de denúncia ou queixa, e o projeto, em tramitação no Congresso Nacional, a conferir à Administração Pública o poder de execução fiscal, reservando ao Judiciário somente a cognição das demandas, inclusive embargos, que visem a desconstituir, total ou parcialmente, o crédito fiscal que autoriza a atuação do exequente. A necessidade de reformulação da ordem jurídica quanto às execuções fiscais decorre não só do vultoso número de feitos em tramitação (somente no Cartório da Dívida Ativa do Município do Rio de Janeiro estavam ajuizadas, em janeiro de 2000, 350.000 execuções, a maioria na situação referida no art. 40 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980) como pela circunstância de que o ajuizamento e a tramitação são feitos através de processamento eletrônico dos dados. Relatório sobre o exercício de 1999, da Presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, apontou que 1/3 dos quase 900.000 mil feitos aforados naquele ano referiam-se a executivos fiscais.

¹⁷. Em se tratando de votação eletrônica, mostra-se absolutamente inócua a nova disposição constitucional, esvaziada que foi pela celeridade da apuração e totalização dos votos. No segundo turno das eleições de 1998, pouco mais de quatro horas do encerramento da votação, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro já proclamava os eleitos....

¹⁸. Embora não incidente sobre as Administrações Públicas dos Estados e Municípios, e aplicada subsidiariamente à Administração Federal, socorre-se, quanto ao âmbito de incidência da norma, do disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999: “Art. 1º Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração. Parágrafo 1º Os preceitos desta Lei também se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa. Parágrafo 2º Para os fins desta Lei, consideram-se: I - órgão - a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta; II - entidade - a unidade de atuação dotada de personalidade jurídica; III - autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”.

extraordinário processo de desenvolvimento político que descentraliza o poder público, a fazer desmoronar a separação entre a sociedade e o Estado, dogma que era tão caro ao liberalismo clássico.

A própria Constituição expressamente excluiu da cognição judicial, pelo prazo e modo referidos no art. 217, § § 1º e 2º, a denominada “*justiça desportiva*”, de nítido caráter administrativo, embora exercida por órgãos não-estatais. Evidentemente, ao menos em homenagem à interpretação literal ou gramatical, submete-se a justiça desportiva à incidência da disposição ora em comento.

Também a Constituição, no seu art. 17, § 1º, ao assegurar ao partido político a autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento - e, em consequência, vedando ao legislador interferir no seu substrato - acabou criando nessa pessoa jurídica de direito privado (art. 17, § 2º) uma instância administrativa ao menos no que se refere ao registro de candidatos, porque estes somente podem ser oriundos da entidade partidária para ganhar direito de competir nas eleições.

Ao partido político, a despeito de sua natureza não-estatal, incide o novo comando constitucional, mesmo porque todo o processo eleitoral vincula-se a prazos exíguos e peremptórios.

Idem quanto às universidades e demais centros de ensino que, embora privados, estão inseridos no dever declarado no art. 209, I, da Constituição, mesmo porque realizam processo educacional que se individualiza e concretiza nas situações previstas pela ordem jurídica. O caráter privado da instituição de ensino não exclui a proteção constitucional ao aluno que, aliás, também pode se socorrer das normas protetivas do consumidor.

Como outros exemplos dessa “*desestatização da função administrativa*” pode-se anotar o disposto nos arts. 226, § 2º (quanto ao casamento religioso com efeitos civis) e 227, §1º (quanto à assistência à criança e ao adolescente).¹⁹

Provimento cautelar como instrumento de celeridade do processo

As referências postas pelo novo dispositivo quanto à razoável duração do processo e à celeridade de sua tramitação conduzem à aplicação de medidas cautelares como meio de assegurar, no âmbito processual, a

¹⁹. A Lei de Registros Públicos, na esteira do Código Civil, considera evidentemente de natureza administrativa a celebração do casamento e, nem por isso, não há quem considere o celebrante religioso como delegatário de serviço público...

celeridade da tramitação e, no âmbito de direito material, a antecipação da tutela pretendida.

O doce Rabi prometera: “*bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque serão saciados*” (Mateus, cap. 5, v. 6).

Se a Justiça é divina, o Direito é humano e tal caracter predomina quando se realiza através do Processo, na complexa e inescrutável relação entre pessoas que ali depositam a gama inumerável dos mais contraditórios interesses.

Justiça tardia é rematada injustiça, bradava Rui Barbosa no início deste século XX, o mesmo jurista que, aliado a Pedro Lessa, fundou a denominada “Doutrina Brasileira do Habeas Corpus”, meio sumário que utilizava como alternativa então aceita ao excessivo apego às formas procedimentais que impregnava a prática forense.

O provimento cautelar é, assim, em sentido amplo, a tentativa do juiz de vencer a marcha inexorável da dimensão tempo, até que se chegue à decisão final do processo.

O tempo é o inimigo contra o qual o juiz luta sem tréguas - dizia Eduardo Couture - impondo-lhe três exigências inerentes à própria vida: ceder, retroceder e acelerar o seu curso.

Como lutar processualmente contra o tempo?

Piero Calamandrei indicou as modalidades cautelares e sua classificação aqui é lembrada porque ainda intangível às críticas:

- as *instrutórias*, em que se antecipa a produção de provas, como no procedimento da vistoria *ad perpetuam rei memoriam* ou a oitiva de pessoa que, provavelmente, não poderá aguardar a audiência de instrução;

- as tendentes a *garantir a efetividade do próprio processo*, como o arresto e o seqüestro;

- as *cauções*, como aquela do art. 835 do Código de Processo Civil, aliás incompatível com o direito de acesso à jurisdição nesta época globalizada, ou como as que servem de contracautela, a neutralizar o risco que a efetivação de outra cautelar possa trazer ao requerido, v. g., o depósito prévio na ação rescisória; e, finalmente,

- as medidas provisionais, ou *antecipatórias da tutela definitiva* em que se adianta o provimento judicial que se espera ao final da causa, como, por exemplo, a liminar *initio litis* na ação possessória e no mandado de segurança, as antecipações referidas nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, e a prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, prevista no art. 312 da lei processual penal.

Abrangente, assim, o campo de atuação do magistrado e do administrador em sede cautelar.

Antecipa-se a tutela quanto ao processo no julgamento da lide na hipótese do art. 330 da lei processual, no provimento relatorial a antever o julgamento pelo colegiado, no art. 557, ou na prévia oitiva de pessoa pela Autoridade Administrativa para instruir processo disciplinar que ainda não foi aberto.

Antecipa-se a tutela no plano do direito material, como está nos arts. 273 e 461 da lei processual, provendo o juiz, total ou parcialmente, o que, pela urgência, não poderá aguardar até o dia do trânsito em julgado da decisão, ou quando a Autoridade Administrativa suspende preventivamente o servidor contra o qual pesam acusações que ensejariam a demissão do serviço público.

A natureza jurídica do provimento cautelar é realçada por José Carlos Barbosa Moreira:

*“A necessidade do processo cautelar, que lhe justifica a existência, resulta da possibilidade de ocorrerem situações em que a ordem jurídica se vê posta em perigo iminente, de tal sorte que o emprego de outras formas de atividade jurisdicional provavelmente não se mostraria eficaz, seja para impedir a consumação da ofensa, seja mesmo para repará-la de modo satisfatório.”*²⁰

Se a cautelar consiste em adiantamento da decisão ou de fase do processo, desde logo se verifica que não é ela exclusiva da função jurisdicional, como se vê nos seguintes exemplos:

- no processo legislativo, as medidas provisórias, a antecipar a lei que será debatida e votada pelo Congresso Nacional;

- nas ações objetivas de controle de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade), de nítido caráter legislativo pelos efeitos *erga omnes*, a medida cautelar deferida pela Corte Constitucional;

- no processamento dos crimes de responsabilidade, a autorização prevista no art. 51, I, da Constituição, implica o afastamento cautelar do ocupante do cargo de Presidente da República;

²⁰. José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, Rio, Forense, 10ª edição, 1990, p. 410.

- no âmbito administrativo, entre as muitas hipóteses dadas pelas leis, consistem em medidas cautelares a suspensão preventiva do servidor público em processo disciplinar, a sustação da execução do contrato administrativo pelo poder adjudicante etc.

Enquanto a fonte do poder cautelar do administrador está ordinariamente nas leis, a fonte do poder cautelar do juiz está na Constituição, não podendo, assim, ser obviado nem limitado por norma infraconstitucional para que não se vulnerem os princípios constitucionais da separação dos Poderes (arts. 2º e 60, § 4º, III, este posto como cláusula de perpetuação do poder constituinte originário) ou o direito de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, aqui especificando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, III, da Constituição).

A delibação cautelar, em qualquer de suas modalidades, tem a urgência como causa e exige a sumária cognição do tema posto como fundo da demanda. E, quanto a este requisito, legisladores, doutrinadores e juízes inocuamente se deliciam, quando não inferizam os demais, no intenso labor de nominá-lo através de expressões que nada mais são do que conceitos indeterminados, apuráveis a cada momento no caso concreto: *fumus boni iuris*, verossimilhança, probabilidade, plausibilidade.

Todos exigem a projeção do espírito do julgador na percepção da realidade fática, do trecho da História que se apresenta como suficiente para fazer incidir a norma jurídica.

A Constituição de 1988, entre os princípios garantidores do “*devido processo legal*”, alçou ao patamar supremo a norma que então estava restrita ao nível do Código de Processo Civil, extraída de seu art. 332.

Do disposto no art. 5º, LVI, da Carta Magna, extrai-se, entre outras normas, aquela que municia o decisor: “*são admissíveis no processo todas as provas lícitas*”. Derrogaram-se, desde 5 de outubro de 1988, os textos legais condicionantes ou inibidores da prova, como, tomando por exemplo o Código de Processo Civil, o que está no art. 401, e até mesmo, os efeitos legais da prova, como a revelia do art. 319, que chegou até mesmo a ser interpretada como irracional meio de restrição do poder/dever judicial de convicção sobre a causa.

Sempre motivadamente, o juiz e o administrador público estão hoje munidos de amplos poderes para a sempre difícil tarefa de apreensão histórica dos fatos que interessam à decisão.

O Estado Democrático de Direito reclama a pronta resposta dos órgãos estatais, conduzindo, cada vez mais, a atividade cautelar, posta no centro do turbilhão de conflitos que exigem solução urgente, como no conhecido caso de autorização ao Município do Rio de Janeiro para implodir edifício em ruína, ou para impor a transfusão de sangue a paciente em periclituação de vida, embora os seus parentes, por convicção religiosa, abominem tal prática.

Mas não bastam os requisitos da plausibilidade do alegado direito e da urgência do provimento reclamado para a concessão da cautelar.

Outro requisito exsurge naturalmente dos valores jurídicos postos em conflito, a mitigar ou mesmo anular as proibições legais da irreversibilidade do provimento e da satisfatividade que, aliás, inerente a qualquer provimento judicial ou administrativo, aí deve ser considerada sempre provisória, mesmo porque do disposto no art. 811 da lei processual se extrai a *norma da responsabilidade objetiva do requerente quanto aos danos decorrentes do cumprimento da cautelar*, especificamente para o administrador público, a responsabilidade objetiva do Estado a que se refere o art. 37, § 6º, da Constituição.

O requisito da adequada proporcionalidade entre os efeitos do provimento com a tutela do direito em periclituação ainda não figura expressamente no Código Processual, mas está em leis específicas sobre a cautelar contra a Fazenda Pública.

Esta aferição da proporcionalidade tem por conteúdo a valoração dos bens postos em conflito, transcendendo, aí, ao caráter econômico e chegando aos valores morais que, em determinado momento histórico, a sociedade considera essenciais para a sua existência e desenvolvimento.

Ao sopesar os valores em conflito, o decisor cruza, finalmente, a ponte de ouro entre o Direito e a Ética, pois, esta é o fundamento daquele.

“O poder de acautelar é imanente ao julgar”, proclamou o Supremo Tribunal Federal em conhecidas decisões (ADCM nº 4, julgada em fevereiro de 1998; Representação nº 933, julgada em março de 1975).

Na Representação nº 733/RJ, consta do voto do Ministro José Geraldo Rodrigues de Alckmim:

“Há um poder geral de acautelamento inerente ao próprio exercício da função jurisdicional e nenhum juiz deve proferir uma sentença ou ser compelido a fazê-lo ciente de que esta não deva produzir

seus efeitos, ou dificilmente venha a produzi-los. Daí esse poder acautelador e geral, que é inerente ao próprio exercício da função, um dos tipos fundamentais de tutela jurídica, como a execução, como o processo de conhecimento.”

Adotando o regime presidencialista de governo - caracterizado pela nítida separação das funções estatais - e garantindo o livre acesso à jurisdição, a Constituição de 1988 impõe aos tribunais o poder de acautelar, e este poder não pode ser limitado ou inibido pelas leis, que somente servem aos magistrados como indicador não exaustivo de seu relevante papel de árbitros dos conflitos individuais e sociais.

Nem há de se falar em descabimento da cautelar, em qualquer das modalidades em que se apresente, pelo alegado caráter satisfativo.

Como destacou o venerando mestre Galeno Lacerda, o provimento cautelar é sempre satisfativo, mas tal satisfatividade é provisória, embora de eficácia imediata, carente da ratificação que decorrerá como efeito do trânsito em julgado da decisão definitiva. Tanto é assim que a lei processual institui a responsabilidade objetiva do requerente, com liquidação da indenização respectiva nos próprios autos da ação cautelar (art. 811) e até mesmo admite expressamente a demolição de prédio para resguardar relevantes interesses sociais (art. 888, VIII).

A cognição cautelar, embora de natureza sumária, e, assim, sem se aprofundar nas questões atinentes ao mérito – a ser apreciado no momento processual adequado -, não afasta, e antes exige, a apreciação não exauriente das referidas questões para que não se inviabilize nem demore a decisão.

Basta se ver que a ordem jurídica infraconstitucional vincula estreitamente a cognição cautelar com a cognição definitiva mesmo porque inútil seria a concessão de cautelar a proteger situação que se mostra inviável na tutela definitiva.

A vinculação se faz através de expressões normativas de conteúdo aberto, a permitir a concretização nos casos em julgamento, através de conceitos jurídicos indeterminados, como se vê, por exemplo, no Código de Processo Civil no art. 588 (*fundamento relevante*, expressão também encontrada no art. 7º da lei regente do processo do mandado de segurança), no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, no art. 34, V (compete ao relator submeter a julgamento as medidas cautelares *destinadas a garantir a eficácia de ulterior decisão da causa*) e até mesmo no velho

Código de Processo Penal que, no art. 312, somente admite o decreto da prisão provisória se presentes suficientes elementos a indicar a autoria e a materialidade.

Tal aspecto, aliás, foi destacado pela Suprema Corte, em julgamento plenário no dia 29 de maio de 1996, no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 846-3 (DJU de 8-11-96), relator o Ministro Sepúlveda Pertence, proclamando a maioria a impossibilidade da, até então, vislumbrada cisão na apreciação dos pressupostos que autorizam a concessão da cautelar e as questões atinentes ao mérito da causa principal.

O Excelso Pretório reiterou o mesmo entendimento no Agravo Regimental à Suspensão de Segurança nº 1.149-9 (Sepúlveda, DJU de 9-5-97).

O tema já fora vislumbrado pela doutrina, como se vê em Cândido Rangel Dinamarco:

“Falando sobre o fumus boni iuris e o periculum in mora, a doutrina não é muito precisa na colocação científica dos dois requisitos. Eles são requisitos para o julgamento daquilo que se poderia chamar mérito do processo cautelar ou são condições de ação cautelar? Chiovenda, concretista, colocava como condições da ação. Liebman coloca como mérito e nós ficamos nessa dúvida: os que colocam os requisitos como condição da ação cautelar não dizem qual é o requisito para que ela seja concedida, qual seria o mérito da ação cautelar. E os que dizem que são requisitos do mérito, não dizem quais são as condições da ação cautelar.

Meditando sobre isso, numa aula do curso de mestrado em São Paulo, dois anos atrás, eu sugeri que talvez (embora eu me coloque numa posição abstratista) a ação cautelar seja uma ação concreta, onde a existência do direito à cautela se confunde com as condições da ação cautelar. É também um tema a ser meditado, uma opinião que eu não apresento definitivamente, mas sobre a qual medito na busca de uma solução definitiva.”²¹

O denominado *periculum in mora* decorreria do fundado temor de ocorrência de dano jurídico iminente enquanto se aguarda a tutela definitiva, ou, no dizer de Carlos Calvosa: “a ocorrência efetiva de risco de perecimento, destruição, desvio, deterioração ou qualquer tipo de alteração no estado das

²¹. *Op. Cit.*, p. 352.

pessoas, bens ou provas necessários para a perfeita e eficiente atuação do provimento final de mérito”; o *fumus boni iuris*, segundo Willard de Castro Villar do “juízo de probabilidade e verossimilhança do direito cautelar a ser acertado”.

Ao lado dos tradicionais requisitos ou condições do provimento cautelar – a plausibilidade da pretensão e a urgência do provimento judicial – já agora a legislação e a doutrina acrescentam a necessária adequação ou proporção razoável entre o provimento cautelar e a tutela do direito em periclitção, o que foi chamado por Roy Reis Fried de *periculum in mora inverso* e que Athos Gusmão Carneiro lembrou: “Vale colacionar, no ensejo, a norma do art. 401, do CPC de Portugal, em que o juiz é aconselhado a, ocorrentes a plausibilidade do bom direito e o perigo na demora, conceder a liminar, “salvo se o prejuízo resultante da providência exceder o dano que com ela quer se evitar”. Em suma, por vezes a concessão da liminar poderá ser mais danosa ao réu, do que a não concessão ao autor. Portanto, tudo aconselha ao magistrado perquirir prudentemente sobre o *fumus boni iuris*, sobre o *periculum in mora* e também sobre a proporcionalidade entre o dano invocado pelo impetrante e o dano que poderá sofrer o impetrado (ou, de modo geral, o réu em ações cautelares)”.

Se a solução final do processo exige lapso temporal que se mostra excessivo e vulnerador, de um lado, do interesse público gerenciado pelo administrador, ou da dignidade da Justiça, de outro, dos direitos do administrado ou da parte em processo judicial, deverão administrador e juiz, nos limites de sua competência funcional, prover medidas que se mostrem adequadas.

Procedimento

Se o processo é relação a vincular os interessados, o procedimento (ou o rito, ou o trâmite específico) é o modo pelo qual se concatenam os atos jurídico-processuais nele realizados, de acordo com as diversas fases impostas pela ordem jurídica (por exemplo, o processo de suspensão da carteira de habilitação do motorista que ultrapassou a pontuação máxima, ou o processo de desapropriação) ou, até mesmo, o modo de realização de ato processual específico (por exemplo, o rito da audiência, as fases da sentença).

Ontologicamente o processo é o caminhar, o desenvolver da atividade de decisão ou de execução.

Enquanto o processo de execução dirige-se à transformação da realidade fática no cumprimento do que se decidiu, o processo de decisão, desde o início e até o seu termo, apresenta fases que nem sempre se mostram sucessivas:

- a fase inicial, com a sua deflagração e até a impugnação dos demandados, aí se delimitando o campo cognitivo da decisão;

- a fase de saneamento ou de correção de eventuais vícios que inibam ou impeçam a decisão. A atividade saneadora, por versar sobre tema de direito indisponível, se exerce durante toda a duração do processo, mesmo porque pode este se frustrar se o vício for insanável;

- a fase instrutória, com a coleta de elementos que comprovem a situação descrita no suporte fático das normas cuja incidência se propõe no processo. A atividade probatória, pelo princípio constitucional decorrente do disposto no art. 5º, LVI, da Constituição, também não se submete à disponibilidade do direito dos interessados, embora estes tenham os ônus de indicar ou produzir as provas nos termos das normas que regulam o procedimento;

- a fase decisória, que compreende as manifestações dos interessados e a decisão que se buscou pelo processo.

O mandamento constitucional da celeridade na tramitação do processo e de sua razoável duração vai incidir quando se constata, em determinada relação processual, que a realização de seus atos se mostra desarrazoado, conduzindo à ultrapassagem das fases e dos atos que não se mostram essenciais para a descoberta da verdade²² e para a eficácia da decisão.

Evidentemente, juiz e administrador deverão sempre motivar suficientemente as suas decisões, ainda quando vertam sobre temas processuais.

Assim, se a diligência probatória se mostra inútil ou procrastinatória, deve a mesma ser abandonada, como, aliás, já está no art. 130 do Código de Processo Civil.

Se o recurso é manifestamente improcedente, desnecessário que o relator o submeta ao colegiado (art. 557 do Código de Processo Civil).

²². O processo administrativo está também submetido às regras gerais do processo e, no tema probatório, pode e deve - embora o administrador público (salvo a comissão parlamentar de inquérito, pelo que está no art. 58, § 3º, da Constituição) não tenha os mesmos poderes de investigação das autoridades judiciárias - se servir do belíssimo e sempre esquecido axioma constante do art. 339 do Código de Processo Civil, a instituir o dever coletivo de colaboração no processo: "Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade".

Se o candidato à pensão previdenciária ou à carteira de habilitação de motorista já preencheu todos os requisitos, não há porque não se proceder ao deferimento e à execução dos atos necessários à implementação do direito.

Se a autoridade judiciária ou administrativa designou audiência ou exame pericial para tempo longínquo, sem que a tal fosse impelida por justificável (e declarado) império das circunstâncias, medidas deverão ser adotadas pela mesma ou por autoridade superior para que os entraves sejam vencidos, porque é direito do cidadão a celeridade na tramitação do processo.

Enfim, o complexo universo de casos ocorrentes ou a ocorrer somente poderá ser confrontado com a incidência da norma protetiva em cada caso concreto, mediante decisão - ainda de ofício, ressalte-se - devidamente motivada, pois tal decisão desafiará os recursos pertinentes em face do princípio inscrito no art. 5º, LV, que, aliás, não protege só o demandado, mas a todos os interessados.

Razoabilidade

Não é por ser discricionária que se pode admitir que a atividade estatal seja desarrazoada, arbitrária ou caprichosa e que os meios escolhidos por ela não tenham um real e substancial nexó com o objetivo que se tenciona atingir.

Através da fundamentação ou motivo do ato administrativo ou judicial, poderá haver o controle interno e externo da razoabilidade do ato, isto é, se o motivo apresentado é razoável, conveniente e legítimo.

Se herdamos o *judicial control* americano com a República, por obra e graça do esforço de Rui e dos positivistas, infelizmente nossos juristas continuaram com a forte tendência privatista que lhes inculcou o sistema românico-germânico, agravado pelo autoritarismo positivista e pelo dogmatismo católico que inspiram a nossa cultura.

Fomos e somos mais positivistas que os patrícios de Augusto Comte, pois embora adotem o sistema de jurisdição dual, afastando do Poder Judiciário o controle dos atos estatais e o submetendo ao Conselho de Estado, nem em França existe a ampla atuação que se vê em nosso país do chamado “poder discricionário”.

É o que Rivero nos noticia:

“O controle do juiz, sendo um controle da legalidade, pára onde ela pára; não se estende, pois, ao poder discricionário, que depende da apreciação de oportunidade, estranha à missão do juiz.

Todavia, convém não esquecer que o juiz cria regras de direito: portanto, pode, onde a lei escrita nada impunha, subtrair ao poder discricionário certos elementos do acto, submetendo-os a uma regra jurisprudencial. Na prática, o Conselho de Estado, por esta via, reduziu consideravelmente a zona do poder discricionário. É o seu verdadeiro regulador, consoante estenda mais ou menos o seu controle sobre uma outra categoria de atos. Veremos que chega mesmo a exercer, em certos domínios, sob a aparência de um controle da legalidade, um verdadeiro controle de oportunidade, esbatendo assim, na prática, o traçado que separa as duas noções.”

Perquire-se se o ato discricionário é razoável pela confrontação dos elementos de motivo e objeto com a situação concreta para o qual se dirige. No exercício, por exemplo, do poder disciplinar, a discricionariedade do administrador reside na apreciação dos elementos fáticos probatórios e na aplicação da pena. Tanto o julgamento das provas como a aplicação da pena exigem uma certa discricionariedade que não se confundem, em absoluto, com o arbítrio, pois as soluções apresentadas devem guardar relação com o contexto fático, o interesse da Administração e a pertinência objetiva e subjetiva com a razoabilidade.

A lógica do Direito é a lógica do razoável (na expressão de Recasens Siches) - não há legalidade sem razoabilidade.

Enquanto os tribunais americanos empreenderam com mais desenvoltura a apreciação dos atos estatais, desde Marshall, em 1803, construindo a teoria do controle da constitucionalidade das leis em face da constituição rígida, até a época moderna, com a apreciação da discricionariedade administrativa, nossos tribunais só têm um século de atividade jurisdicional de apreciação dos atos administrativos, o que começaram a fazer com a República - no entanto, na interpretação das normas jurídicas, não podem esquecer as palavras de Gustav Radbruch:

“A interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por outro. Sem dúvida, ela parte da interpretação filológica da lei; mas para ir mais além dela.”

Humberto Quiroga Lavié ensina:

“El principio de supremacía de la Constitución se mueve sobre un pivot fundamental: los actos constitucionales propios de cada uno de los poderes del Estado deben ser razonables, pues sí no lo son, serán inconstitucionales. Al requisito de razonabilidad se lo denomina el debido proceso legal: los actos constitucionales son razonables si son producidos respetando el debido proceso legal.” (p. 447)

O mesmo mestre esclarece que o “devido processo legal” é encarado, também, sob os prismas formal ou adjetivo (*“los actos constitucionales de cada poder del Estado deben formarse respetando los procedimientos establecidos por la norma constitucional que le otorga validez*) e no sentido material ou substantivo (*aquí la incompatibilidad entre la Constitución*) (o norma superior) y las leyes (u otras normas inferiores frente a las que le otorgan validez) se produce en virtud de que las normas inferiores (leyes, decretos, sentencias o actos, según el caso) violentan el sentido común establecido en las normas superiores (el sentido de justicia que en ellas alberga): de este modo se vulnera la razonabilidad que debe ostentar toda norma para pretender vigencia. No se violan las formas procesales sino la cuestión de fondo resulta por el derecho “. (p. 460)

Interpretar juridicamente é buscar a razão.

Limitação da discricionariedade pela razoabilidade

O Supremo Tribunal Federal, por sua 2a. Turma, julgando o Recurso Extraordinário nº 111.411-8, RJ, Relator o Ministro Carlos Madeira, considerou injurídico o “julgamento de consciência” por membros de Comissão de Inscrição de Concurso de Magistratura, em que os candidatos eram submetidos a julgamento secreto, sem motivação, dos requisitos de irrepreensibilidade da vida pública e privada e da capacidade física e mental para o exercício das funções judiciais. Consta da decisão:

“De sobra, além de inconciliável com a exigência constitucional do concurso público e com o princípio de isonomia que a inspira, a eliminação de candidatos, mediante “julgamento de consciência” de uma comissão administrativa - por mais qualificada que seja a sua composição - esvazia e frauda outra garantia básica da Constituição, qual seja, a da universalidade da jurisdição do Poder

Judiciário. Tanto vale proibir explicitamente a apreciação judicial de um ato administrativo, quanto discipliná-lo de tal modo que se faça impossível verificar em juízo a sua eventual nulidade. Certo, admite a Lei Orgânica da Magistratura Nacional que os candidatos à magistratura de carreira sejam “submetidos a investigação, relativa aos aspectos moral e social (...) conforme dispuser a lei” (art. 78, § 2º). É, assim, inegável - à falta de tipificação dos fatos que, apurados na investigação, devam induzir à eliminação do candidato - que esta haverá de fundar-se numa valoração negativa de predicados pessoais, necessariamente colorida de certo grau de discricionariedade. Mas, é também patente que a discricionariedade do ato não elide, em nosso sistema, o controle jurisdicional da inexistência material e da inadequação jurídica de seus motivos, assim como do eventual desvio de finalidade (Lei nº 4.717/65, art. 2º, parágrafo único, “d” e “e”). Ora, o sistema da norma regulamentar impugnada inviabiliza esse controle, na medida em que dispensa, não só a motivação conceitual do ato, mas também a própria existência de motivos - o que é intolerável - ou, pelo menos - o que é equivalente - torna inviável a revelação ao Judiciário dos motivos em que se haja fundado o ato. De qualquer sorte, portanto, impossibilitando a verificação judicial de vícios que o maculem, ainda quando de fato existentes.”

A razoabilidade foi o fundamento de decisão do Tribunal Federal de Recursos, pela 1ª Turma, Remessa “ex officio” nº 110.873-DF, relator Ministro Washington Bolivar, acórdão publicado em 26 de fevereiro de 1987:

CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA. PROVA DE ESFORÇO. TESTE DE COOPER. Candidato que comprovou gozar de boa saúde física e psíquica, nos termos do art. 9º, inciso V, da Lei nº 4.878, de 1965. A prova de esforço físico deve ser aferida nos termos legais e de forma razoável, pois Delegado manda e os agentes, em regra, é que executam as ordens; trabalha, usualmente, em gabinete e dificilmente, mesmo em diligência, teria ele próprio de sair correndo atrás de delinquentes. Precedentes do TFR. Remessa de ofício denegada.”

Enquanto no ato vinculado a fundamentação emerge do próprio contexto fático, não dando ao administrador nenhum campo de escolha,

no ato discricionário a lei concede ao mesmo administrador certas opções quanto ao objeto (fazer isso ou aquilo) ou quanto à causa (pode ser feito assim quando ocorrer isso ou aquilo).

A discricionariedade não significa, no entanto, que a escolha seja desarrazoada, inconveniente, imprópria ou mesmo contrária à finalidade do ato.

Para controlar a atividade discricionária, seja pela própria Administração Pública, seja em Juízo, é necessário que haja fundamentação em que o administrador exponha os fundamentos de fato e de direito que o levaram à atividade administrativa.

Somente com a motivação é possível o controle da razoabilidade do ato. Sem motivação, não há discricionariedade, mas ilegítimo arbítrio.

O antes citado Humberto Quiroga Lavié anota os requisitos que têm sido colocados, em seu país, como uma série de requisitos procedimentais constitutivos do devido processo administrativo:

- “a) que sede administrativa la defensa en juicio debe ser contemplada com criterio amplio y no restrictivo, no ser una apariencia formal, ni caer en la mera formalidad de la citación de los litigantes;*
- b) que el trámite administrativo no debe transformarse en una ritualidad, rutinaria y externa (Gordillo);*
- c) que dicho trámite debe practicarse de oficio, aunque el interesado no lo solicite (Gordillo);*
- d) que el trámite debe gozar de publicidad;*
- e) que los litigantes deben tener oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo, y derecho a que sean considerados en forma expresa sus argumentos, a hacerse patrocinar por letrados, a ofrecer y producir prueba de descargo, a producir la prueba propuesta, a controlar la producción de la prueba hecha por la administración;*
- f) que la administración debe decidir expresamente las peticiones y fundas las decisiones, analizando los puntos propuestos por las partes.” (op. cit., p. 452)*

Jean Rivero observou que, em França, se estava o Juiz obrigado a fundamentar suas decisões, não havia a mesma obrigatoriedade para a Administração Pública, salvo expressa disposição legal nesse sentido. Contudo,

após evolução do Conselho de Estado, chegou a Lei de 18 de julho de 1979 que dispõe sobre o dever de mencionar no corpo da decisão as considerações de direito e de fato que fundamentam a decisão, referindo:

“- a todas as decisões individuais desfavoráveis, tais como medidas de polícia ou restritivas das liberdades, sanções, revogação ou ab-rogação de uma decisão criadora de direito...

- às decisões individuais que importam derrogação duma regra geral. Em todos estes casos, a não-motivação acarreta a ilegalidade da decisão por vício de forma. Só não é assim quando um segredo protegido pela lei (segredo de defesa nacional) proíbe a revelação dos motivos, quando a extrema urgência constitui um obstáculo, ou ainda quando se trata duma decisão implícita resultante do silêncio da Administração. Mas, nestes dois últimos casos, o autor de uma decisão deve, a requerimento do interessado, torná-lo, num prazo dum mês, ciente dos motivos”. (p. 115)

Da exigência de fundamentar a decisão, o que decorre do aspecto formal do princípio do devido processo legal, é que sobrevém o aspecto material, também denominado princípio da razoabilidade - não basta uma motivação, mas deve ela ser factível, razoável, verdadeira.

Sem fundamentação explícita dos atos do Poder, não há como controlá-los.

Bem se vê, daí, que a nova redação constitucional, mais que mera declaração de direito, se mostra adequada ao patamar cultural e jurídico que atingimos neste final de século. ◆