

## **Codificação no processo administrativo: uma tendência?**

### **Coding in the administrative process: a trend?**

**Laura Mendes Amando de Barros<sup>1</sup>**

**Resumo:** Muito se tem discutido a respeito da necessidade – e funcionalidade – de eventual codificação da legislação de Direito Administrativo. O presente estudo se presta a lançar sobre a questão um outro olhar, baseado na doutrina de Schmidt-Assmann e na sua defesa da construção – e interpretação, e tratamento – do referido ramo da ciência como um sistema não isolado e impenetrável aos fenômenos e alterações sociais, culturais, econômicas e em qualquer medida contextuais. Ressalta-se, assim, a intedisciplinaridade e o constante influxo de informações e experiências vivenciados tanto pelo quanto a partir do sistema administrativo como forma de alcance da eficiência, da responsividade e da legitimidade da atuação administrativa.

**Palavras-chave:** Processo administrativo; sistematização; Schmidt-Assmann.

**Abstract:** Much has been discussed about the need – and functionality – of encoding Administrative legislation. This paper lends itself to pounce on the issue another look, a new point of view, based on the lessons of John Eberhard Schmidt-Assmann and on his defense of construction – and interpretation, and treatment – of this branch of science not as an isolated and impenetrable system in regard to the social, cultural, economic and contextual changes. It is noteworthy, therefore, interdisciplinary and the constant influx of information and experiences as well as the administrative system as a way, an alternative for achieving efficiency, responsiveness and legitimacy of administrative action.

**Key words:** Administrative process; systematization; Schmidt-Assmann.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo; Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura; Coordenadora acadêmica da Revista de Direito do Terceiro Setor – Editora Fórum; Procuradora do Município de São Paulo.

## Considerações iniciais

O Direito Administrativo, ramo autônomo ainda bastante recente da ciência do Direito<sup>2</sup>, vem experimentando, nos últimos anos, vertiginosas alterações, tanto dogmáticas quanto de paradigmas.

Referidas alterações decorrem, basicamente, da inafastável inter-relação entre esse ramo jurídico – ou seja, a disciplina da atuação administrativa – e as funções atribuídas, pelos contextos social e jurídico, ao próprio Estado.

Assim, enquanto ao modelo liberal correspondia um Estado absenteísta, incumbido de prestações negativas, limitadas, basicamente, à garantia de não invasão/ofensa a direitos individuais entre os administrados<sup>3</sup>, o modelo social pressupunha uma máquina encarregada

---

<sup>2</sup> Conforme defende HIGA, “*O nascimento do Direito Administrativo se deu na França, após a Revolução Francesa de 1789, apontando-se como marco inicial a edição da Lei de 28 Pluvioso do Ano VII (1800), que disciplinava, de modo sistemático, a organização administrativa francesa, com base na hierarquia e na centralização.*” (2010, p. 31). Há, porém, quem combata essa idéia: “*A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de Direito e do princípio da separação dos poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações, constituindo aquilo que Paulo Otero denominou ilusão garantística da gênese. (...) Tal circunstância histórica subverte, a um só golpe, os dois postulados básicos do Estado de Direito em sua origem liberal: o princípio da legalidade e o princípio da separação dos poderes. De fato, a atribuição da função de legislar sobre o direito administrativo a um órgão da jurisdição administrativa, intestino ao Poder Executivo, não se coaduna com as noções clássicas de legalidade como submissão à vontade geral expressa na lei (Rousseau) e de partilha das funções estatais entre os poderes (Montesquieu). Nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados.*” (BINEMBOJM, 2006, P. 11).

<sup>3</sup> Note-se que essa designação já não se apresenta condizente com o modelo de Estado pós-social em que vivemos, em que o particular avança da mera condição de administrado, com o qual a Administração travava relação marcadamente vertical, para a de cidadão, titular de inúmeros direitos oponíveis à própria administração, cuja função instrumental de promoção e garantia dos interesses coletivos é ressaltada. Nesse sentido a lição de Justino de Oliveira: “*A configuração, no sistema constitucional brasileiro, do direito à participação nas decisões estatais, comprova que, de uma perspectiva unidimensional Estado-súdito (o indivíduo não era possuidor de direitos frente ao Estado, mas unicamente de deveres para com o Estado), passou-se a uma perspectiva bidimensional Estado-cidadão (direitos e deveres originados do vínculo da cidadania destinam-se tanto ao Estado quanto aos indivíduos). (...) Eis o cidadão que manifesta sua vontade em fazer parte de procedimentos passíveis de culminar em decisões estatais que afetem direitos seus, não somente de natureza individual, mas de ordem coletiva ou difusa. É o cidadão consciente de seus direitos civis, políticos e sociais (porque bem informado), e que deseja tomar a palavra e expressar sua opinião nos assuntos relativos à condução das atividades públicas. É o cidadão responsável, conhecedor de seu compromisso social de intervir na esfera estatal, visando com que as decisões dela emanadas possam ajustar-se o mais possível com a realidade social. É o cidadão cooperador, que almeja não ser visto como intruso ou estranho na organização administrativa, mas como o seu principal colaborador. Enfim, é o cidadão participador, que assume posturas pró-ativas perante uma Administração pública que deve agir em proveito dos cidadãos e de toda a sociedade.*” (2010, p. 167-167).

## Codificação no processo administrativo: uma tendência?

da promoção de praticamente todos os interesses sociais e necessidades coletivas – centralização essa que conduziu à sua inviabilidade, tanto econômico-financeira quanto prática, vez que a estrutura possível era absolutamente insuficiente ao atendimento de tão grande e variada gama de necessidades.

O Estado pós-social, correspondente ao nosso atual momento<sup>4</sup>, é marcado pelas seguintes características: consensualismo; democratização da Administração, com a conseqüente aproximação entre esta e os cidadãos, que passam a gozar de uma relação mais horizontal e menos baseada na autoridade e no império; transparência; constante busca da eficiência, da eficácia; governança<sup>5</sup>; responsividade<sup>6 7</sup>; pluralismo<sup>8</sup>; legitimidade da atuação do poder público<sup>9</sup>; e-governance; multiplicidade de interesses públicos<sup>10</sup>; accountability<sup>11</sup>.

---

<sup>4</sup> Registre-se, por oportuno, que entre os diversos modelos estatais não se estabelece uma relação de simples sucessão e substituição: por mais que se proponha sua classificação estática e incomunicável, por conveniência didática, o respeito à exatidão científica exige que registremos a persistência de traços típicos de modelos anteriores/outros, ainda nos dias atuais. São perfis que se combinam e convivem, porém com a predominância das novas tendências e institutos. Nesse mesmo entendimento do fenômeno evolutivo: “*em que pesem os argumentos do discurso reformador bresseriano, assevera-se não ser possível consentir que o aparecimento do modelo gerencial visou suceder ao modelo burocrático. Tampouco demonstra-se pertinente equiparar o fenômeno da ascensão de um modelo pós-burocrático de gestão (in casu, o gerencial) àquele correspondente à história da eclosão do modelo burocrático da administração pública. Diferentemente daquele, este representou um autêntico movimento reativo, disposto a afastar e a tomar o lugar de modelos patrimonialistas de gestão pública, os quais, além de não promoverem a separação entre a propriedade pública e a propriedade privada, eram caracterizados por um exacerbado patrimonialismo, nepotismo e fisiologismo.* OLIVEIRA, 2005, p. 284-285.

<sup>5</sup> A qual pode ser definida, nas palavras de Canotilho, como a “*condução responsável dos assuntos do Estado. Trata-se, pois, não apenas da direção de assuntos do governo/administração mas também da prática responsável de actos por parte de outros poderes do Estado como o poder legislativo e poder jurisdicional. Em segundo lugar, a good governance acentua a interdependência internacional dos estados, colocando as questões de governo como problema de multilateralismo dos estados e de regulações internacionais. Em terceiro lugar, a “boa governança” recupera algumas dimensões do New Public Management como mecanismo de articulação de parcerias público-privadas, mas sem ênfase unilateral das dimensões econômicas. Por último, a good governance insiste novamente em questões politicamente fortes como as da governabilidade, da responsabilidade (accountability) e da legitimação.*” (2006, p. 327).

<sup>6</sup> Conforme bem define Gustavo Justino de Oliveira, “*Cumpra aprioristicamente à organização administrativa estatal conferir respostas à demandas sociais. A principal função do aparato administrativo estatal é a de receber os influxos e estímulos da sociedade, rapidamente decodificá-los e prontamente oferecer respostas à satisfação das necessidades que se apresentam no cenário social.*” (2010, p. 160).

<sup>7</sup> Nas palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto, “*Tem sido uma preocupação contínua da teoria jurídica moderna a busca por um Direito responsivo. Responsivo é o que responde. Atréada ao Direito, a idéia (...), é a de que um direito responsivo confira uma visão mais expansiva da participação jurídica e do papel do Direito, de modo a que as instituições jurídicas se transformem em instrumentos mais dinâmicos de ordenação e mudança social, dando, com isso, respostas às demandas sociais. Daí porque, buscando abrir os limites do conhecimento jurídico, passa a ser preocupação central apreciar tudo que tem efeito no Direito e condiciona sua efetividade, e equipar-se para reconhecer, e alterar, o que está em risco. Uma instituição responsiva, orientada a partir do propósito/finalidade, percebe pressões sociais e oportunidades de autocorreção o que abre caminhos para mudança, para o controle do bom julgamento administrativo e da mitigação do risco de sujeição institucional, de oportunismo.*” (2009, p. 201-202).

<sup>8</sup> Conforme Sabino Casesse, “*Nesse novo contexto (...), os Estados perdem o aparato monístico e se apresentam como conjunto de partes, como pluralidade de centros. Entre esses últimos se estabelecem novas relações, frequentemente, ilustradas com a metáfora da rede, expressão institucional da diversidade e do policentrismo. O interesse geral ou público, de finalidade superior imposta a priori pela lei e colocada desse*

## Codificação no processo administrativo: uma tendência?

Nessa esteira, também os institutos basilares desse ramo do Direito passaram por uma revisão, em um processo que findou por relativizar a importância e papel fundamentais até então outorgados ao ato administrativo, com a conquista de lugar de bastante destaque pela temática do processo administrativo.

Não se pode presumir, porém, uma mera substituição do protagonista do Direito Administrativo, até então correspondente ao ato, pelo processo administrativo.

Referido fenômeno trouxe uma releitura da concepção de um instituto central a orientar todo o desenvolvimento doutrinário, legal e dogmático dessa seara, conforme bem esclarece Odete Medauar:

O processo administrativo despontou sob o contexto da democracia administrativa, da melhoria das relações Administração/administrado, da atuação dos administrados na tomada de decisões, entre outros fatores. E tornou-se um dos grandes tópicos do Direito Administrativo moderno, suscitando, no presente, mais estudos que o ato administrativo. Sua relevância, adquirida nos últimos tempos, não leva, contudo, a tratá-lo como figura central do Direito Administrativo, pois, na esteira da lição de Rivero, não existe critério único ou noção-chave do Direito Administrativo. (2008, p. 419)

---

*modo aos direitos e às liberdades – e posto assim como fundamento das grandes construções jurídicas do direito público e da especificidade do regime de direito público -, torna-se o resultado do conflito e da harmonização espontânea dos interesses individuais, segundo o modelo do utilitarismo. Quando se reconhece a existência de vários interesses públicos, não ordenados hierarquicamente pelas normas, motivo pelo qual a decisão requer ponderação, admite-se que a composição dos interesses ocorre dentro do Estado.”* (2010, pp. 141-142).

<sup>9</sup> Na valiosa lição de Norberto Bobbio, “*O tema hoje tão debatido da governabilidade das sociedades complexas pode ser interpretado também nos termos da clássica dicotomia sociedade civil/Estado: uma sociedade torna-se tanto mais ingovernável quanto mais aumentam as demandas da sociedade civil e não aumenta correspondentemente a capacidade das instituições de a elas responder, ou melhor, com a capacidade de resposta do Estado alcançando limites talvez não mais superáveis (donde o tema, por exemplo, da “crise fiscal”). Estreitamente ligado ao tema da ingovernabilidade está o da legitimação: a ingovernabilidade gera crise de legitimidade. Também este tema pode ser traduzido nos termos da mesma dicotomia: as instituições representam o poder legítimo no sentido weberiano da palavra, isto é, o poder cujas decisões são aceitas e cumpridas na medida em que consideradas como emanadas de uma autoridade à qual se desconhece o direito de tomar decisões válidas para toda a coletividade; a sociedade civil representa o lugar onde se formam, especialmente nos períodos de crise institucional, os poderes de fato que tendem a obter uma legitimação própria inclusive em detrimento dos poderes legítimos – o lugar onde, em outras palavras, desenvolvem-se os processos de deslegitimação e de relegitimação. Daí a freqüente afirmação de que a solução de uma grave crise que ameaça a sobrevivência de um sistema político deve ser procurada, antes de tudo, na sociedade civil, na qual podem ser encontradas novas fontes de legitimação e portanto novas áreas de consenso.”* (2010, pp. 36-37).

<sup>10</sup> Na lição da Profa. Odete Medauar, “*A uma concepção de homogeneidade do interesse público, segue-se uma situação de heterogeneidade; de uma idéia de unicidade passou-se à concreta existência de multiplicidade de interesses públicos. A doutrina menos antiga refere-se à impossibilidade de rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade de todo o padrão de comparação”.* (2003, p. 190)

<sup>11</sup> Segundo MARTINS, accountability corresponde à “*prática de prestar contas de forma transparente e permeável da consecução de certas finalidades preestabelecidas, segundo determinadas regras de conduta. Há a denominada accountability vertical, que corresponde ao processo de responsabilização dos governantes através do processo eleitoral, a denominada accountability horizontal, processos através dos quais o legislativo, o judiciário e outras instâncias públicas e privadas fiscalizam os atos ou omissões dos governantes de forma continuada.*”

## Codificação no processo administrativo: uma tendência?

Consideradas essas profundas alterações contextuais, o processo administrativo, além da assunção de grande projeção, também passou por um redimensionamento, assumiu papéis inovadores e extremamente importantes.

Nessa esteira, evoluiu de “mero” instrumento de garantia de direitos do cidadão em face da Administração, de forma de controle e objeção ao abuso do poder, à condição, também, de mecanismo viabilizador da participação popular, de corolário do princípio Democrático e da própria participação democrática.

Essa sua nova atribuição – a qual, saliente-se, convive com aquelas mais tradicionais – é responsável pela inclusão da temática, para além da classe das garantias instrumentais, na seara dos direitos fundamentais.

A participação popular, a democracia participativa consagradas na Carta Maior brasileira e no diploma fundamental de vários países e da própria União Europeia<sup>12</sup> ganham assim efetividade real.

A constatação da existência de plurais interesses públicos, os quais deverão ser sopesados e ponderados, implica na aplicação do processo administrativo como meio de definição dos interesses e valores a serem promovidos de forma mais eficaz e direta, com a fixação de metas e prioridades.

Nas esclarecedoras palavras de Victor Rhein Schirato,

*Ao não se ter mais como possível uma atuação unilateral e autoritária, por conta da inexistência de um interesse público previamente definido a ser tutelado, será necessário à Administração Pública identificar quais os interesses coletivos legítimos subjacentes para, então, ponderá-los no caso concreto, sendo o processo administrativo o meio adequado para que se possa proceder à identificação dos interesses públicos legítimos existentes e à ponderação desses a fim de escolher um ou alguns para atendimento no caso concreto. (...) Somente por meio de uma atuação concertada entre Administração Pública e particulares, na qual a Administração tenha, com a participação dos envolvidos, a oportunidade de identificar os interesses em jogo, ponderá-los e definir qual o prevalecente, é que se poderá desenvolver a atividade administrativa. O processo administrativo tem a função, então, de permitir o desenvolvimento da atividade administrativa no atual contexto do direito administrativo. É o meio pelo qual se realiza a função de arbitramento, característica da atual Administração Pública. (2010, p. 17).*

Sob esse enfoque, portanto, que o processo administrativo será abordado no presente estudo, por meio do qual se pretende tecer reflexões a respeito da necessidade e conveniência de sua codificação – ou sistematização – face às novas demandas sociais, jurídicas e conjunturais do século XXI.

---

<sup>12</sup> Na lição de Assmann, “(...) *el Derecho comunitario da a esa participación un giro al convertirla en vehículo de la transparencia administrativa y en un medio de control de la Administración. Se trata de lograr que el procedimiento sirva para contribuir a la mayor racionalidad de la acción administrativa, trascendiendo la simple defensa de derechos e intereses particulares.*” (2003, p. 377).

## **1. Codificação versus sistematização: a doutrina de Assmann**

Discussões quanto à necessidade – ou oportunidade – da codificação das normas de processo administrativo não podem ser tidas como algo absolutamente inovador ou inédito<sup>13</sup>.

Constata-se atualmente, e conforme salientado, outro enfoque, baseado em novas necessidades e paradigmas, os quais demandam uma releitura cuidadosa e livre de preconceitos do processo administrativo.

Foi nesse ambiente, com todas as inovações características dos dias atuais, que floresceu a obra do alemão Eberhard Schmidt-Assmann, a qual tem por objeto justamente a “Teoría general del derecho administrativo como sistema”.

É bem verdade que as considerações do autor alemão não se restringem ao âmbito processual, relacionando-se, contrariamente, ao Direito Administrativo como um todo, com o desenvolvimento de reflexões envolventes de pontos fundamentais como as funções do Estado, a autonomia e organização da Administração e as formas de ação administrativa.

Inegável, porém, que essas são temáticas que intimamente se ligam ao processo administrativo, com relação ao qual a maior parte das ponderações são aplicáveis.

Referido estudo parte de intensa preocupação do autor com o esgarçamento, a rarefação do Direito Administrativo observada nas últimas décadas do século XX – a qual implicaria, para a reversão do cenário, com o seu fortalecimento e recrudescimento conceitual e dogmático, em uma revisita aos institutos clássicos e princípios fundamentais.

Referido fenômeno de fragilização desse ramo do Direito enquanto ciência decorre, dentre outros fatores, da importação, pelos diversos Estados pós-sociais, de fragmentos de ordenamentos estrangeiros, os quais, simplesmente recortados de seu contexto original, seriam pretensamente impostos às nações destinatárias, sem qualquer análise conjuntural ou de sua compatibilidade com o cenário em questão.

Daí a linha proposta pelo autor, de desenvolvimento de métodos integrativos que levem em conta toda a realidade, administrativa e extra, e sejam avessos a compartimentações, com a integração entre Administração e Constituição e baseada em um Estado de Direito fundado na legitimação democrática.

Para tanto, traça o autor três linhas mestras, as quais consideram o postulado do Direito Administrativo como: 1. ciência de direção, voltada a orientar processos sociais,

---

<sup>13</sup> Conforme afirma Cretella Júnior, citado por Odete Medauar, “o problema da codificação é quase tão velho como a própria humanidade”. 2008, p. 168.

## Codificação no processo administrativo: uma tendência?

animada sempre pela busca da eficácia e da legitimidade democrática; 2. forma de atuação da Administração, a qual deve considerar o pessoal, a organização e o procedimento administrativo sempre a partir da realidade social e estatal, e com vistas ao aumento da eficiência; 3. ciência cujas pedras angulares tradicionais/institutos básicos devem ser questionadas quanto à sua função integradora, de atualização da parte geral e facilitação de sua interlocução com as partes especiais.

Parte, ainda, de três princípios fundamentais, quais sejam, a sujeição do ordenamento jurídico aos direitos fundamentais, da Administração à lei e ao Direito e sua vinculação à garantia da tutela jurisdicional.

Os direitos fundamentais assumem posição absolutamente estratégica e basilar, substituindo, em termos de irradiação de efeitos e direção, o já bastante relativizado princípio da supremacia do interesse público:

*O surgimento de uma sociedade pluriclasse, com interesses cada vez mais distintos e coletivos, e a conseqüente necessidade cada vez maior de intervenção estatal em diversos campos econômicos e sociais faz com que a noção do interesse público como determinante da atuação da Administração Pública e consagrada da conferência dos poderes exorbitantes de que goza a Administração Pública seja por demais fluida. Não é mais possível falar-se em apenas um interesse público, mas sim em uma pluralidade de interesses coletivos dotados de legitimação, o que torna inaplicável a concepção do regime jurídico-administrativo tal como acima formulado, eis que não será nunca possível compreender, com exatidão, qual será o interesse público supremo aos demais interesses coletivos dotados de legitimidade a legitimar a atuação autoritária da Administração Pública. Não há interesse público definível a priori que permita falar em supremacia aos interesses particulares. (SCHIRATO, 2010, p. 15).*

Um dos objetivos assumidos pelo autor é desenvolver alternativas para a superação e afastamento de situações como hipertrofia reguladora do Direito Administrativo, comprometimento da transparência, da lógica e coerência da matéria, observadas ao longo do último século.

Propõe, em substituição ao modelo liberal e superado da divisão de poderes, o conceito de esferas de responsabilidade, as quais assumiriam um aspecto dinâmico manifesto na cooperação entre Administração e sociedade e na aproximação entre o Direito administrativo e a ciência da administração, como fenômenos típicos da Administração da informação.

Referida concepção, aliás, parte do pressuposto de que “*La información es elemento de la economía y forma parte de los bienes del saber. Amplía las posibilidades de acción y las esferas de libertad (...). Las nuevas técnicas de información han conducido a un cambio del modelo de conducta habitual y de las estructuras de decisión.*”(ASSMANN, 2003, P. 288).

## Codificação no processo administrativo: uma tendência?

Ainda com relação à Administração da informação, ou Direito da informação, esclarece ASSMANN:

*El Derecho administrativo no puede prescindir del papel central que juega “la información como objeto de prestación o procura estatal”. (...) el Derecho administrativo de la información debe desarrollar el modelo de un régimen público de la información e integrarlo en su teoría general, de tal manera que las otras partes del Derecho administrativo puedan construirse desde esa base. Aquí, como en cualquier otra situación, el Derecho administrativo tiene que garantizar tanto el control como la eficacia de la acción administrativa. No es suficiente, por tanto, un Derecho de la protección de datos en sentido estricto, sino una concepción amplia del Derecho de la información, que haga posible el cumplimiento ordenado de las tareas y responsabilidades que incumben al Estado en este ámbito. En este sentido deben incluirse las experiencias y modelos de regulación del Derecho de las telecomunicaciones e medios de comunicación, así como del Derecho de la ciencia.*

*Una ordenación de la información tiene trascendencia en su totalidad para la formación de los sistemas jurídico-administrativos desde dos perspectivas: por una parte, la información y la comunicación son elementos e procesos que son presupuesto de los dogmas básicos del Derecho administrativo, y consecuentemente deben ser tenidos en consideración en la configuración de la relación ciudadano-Estado y en la fijación del marco de la organización. Al construir el sistema no se debe partir únicamente de las decisiones que adopta el ejecutivo en fases procedimentales avanzadas, sino también, y antes, de los procesos de obtención y uso de la información. La otra perspectiva se refiere a la elaboración de las específicas exigencias de protección y de eficacia que se derivan de las nuevas técnicas de la información. Estas exigencias pueden ser incorporadas en los ámbitos materialmente más próximos del sistema, por ejemplo, en el Derecho procedimental o de daños. (2003, p. 289-290).*

Nesse cenário, aponta três funções fundamentais do pensamento sistemático do Direito administrativo: 1. prática, de auxílio ao Judiciário e à própria Administração, com a evidenciação de um arcabouço básico determinante de soluções standardizadas, desenvolvidas a partir de uma base sólida, comum e previamente conhecida (e invocado ainda que por contraste); 2. dogmática, determinante de uma relação de orientação e interação entre parte geral e especiais; 3. política, na medida em que limita a atuação criativa da Administração, que necessariamente deve seguir uma coerência, uma consonância com o sistema em geral.

A partir daí, traz interessantíssimas ponderações a respeito das partes geral e especiais do Direito administrativo (representadas, dentre outros, pelo Direito ambiental, energético e urbanístico) e sua constante inter-relação.

Refere-se à constante possibilidade de *aggiornamento* da parte geral, para cuja interpretação pode-se sempre recorrer às normas especiais, as quais constituiriam, nas palavras do autor, um verdadeiro “*armazém de remédios e soluções, ao mesmo tempo em que*



## Codificação no processo administrativo: uma tendência?

*atuam como espelho refletor das necessidades do ordenamento em cada momento histórico*<sup>14</sup>.

A teoria geral seria, assim, a sede da sistematização e do pensamento sistemático – e que deve recorrer, habitualmente, às fontes específicas de referência estratégicas.

O enfoque trazido denota uma visão moderna, influenciada e influenciável da atual realidade sócio-jurídica alemã e europeia – que, conforme bem adverte o autor, não se pode pretender simplesmente transplantar para o cenário brasileiro, sem maiores critérios ou cuidados adaptativos.

De se considerar, nesse ponto, as reflexões específicas do processo administrativo, cuja disciplina se relaciona constantemente com o todo, na medida em que

*debe estructurar los fenómenos de la vida social mediante su división analítica y la introducción de distinciones que les den forma. Sin embargo, el procedimiento se caracteriza por que sus distintos elementos y esquemas solo pueden actuar de manera conjunta. Toda la doctrina jurídica del procedimiento debe estar marcada por ese pensar en el conjunto.* (ASSMANN, 2003, p. 372).

Na opinião do autor, seis seriam os fins do processo administrativo: 1. a tutela de interesses concretos; 2. proporcionar à Administração bases seguras para a tomada de decisões; 3. a consideração de direitos titularizados por um grupo de sujeitos; 4. promover a informação da opinião pública e estimular sua participação; 5. simplificar a atuação administrativa, por meio da criação de rotinas; 6. possibilitar a assunção de compromissos e acordos entre diversas autoridades administrativas.

No que tange aos elementos estruturais, ter-se-ia, primeiramente, as suas diferentes fases, voltadas à ordenação do fluxo da informação, com o estabelecimento de regras de preclusão, e que devem sempre levar em consideração o todo sistemático.

Realmente, nas palavras do mestre ora considerado,

*Esas fases ponen de manifiesto que los distintos procedimientos no pueden ser examinados de manera aislada ni considerar que han agotado todos sus efectos una vez que se han concluido. Existen distintas razones, como la inseguridad de los conocimientos disponibles cuando se manejan factores de riesgo, o la rápida evolución de la situación social y económica, en el campo de la Administración prestacional y del Derecho económico, que exigen que cada procedimiento disponga de un margen de flexibilidad. En consecuencia, los procedimientos deben servir, no solo para cumplir sus funciones tradicionales, sino también para facilitar la capacidad de aprendizaje de la Administración y para dar un impulso a la innovación.* (ASSMANN, 2003, p. 375).

O segundo elemento seria representado pela relação jurídica procedimental, a qual assume importância ainda mais expressiva nas situações que envolvam enfrentamentos multilaterais de interesses, cuja ponderação e ordenação se dêem por meio de decisões administrativas de grande complexidade.

---

<sup>14</sup> Tradução nossa. 2003, p. 11.

## Codificação no processo administrativo: uma tendência?

Seriam as hipóteses em que, para além dos interesses público (como compreendido tradicionalmente) e particular, persegue-se a ponderação, a conjugação, na medida do possível, entre muitos outros, todos igualmente relevantes e cuja composição se busca a partir da denominada arena de participação a que se refere Cassese<sup>15</sup>.

Nesse sentido:

*(...) es indudable que la forma en que se configuren estos procedimientos tiene una importancia capital si se quiere que el Derecho administrativo este a la altura de un Estado democrático de Derecho. En estos casos se tramita un procedimiento para que la defensa de los intereses afectados, así como su confrontación y consideración, sean transparentes, y para que estén representados adecuadamente todos los intereses. Entre los sujetos que son parte en estos procedimientos y que contribuyen al proceso de confrontación entre los distintos intereses en presencia hay que contar a expertos, asociaciones, grupos de interés y a la propia opinión pública. En la doctrina comparada este tipo de procedimiento, definido por su carácter político, se opone al procedimiento jurisdiccional. (ASSMANN, 2003, p. 362).*

A opinião pública, assim, também desponta como elemento do processo administrativo, em decorrência da participação popular.

Tal inclusão, porém, não passa ao largo de críticas e preocupações, consubstanciadas por meio do temor de um possível comprometimento do ritmo e andamento processual (o qual poderia ser contornado, por exemplo, por meio da contemplação de mecanismos de ordenação, como a criação de uma fase prévia de solução de conflitos) e da polarização dessa participação, com o privilégio de direitos titularizados por grupos melhor mobilizados em detrimento de outros, menos organizados.

Consideradas essas premissas colocadas pelo autor, cumpre-nos avançar em seu pensamento em direção à questão do processo administrativo geral sob o ponto de vista de sua relação, de seu diálogo com outros procedimentos específicos, em consideração ao fenômeno da sistematização defendido.

No que tange à sua relação com o processo judicial, o autor traz à baila dois princípios fundamentais: o da separação e o da relação funcional entre ambos.

Invocamos, uma vez mais, suas esclarecedoras palavras:

---

<sup>15</sup> “Deu-se ao novo paradigma (talvez seja melhor dizer aos novos paradigmas) o nome provisório de “arena pública”. Essa expressão é utilizada em um sentido genérico, advindo da ciência política anglo-saxã, segundo a qual “arena pública” é o espaço em que se desenvolvem a atividade pública e o intercâmbio entre Estado e sociedade. Por outro lado, trata-se de uma expressão muito próxima à de esfera pública, de origem habermasiana, que indica o espaço social onde se desenvolvem diálogos e conflitos e que serve para transferir a demanda social para o corpo político. “Arena pública”, no sentido de “espaço”, não prejudica as posições dos sujeitos que nela atuam – segundo o paradigma tradicional, o Estado no alto, os cidadãos embaixo-, não estabelece definitivamente as relações que ali se estabelecem – de oposição, segundo o paradigma tradicional-, não vincula a ação dos sujeitos a um tipo – como o da discricionariedade, válido para a administração pública, e o da liberdade, aplicável ao sujeito privado, segundo o paradigma tradicional. Permite, ao contrário, intercambialidade dos papéis, modificação das relações, comércio das regras e dos princípios ordenatórios.” (2010, p. 89-90).

## Codificação no processo administrativo: uma tendência?

*De acuerdo con el principio de separación, ambos procedimientos son diferentes en cuanto a sus funciones, al papel que desempeñan las partes y a su regulación jurídica, pero sobre todo por lo que respecta a la posición de sujeto responsable del procedimiento: en el procedimiento administrativo, la Administración está siempre circulada a los intereses públicos (al interés público sectorial de que se trate en cada caso) y nunca es neutral, ni siquiera en los procedimientos en los que se enfrentan una pluralidad de intereses privados y le corresponde en cierto modo una función de resolución del conflicto. En cambio, el Tribunal solo debe perseguir la tutela del ordenamiento jurídico. Incluso cuando su función se reduce a un control objetivo de la acción administrativa, no le corresponde lograr la satisfacción del interés público sectorial de que se trate en cada caso. La acción administrativa y su control se mueven en planos diferentes y tienen perspectivas que no deben confundirse. (2003, p. 381).*

A relação funcional entre os processos de ambas as espécies, por sua vez, decorreria da potencialidade de os processos administrativos atuarem como uma instância prévia de solução de conflitos, como mecanismo de triagem daqueles que deverão ser efetivamente conduzidos ao Judiciário - o qual sofreria os efeitos benéficos, assim, de um notável controle de entrada, com seu consequente “desafogamento”.

De se observar, nesse ponto, a divergência entre os ordenamentos brasileiro e alemão, onde é facultada à lei a criação de hipóteses consagradoras da coisa julgada administrativa, a sua possibilidade de manifestação em caráter definitivo e irrevogável – resguardadas, aí, as discussões que envolvam direitos individuais.

Tem-se, assim, que o fenômeno processual administrativo deve ser levado em conta a partir de uma visão contextual holística e que prestigie, a todo o tempo, os aspectos de fundo – tanto sociais quanto jurídicas – envolvidos.

O isolamento desse aspecto do Direito administrativo, assim como de suas subespécies, findaria por comprometer de forma absolutamente inadmissível os desideratos fundamentais do Estado pós-moderno, os quais podem ser referidos, exemplificativamente, como a isonomia, a garantia do contraditório, a razoável duração do processo, a eficiência e eficácia da atuação administrativa, a publicidade (inclusive na sua faceta qualificada da transparência<sup>16</sup>), a legitimidade<sup>17</sup>, a democracia e participação popular, dentre outros.

---

<sup>16</sup> “O princípio da transparência é instrumental para a realização dos princípios da participação e da impessoalidade, na medida em que permite a efetiva aplicação dos dois tipos de controles da Administração Pública: estatais, efetuados por si própria e pelos demais Poderes, e sociais, pelos cidadãos e pelas entidades da sociedade civil. (...) Como decorrente proveito, a transparência substituiria com vantagem o formalismo, enquanto exacerbação da formalidade, como tão bem observou Agustín Gordillo exatamente a propósito do estudo das licitações na Argentina, propiciando uma ampliada aplicação da sanatória pra superar meras irregularidades, que geralmente importariam em declarações de nulidade em arrastados processos administrativos e judiciais para alcançar-se em resultado definitivo, com prejuízo, em última análise não só para a Administração como para todos os administrados.” (MOREIRA NETO, 2007, p. 25-26)

<sup>17</sup> Conforme assevera LONGO, “La legitimidad de la Administración pública se vincula crecientemente a sus resultados, lo que obliga a que relaciones basadas en la distancia y en la consecución de prioridades diferentes deben articularse de forma distinta a la tradicional. La función pública, sin perder la independencia e

## Codificação no processo administrativo: uma tendência?

Mais que na questão da conveniência/imperiosidade de codificação do processo administrativo, cabe-nos envidar todos os esforços e mecanismos disponíveis no sentido de promover a sua efetiva compreensão – e aplicação – sistemática, em uma postura que transcende a questão prático-formal-organizacional e alcança a própria essência, funções e eficácia dessa tão importante faceta do Direito administrativo.

Em outras palavras, não obstante acreditemos que a codificação do processo administrativo se apresente como uma tendência na busca da praticidade e da tranquilidade na efetivação do ordenamento jurídico nos dias atuais, posicionamo-nos pela necessidade de a ordenação – e fixação de seus parâmetros e técnicas de aplicação – transcenderem essa questão, alcançando pontos essenciais como o que ora se apresenta, qual seja, necessidade de uma compreensão e implementação sistemática do fenômeno jurídico, que leve em conta o contexto respectivo como forma de prestígio aos princípios do Estado de direito, da democracia e da centralidade dos direitos fundamentais.

Essa se apresenta como uma forma possível de aperfeiçoamento da qualidade das decisões adotadas a partir do mecanismo do processo administrativo:

*El procedimiento administrativo actual no se centra sólo ni exclusivamente en posibilitar el control posterior, ante una segunda instancia, de las decisiones administrativas una vez adoptadas. Se trata, más bien de condicionar a priori el modo en que se toman las decisiones administrativas. Lo que se intenta es que la Administración prepare con cuidado sus decisiones. (...) Es cierto que los procedimientos son una parte de la acción administrativa encuanto sistema, y que los fines que persiguen deben enmarcarse dentro de ese sistema. (ASSMANN, 2003, p. 361).*

Em termos de tendência, aliás, vale trazer à baila a experiência da União Europeia, cujo Direito administrativo vem passando por diversas e radicais alterações, em decorrência da própria interação entre os ordenamentos locais dos diversos Estados-membros e a normas comunitárias.

### **2. Um breve panorama europeu**

O exercício interpretativo – e integrativo – é, no âmbito da União Europeia e do Direito comunitário, como até intuitivamente se depreende, deveras mais complexo e desafiador.

A noção de sistema alcança limites extremos, vez que o contexto de aplicação do Direito se apresenta de uma forma multiplanos, com multiplicidade de regras, ordenamentos, valores e interesses que devem, de alguma forma, ser compatibilizados, ou ponderados.

Nesse cenário, a própria ideia de codificação é incisivamente adotada.

## Codificação no processo administrativo: uma tendência?

Como bem observa o autor,

*En las últimas tres décadas, la evolución del Derecho administrativo en Alemania se ha caracterizado por una fuerte orientación hacia el procedimiento. Distintas ideas, como la de que el modo de administrar propio de nuestro tiempo es un “conversar con el ciudadano”, o la “Administración cooperativa”, o el engranaje entre la dirección ejercida desde el Estado y la iniciativa y libertad desde la sociedad, conducen a una procedimentalización del Derecho administrativo. La evolución vivida en Europa manifiesta la misma tendencia: el due process of law es un presupuesto básico de la consciencia jurídica común europea. Las recomendaciones del Consejo de Europa en materia de Derecho administrativo se refieren normalmente a cuestiones procedimentales. El Derecho comunitario ha establecido también determinados criterios para el procedimiento administrativo. A largo plazo puede decirse que, de todos los sectores des Derecho administrativo, el del procedimiento es el que más se presta a una codificación a nivel comunitario. (ASSMANN, 2003, p. 362-363).*

Em se tratando de União europeia, aliás, o processo administrativo é o setor jurídico mais afetado, que mais dialoga com o Direito comunitário:

*La autonomía de la legislación nacional de procedimiento administrativo, que es laque, en principio, ha de aplicarse, se encuentra cada vez más afectada como consecuencia de la incidencia de ciertos principios jurídicos de Derecho comunitario. (...) En términos generales, fuentes de Derecho, las formas de la actuación administrativa, los principios generales del Derecho, el procedimiento administrativo y, por último, el modelo de la protección jurisprudencial en el orden administrativo son materias que “han caído en el campo gravitatorio del Derecho administrativo comunitario. (ASSMANN, 2003, p. 43).*

Não se trata, porém, de uniformizar as diversas normas dos Estados-membros, mas sim de uma alteração conjunta de postura no que respeita à concepção tradicional do processo, em uma releitura quanto à proteção dos direitos individuais e à sua relação de acessoriedade para com o direito material.

Exemplo bastante ilustrativo é o que se deu quanto ao Direito ambiental, com a criação do denominado “Direito ambiental centrado no procedimento”, o qual somente se tornou viável a partir do surgimento de uma opinião pública bem informada e da consagração de tendências à privatização do procedimento (conforme se dá, por exemplo, com a obrigatoriedade do autocontrole ambiental por parte das empresas, as quais são verificadas por auditorias também privadas, ficando a atuação estatal relegada a um terceiro momento, referido por Assmann como “*controle do controle*”).

Trata-se do fenômeno referido como europeização, responsável pela “importação” de princípios, regras, diretivas, prioridades e normas em geral do ambiente comunitário para os diversos Estados membros<sup>18</sup>, e que se desenvolve em duas frentes básicas: na relação cidadão – Administração e na atuação do Executivo.

---

<sup>18</sup> Exemplo bastante ilustrativo desse fenômeno é o que se dá com as chamadas Diretivas, as quais promovem, mais que a unificação de legislações em setores específicos, a compatibilização de aspectos basilares, estruturais dos ordenamentos dos Estados como um todo. Representam critérios interpretativos, ao mesmo tempo em que parâmetros diretos de atuação das Administrações locais.

## Codificação no processo administrativo: uma tendência?

Com relação a esta última, de se notar, de plano, um redimensionamento da noção de separação de poderes, determinado pelo surgimento de novos elementos de equilíbrio, com a criação de novas limitações e parâmetros de atuação.

No que tange ao cidadão, percebe-se grande tendência de aproximação em direção às respectivas Administrações, inclusive por meio da publicidade:

*El Derecho comunitario avanza incluso un paso más en su consciente incorporación de la publicidad en el sistema de los controles de la Administración. Esto se ha manifestado en los últimos años en el ámbito del Derecho ambiental de forma especialmente clara. El Derecho toma partido y se preocupa por que la opinión pública sea informada y espera de ella que se interese (...). (ASSMANN,2003, p. 46).*

Vê-se, pois, que o cenário Europeu, além do que tange à disciplina processual administrativa, inclusive com a concepção sistemática do Direito – em geral e em especial, quanto ao Direito administrativo – se encontra em condição muitíssimo mais avançada que a nossa.

Tal fato decorre, dentre outros, do constante diálogo e intercâmbio de informações e experiências desenvolvidos entre os diversos Estados-membros e entre esses e as organizações supranacionais ao longo dos últimos anos.

O cenário social, cultural, econômico, jurídico e (inclusive) geográfico propiciam um cenário propício ao desenvolvimento e amadurecimento dessas novas técnicas e concepções, com resultados, até o momento, consideravelmente positivos.

### **Conclusões**

Tem-se, do exposto, que a visão científica compartimentada, isolada e excessivamente especializada não mais atende aos anseios e necessidades da sociedade atual.

O próprio fenômeno da globalização determinou o surgimento de situações de obrigatório diálogo, interação e mobilização conjunta de diversos Estados nacionais.

Os limites e barreiras – tanto geográficas quanto políticas, sociais, culturais, lingüísticas e de tempo – se apresentam cada vez mais relativizados, em um momento marcado por fortes tendências de união, participação, democratização e legitimação baseada nos diversos elementos sociais e políticos.

Tem-se, assim, a necessidade de, para além de questionamentos voltados à organização mais funcional do processo administrativo, desenvolvimento de reflexões voltadas ao incremento da eficiência, da eficácia das normas dessa espécie.

## Codificação no processo administrativo: uma tendência?

Não mais pode compreender o direito processual administrativo como mero instrumento voltado a aparelhar e viabilizar a defesa de interesses individuais do cidadão em face do Estado.

Imperiosa se faz a compreensão dos institutos e normas de direito processual como verdadeiros direitos fundamentais, desenvolvidos e utilizados com vistas à promoção do efetivo respeito do Estado aos seus cidadãos, titulares de direitos insuprimíveis e pilares de sustentação do próprio “poder”, da própria atividade representativa estatal<sup>19</sup>.

No mais uma vez impecável raciocínio de Assmann,

*Los derechos fundamentales no imponen un modelo de procedimiento donde lo principal sea una vasta dedicación de medios administrativos. La relevancia del procedimiento para los derechos fundamentales no sólo se plasma en derechos subjetivos procedimentales; la perspectiva iusfundamental también puede verse reflejada en cargas de actuación y plazos para los particulares, así como en normas sobre preclusión de los procedimientos. Lo dicho vale, sobre todo, para procedimientos referidos a relaciones administrativas multipolares, donde la necesaria atención a intereses diversos reclama una estructura procedimental especialmente clara. (2003, p. 77).*

O ponto fulcral nos dias de hoje se relaciona, portanto, à visão e dimensão que se outorga às normas processuais administrativas – e não simplesmente conveniência e oportunidade de sua organização por meio de um diploma específico, de um código ordenador de um ramo próprio da ciência.

Mais que a mobilização para organização separatista e exclusiva, tendente ao insulamento e ao à parte, cumpre-nos a constante busca pela integração, pelo diálogo, pela interação – tanto no processo administrativo como na própria esfera sócio-política e cultural.

## **REFERÊNCIAS**

ASSMANN, John Eberhard Schmidt. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Trad. VÁZQUEZ, Javier Bernés, SAGGESE, mariano Bacigalupo, SANTIAGO, José María Rodríguez de Santiago, LUENGO, Javier García, CABALLERO, Francisco Velasco, RUIZ, Blanca Rodríguez, MARTÍN, Germán Valencia, LORA, Alejandro Huergo Lora, MACHO, Ricardo García. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo. Direitos fundamentais, democracia a constitucionalização**. São Paulo: Renovar, 2006).

---

<sup>19</sup> Conforme bem ilustra o artigo 1º, §1º da Constituição Federal do Brasil, *Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos dessa Constituição*.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. Trad. NOGUEIRA, Marco Aurélio. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constitucionalismo e geologia da good governance**. In: \_\_\_\_\_. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 325-334.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. MOREIRA, Ilse Paschoal e ORTALE, Fernanda Landucci (trad.). Campinas, São Paulo: Saberes Editora, 2010.

HIGA, Alberto Shinji. **Terceiro setor: da responsabilidade civil do Estado e do agente fomentado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LONGO, Francisco. **La gestión pública como discurso de valores**. In: \_\_\_\_\_. YSA, Tamyko (Eds). **Los escenarios de la gestión pública del siglo XXI**. Barcelona: Bellaterra, 2008, p. 281-317.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 195-226.

MARTINS, Humberto Falcão. **Gestão de recursos públicos: orientação para resultados e accountability**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, setembro/outubro/novembro 2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-3-SETEMBRO-2005-HUMBERTO%20MARTINS.pdf>. Acesso em 11/06/2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. 2ª edição. São Paulo: RT, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Administração Pública: do ato ao processo**. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.



## Codificação no processo administrativo: uma tendência?

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2ª edição rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito administrativo**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **O contrato de gestão na administração pública brasileira**. 2005. Tese (Doutorado) – USP, São Paulo, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia**. In MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (organ.). **Atuais rumos do processo administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.