



BUROCRACIA, PROCEDIMENTALIZAÇÃO E PROCESSUALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

*Carlos César Sousa Cintra**

*Daniel Mota Gutierrez**

Resumo

O presente escrito examina alguns aspectos revelados pela denominada “administração pública burocrática” para, em seguida, evidenciar a importância que os procedimentos e processos, desde que adotados na medida certa, exercem no encaminhamento de questões por parte dos administrados perante o Estado. Analisa-se a relação entre a (in)eficiência da Administração Pública e a burocracia, por intermédio da releitura dos esquemas procedimentais próprios da teoria da burocracia weberiana, em uma perspectiva que resguarde a imprescindível segurança jurídica que deve nortear a atuação estatal. A investigação compreende, ainda, a delimitação do sentido e alcance jurídico da “procedimentalização” e da “processualização” no âmbito da Administração Pública burocrática à luz da vigente Constituição Federal.

Título Palavras-chave

Burocracia. Procedimentalização. Processualização.

BUREAUCRACY, PROCEDURE AND PROCESSING IN BRAZILIAN LAW

Abstract title

This paper examines some aspects revealed by the so-called “bureaucratic public administration” and then highlights the importance that the procedures and processes, if adopted in the right way, have in the referral of questions by administrators against the State. The relationship between the (in) efficiency of the public administration and the bureaucracy is analyzed through the re-reading of the procedural schemes proper to the Weberian bureaucracy theory, in a perspective that safeguards the indispensable legal certainty that should guide the state performance. The investigation also includes the constitutional delimitation of the legal meaning and scope of “proceduralisation” and “processualization” within the scope of bureaucratic public administration.

Key Words title

Bureaucracy. Procedurealization. Processualization

*Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (1995), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Atualmente é professor adjunto da Universidade Federal do Ceará e sócio - Cintra Mourão Advogados Associados. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, atuando principalmente nos seguintes temas: tributos federais, direito tributário, tributos estaduais, princípios tributários e processo administrativo tributário.

*Possui mestrado em Programa de Pós-Graduação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2014). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional processual, processo coletivo e transação.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Não é de hoje que constitui verdadeiro “lugar comum” associar o termo plurissignificativo “burocracia”¹ a tudo o que obsta a obtenção de soluções ágeis e eficientes.² Nesse sentido, alguns dicionários definem burocracia do seguinte modo: a) “série de procedimentos que tornam morosos os serviços prestados pelos órgãos públicos ou privados”³; b) “morosidade ou complicação no desempenho de serviço administrativo”⁴; e c) “tramitação demorada de papéis, em repartições públicas ou em organizações de outro tipo. Administração com excesso de formalidades”⁵.

Ao apresentar-se como noção portadora de uma expressiva conotação emocional negativa, costuma-se empregar o vocábulo em questão quase que exclusivamente com sentido pejorativo, enquanto causa última do mau funcionamento do aparato estatal.

Assim, o apego dos agentes a regras de conduta, expedientes, rotinas e controles acarreta uma inaceitável lentidão, traço negativo este gerado pelos modelos burocráticos, que desse modo mais atrapalhariam do que favoreceriam o bom desempenho da Administração Pública. Entre outros atributos negativos, ineficiência e lentidão estariam sempre associadas à idéia de burocracia.

Porém, constata-se que o problema não reside na existência de organizações estruturadas segundo um modelo burocrático. Na verdade, o defeito provém dos excessos desnecessários postos em prática por determinados sujeitos integrantes na máquina estatal, anomalias estas que tornam evidentes perturbações da burocracia.

De seu turno, a existência de procedimentos, prestigiando a participação dos administrados, é algo que tem o condão de concorrer para o oferecimento de soluções que atendam às expectativas axiológicas hospedadas pela vigente ordem constitucional⁶.

O presente escrito pretende inicialmente examinar alguns aspectos revelados pela denominada “administração pública burocrática” para, em seguida, evidenciar a importância que os procedimentos e processos, desde que adotados na medida certa, exercem no encaminhamento de questões por parte dos administrados perante o Estado.

Nesse sentido, pretende-se examinar a relação entre a (in)eficiência da Administração Pública e a burocracia, por intermédio da releitura dos esquemas procedimen-

¹ “Burocracia” é um termo composto pelo francês *bureau* (escritório) e pelo grego *krátos* (poder ou regra), significando o exercício do poder por funcionários de escritórios.

² Nesse sentido, Owen Fiss destaca que “burocracia” é “um termo frequentemente usado com conotações pejorativas, em razão das patologias ou disfunções ligadas às organizações complexas...”. evidenciando, inclusive, que “a história do século XX é, de maneira geral, a história da burocratização”. afirmativa esta que demonstra o relevo da presente temática. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição. Constituição e Sociedade*, coord. da tradução Carlos Alberto de Salles, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 166.

³ AULETE, Caldas. *Minidicionário contemporâneo da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2004, p. 120-121.

⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *O minidicionário da língua portuguesa*, 5. ED., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 2001, p. 120.

⁵ BUENO, Silveira. *Dicionário escolar*. 3. ed., São Paulo, Ediouro, 2004, p. 103.

⁶ Para Edson Fábio Garutti Moreira, somente por meio da burocracia “é que os princípios humanistas e os direitos humanos podem, ou não, ser garantidos”. *Humanismo de Maritan e a burocracia*, São Paulo, Edições Loyola, 2011, p. 21.

tais próprios da teoria da burocracia weberiana, em uma perspectiva que resguarde a imprescindível segurança jurídica que deve nortear a atuação estatal.

A investigação acima compreende, ainda, a delimitação do sentido e alcance jurídico da “procedimentalização” e da “processualização” no âmbito da Administração Pública burocrática à luz da vigente Constituição Federal.

1. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA: PRINCIPAIS ASPECTOS

Segundo a proposta aqui encampada, a burocracia, verdadeiro fenômeno indissociável à noção de poder, que se mostra indispensável qualquer que seja o tipo de Estado⁷, constitui um modelo de organização arrimada na racionalidade – adequação dos meios aos objetivos colimados – que visa assegurar o mais elevado grau de eficiência possível no concernente ao atingimento de tais fins⁸.

Por sua vez, os modelos burocráticos, que constituem lídima prática da administração estatal, são marcados pela presença dos seguintes elementos: a) caráter legal das normas; b) caráter formal das comunicações; c) divisão do trabalho; d) impessoalidade no relacionamento; e) hierarquização da autoridade, rotinas e procedimentos; f) competência técnica e mérito; g) especialização da Administração; e h) profissionalização e previsibilidade do funcionamento⁹. Nota de rodapé 10 sem texto. Suprimir ou indicar referência..

Em súpula: a administração pública designada de burocrática possui como apalngios a racionalização dos processos administrativos (I) e a profissionalização dos processos e do quadro do funcionalismo (II).

Por outro lado, cumpre ressaltar que devem ser reconhecidas limitações à administração burocrática, mormente por ela ser suscetível a exageros – quantidade de procedimentos e controles, *ad exemplum* – cujas indesejadas conseqüências ocasionam os mais variados tipos de disfunções, a começar pelo manifesto comprometimento de um dos pressupostos em que ela se escora, a saber: a eficiência¹⁰.

Logo, impõe-se a realização de uma releitura dos esquemas procedimentais próprios da teoria da burocracia weberiana. Mas essa revisão de conceitos não deve resultar em prejuízo na necessária segurança jurídica que deve timbrar a atuação estatal.

Em todo o caso, certo é que apesar de alardear-se que as últimas reformas administrativas introduziram entre nós um modelo gerencial, inegavelmente depara-se com a presença de métodos burocráticos nos domínios da Administração Pública.

O regime das licitações e concursos públicos, as desapropriações, a previsão de procedimentos específicos para apurar a prática de infrações e aplicação de sanções pelo Poder Executivo, são alguns exemplos de situações que consagram a burocracia

⁷ Cf. Zippelius. Reinhol. *Teoria geral do Estado*. Lisboa. Fund. Calouste Gulbenkian. 1971.

⁸ CHIAVENATO. Idalberto. *TGA – Teoria Geral da Administração*, 6. ed., Rio de Janeiro, Editora Elsevier, 2002. 11. reimp., p. 6.

⁹
¹⁰ Luis Carlos Bresser Pereira considera que “a administração burocrática é lenta. cara. auto-referida. pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos”. Da administração pública burocrática à gerencial, in *Revista do Serviço Público*, 47(1), janeiro-abril 1996, p. 3.

como modelo de organização utilizado para a tomada de decisões no âmbito do Estado.

É precisamente a partir daquela constatação que sobressaem os fenômenos da procedimentalização e processualização, como mecanismos que põe em destaque a participação dos administrados, e que se bem empregados podem evitar os efeitos danosos decorrentes de uma extremada burocratização.

2. SOPRO ETIMOLÓGICO: PROCEDIMENTALIZAÇÃO E PROCESSUALIZAÇÃO

Napoleão Mendes de Almeida assinala que “o nosso sufixo *izar* tem em inglês a forma correspondente *ize* para indicar a ‘ação de’, quando não tem o próprio nome com força verbal”¹¹ (grifos do autor).

É também daquele gramático a observação no sentido de que o afixo posposto “ação” acresce-se a tema verbal para designar ação ou resultado de ação¹².

A partir daquelas lições tem-se que o verbo “procedimentalizar”, cuja formação é oriunda da junção do sufixo verbal “izar” ao substantivo “procedimento”, possui o sentido de ação voltada à implementação de procedimento.

Por sua vez, “procedimentalização”, substantivo feminino, consiste exatamente na ação ou resultado da ação de procedimentalizar, isto é, implantar procedimentos.

De modo análogo, “processualizar” (verbo) significa dirigir ação voltada a implantar processo, e “processualização” (substantivo feminino) traduz o efeito propriamente dito decorrente daquele agir.

E quanto à “procedimentalidade” (procedimento + idade) e “processualidade” (processo + “idade”), eis aqui substantivos femininos indicando uma situação em que sobressai procedimento e processo, respectivamente.

Feitas tais anotações gramaticais, cuidar-se-á do ponto central que ora interessa: sentido e alcance jurídico da procedimentalização e processualização no âmbito da Administração Pública burocrática, e segundo o ambiente normativo suscitado pela ordem constitucional inaugurada pela vigente Carta Magna.

3. PROCEDIMENTALIZAÇÃO AMPLA

A vigente Magna Carta posicionou destacadamente o complexo seqüencial de atos (“procedimentos”) em todos os âmbitos de ação estatal (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário). A partir da nova ordem constitucional, o agir do Estado necessitará nortear-se por aquela perspectiva “procedimentalizante”.

A conexão do exercício das funções estatais com o procedimento mostra-se verdadeiro consectário da opção manifestada no princípio do “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, CF/88), que trouxe para as autoridades (membros do Poder Executivo, *in exemplis*) o inarredável dever de proporcionar uma maior participação dos cidadãos nos momentos em que o Estado atua.

¹¹ *Dicionário de questões vernáculas*. 4. ed.. São Paulo. Ática. 1998. p. 292.

¹² *Gramática metódica da língua portuguesa*, 42. ed., São Paulo, Saraiva, 1998, p. 394.

Acorda-se com J. J. Gomes Canotilho, que atribuindo ao procedimento (módulo seqüencial) a potencialidade de converter a Constituição em uma ordem jurídica dinâmica assevera:

“... a participação através do procedimento, além de ser um *meio de comunicação* ascendente e descendente entre governantes e cidadãos, é igualmente, uma *compensação* e uma *garantia* dos particulares e das comunidades (locais, regionais, grupais) perante as tarefas crescentes de conformação política e econômica levadas a efeito por uma burocracia e tecnocracia estaduais sem qualquer transparência democrática.”¹³ (grifos do autor)

Noutro giro verbal: a citada procedimentalidade introduzida pela vigente Constituição, que tem como *meta optata* favorecer a contenção do exercício “poder estatal”, impulsiona a postular por mudanças no distanciado relacionamento até então travado entre Estado e sociedade.

Tendo feito a escolha pelo regime democrático, os detentores do poder político não poderão ser renitentes em criar mecanismos que permitam uma maior inclusão dos cidadãos nos procedimentos decisórios advindos da atividade legislativa, administrativa e judicante, mediante um encurtamento da distância que separa governantes e governados¹⁴.

Defende-se, pois, que por meio da adoção apropriada daquele estilo de atuar, que vai ao encontro das expectativas axiológicas inseridas na Carta Magna, a própria contenção do poder estatal juntamente com a valorização dos direitos fundamentais restarão facilitadas¹⁵.

Entrevê-se nele a aptidão para fomentar, *in hypothesis*, a efetivação, por parte da sociedade, de um controle mais eficaz do agir estatal, já que a previsão de adequados procedimentos, onde os cidadãos tenham a real condição de influenciar qualitativamente nos resultados a serem obtidos, permitirá uma fiscalização antes, durante e depois da concretização das atividades do Estado¹⁶.

Jürgen Habermas, baseado em seus estudos sobre o agir comunicativo (teoria do discurso), edifica uma teoria do procedimento e do processo que segundo ele oportu-

¹³ *Direito constitucional*. 5. ed.. Coimbra. Almedina. 1992. p. 1036.

¹⁴ Gérson Marques de Lima enaltece o fato de a CF/88 ter assegurado o direito ao módulo seqüencial adequado, e diz que tal procedimento “é aquele que se mostra apto a por ele se exercerem as garantias processuais, no incremento da tutela buscada para a efetivação do interesse não satisfeito”. *Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva de eficácia dos direitos fundamentais)*, São Paulo, Malheiros. 2002. p. 87-88.

¹⁵ Adriana da Costa Ricardo Schier afirma que “através da procedimentalização da esfera administrativa, o direito de participação poder ser exercido tanto na dimensão em que concretiza o princípio do Estado de Direito (na medida em que possibilita o controle de legalidade dos atos administrativos) como na perspectiva que viabiliza o princípio democrático, pois garante o direito à intervenção dos cidadãos na gestão pública”. *A participação popular na administração pública: o direito de reclamação*, Rio de Janeiro. Renovar. 2002. p. 98-99.

¹⁶ Acerca disso, J. J. Gomes Canotilho enfatiza que “a compreensão das decisões constitucionais como decisões justas (sejam elas decisões tomadas no exercício da função legislativa, da função administrativa ou da função jurisdicional) quanto ao ‘modo de decidir’ e quanto ao ‘produto final’, implica a idéia de vinculação constitucional de todas as actividades concretizadoras da Constituição nos vários momentos de desenvolvimento e não apenas no acto definitivo final”. *Direito constitucional*, 5. ed., Coimbra, Almedina, 1992, p. 1035.

nizaria melhor discutir a democracia¹⁷, bem como permitiria compreender, numa dimensão procedimentalista, a legitimidade e racionalidade do direito¹⁸.

Porém, em consonância com o que se assentou anteriormente, especulações em torno dessa proposta teórica deixarão de ser aqui realizadas em razão do eixo metodológico que marca esta pesquisa não permitir aprofundamento naquele rumo.

4. PROCESSUALIZAÇÃO ATÍPICA

Ao compulsar o texto da nossa Magna Carta constata-se que o constituinte originário dedicou especial atenção no que se refere à disciplina do modo como o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário deveriam conduzir-se no instante do exercício das suas funções típicas e atípicas.

Na verdade, além do tratamento diretamente relacionado como fenômenos envoltos por procedimento (módulos seqüenciais) ou procedimentos em contraditório (módulos seqüenciais dialéticos), é curioso perceber que principalmente o signo “processo” foi usado com significações as mais diversas, dentre as quais se destacam as seguintes:

módulo seqüencial dialético (“processo”) – art. 5º, incisos LIV, LV, LVI, LXXII, alínea “b”, LXXVIII / art. 41, inciso II / art. 51, inciso I / art. 53, §5º / art. 55, §4º / art. 86, §1º, inciso II e §2º / art. 95, p. único, inciso II / art. 103, §1º / art. 103-A, §1º / art. 103-B, §4º, incisos III e V / art. 107, §3º / art. 109, §5º / art. 115, §2º / art. 125, §6º / art. 130-A, §2º, inciso III e IV / art. 184, §3º, inciso I / art. 217, §2º / art. 247, p. único / art. 232, *caput*;

módulo seqüencial (“procedimento”) – art. 5º, inciso LIV¹⁹, art. 27, §4º / art. 37, inciso XXI / art. 59, *caput* / art. 84, inciso III / art. 85, p. único / art. 93, inciso IV / art. 96, inciso I, alínea “a” / art. 98, inciso II / art. 121, §2º / art. 166, §7º;

conjunto de papéis, documentos, petições etc, relativos a um assunto qualquer, que se encaminha a um órgão oficial – art. 26, §2º, ADCT;

conjunto de papéis e documentos referentes a um litígio (autos) – art. 93, inciso XV / art. 103-B, §1º, §4º e §5º, inciso VI / art. 129, §5º / art. 27, §6º, ADCT;

modo ou maneira de fazer alguma coisa – art. 170, inciso IV / art. 220;

realização contínua e prolongada de certa atividade – art. 44, §2º e 3º, ADCT;

método – art. 210, §2º; e

andamento, marcha, desenvolvimento – art. 215, §1º.

¹⁷ Cf. *Direito de democracia: entre facticidade e validade*, trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 158-160.

¹⁸ Cf. Três modelos normativos de democracia, trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira, in *Caderno da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 3, jan/iun. 1995, p. 111-112.

¹⁹ É indisputável que a cláusula *due process of law* interfere em fenômenos em que predominam esquemas procedimentais e esquemas processuais. Aqui basta evidenciar que, a despeito de o *nomen iuris*, à primeira vista insinuar uma projeção restrita à sucessão de atos estruturados em contraditório, na verdade aquele citado postulado informa as duas modalidades de módulos seqüenciais – “procedimentos” e “processos”.

É notório que o legislador constitucional nem sempre empregou o mencionado termo no estrito sentido técnico-jurídico. Mas não se pode contestar que houve da parte dele o esmero em estabelecer as bases jurídicas da atuação dinâmica do Estado, que por força do art. 1º, da CF/88, deve prestigiar a participação ativa dos interessados em tais movimentações estatais.

Noutras palavras: a ordem jurídica sobrevinda com a vigente Constituição criou condições para que cada vez mais fosse posta em prática aquela irrefragável tendência dirigida a implantar as fórmulas a que referimos antes (módulo seqüencial ou módulo seqüencial dialético) nas atuações do Executivo, Legislativo e Judiciário.

Diante daquele vivaz espírito procedimentalizante (sem contraditório ou com contraditório) patenteado na *Lex Magna*, passou-se a sustentar a existência de um esquema processual amplo ou “processualidade em sentido amplo”²⁰, que alcançaria todo e qualquer agir estatal.

De rigor, segundo as premissas adotadas neste escrito, seria mais apropriado cogitar de um esquema procedimental amplo. Isto porque pelo que se disse noutra parte, a atuação estatal com base em procedimentos (módulos seqüenciais) é que se alastrou, sendo que a aplicação de tal fórmula numa estrutura dialética (processo) é algo mais restrito, próprio de específicas situações.

Então, seria mais correto aludir à “procedimentalização ampla” (procedimentalidade) juntamente com uma “processualização atípica” (processualidade).

Aclara-se que a última locução (processualidade atípica) significa que a obrigatoriedade de permitir que os destinatários da atuação estatal tenham a mais ampla possibilidade de intervir, de modo simétrico e equilibrado (contraditório), em situações que dêem origem a atos ou resultados finais produtores de efeitos jurídicos, acontece em particulares manifestações de exercício atípico de função judicante pelo Executivo e Legislativo.

Admite-se que a nomenclatura sugerida (“processualidade ampla”), hoje amplamente conhecida de todos, quer manifestar a projeção de alguns princípios, de modo especial do contraditório e da ampla defesa, a casos concretos que até à CF/88 para muitos não sofriam qualquer influxo de tal postulado.

É naquele sentido que Odete Medauar sugestiona a presença de um “núcleo comum da processualidade” a partir de dados extraídos da própria experiência jurídica – módulo processual amplo esse que portaria, em síntese, os seguintes elementos fundamentais²¹:

a processualidade exprime o instante em que um dado fenômeno está acontecendo (dinamicidade);

a processualidade não se traduz na simples adição de atos isoladamente considerados (somatório de fases), voltada à obtenção de um certo resultado final, uma vez que o encadeamento dos atos ou atuações exige que cada ato precedente provoque a realização do ato posterior, tudo até o momento final;

²⁰ Medauar, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1993.

²¹ *Direito Administrativo Moderno*, 7. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, p. 178-179.

o sistema jurídico determina o encadeamento sucessivo dos atos como algo necessário e obrigatório;

apesar da correlação que há entre o processo e o ato final, o primeiro tem natureza instrumental quanto ao segundo;

a processualidade abarca todos os atos que imediata ou mediatamente sejam atados à edição do ato final;

a processualidade envolve a coadjuvação de alguns sujeitos ou órgãos; e

as pessoas atuantes no processo, e que mantêm vínculos entre si, são dotadas de direitos, deveres, ônus, poderes e faculdades (posições jurídicas ativas e passivas).

Se é salutar o intento de pinçar na CF/88 os aspectos mencionados acima, por outro lado não se mostra correto supor que a atuação estatal sempre seja realizada de acordo com a sucessão de atos em contraditório (“processo”).

À vista disso, assimila-se, com algumas reservas, a proposta que apregoa a existência de uma “processualidade ampla”, pelo menos no sentido aqui depreendido. Isto porque, apesar de acertadamente tal perspectiva teórica preordenar-se a demonstrar o desacerto da manutenção do processo nas amarras do Judiciário, em contrapartida ela peca pelo exagero de planejar estender a sistemática processual (série de atos em contraditório), indistintamente, a todas as formas de atuação do Estado.

Aqui novamente reafirma-se que somente ao exercitar (típica ou atipicamente) função judicante é que verdadeiramente torna-se possível cogitar da existência de fenômenos processuais *stricto sensu*, e, em consequência disso, subjugar tal agir a um regime jurídico peculiar, daí porque se opta por utilizar a expressão “processualidade atípica”.

5. Princiologia constitucional aplicável à atividade estatal, desenvolvida segundo módulos seqüenciais e módulos seqüenciais dialéticos

De modo objetivo, serão apresentados neste item os fundamentos que permitem compreender o regime jurídico-constitucional básico das atividades legislativa (atípica), administrativa (típica). Para tanto, somente se apontará os traços indispensáveis aos fins almejados por esta investigação.

5.1. O *due process of law* como sobreprincípio ordenador da atuação estatal

O exercício de função estatal deve sempre ocorrer segundo módulos seqüenciais (“procedimentos”). O mesmo não acontece com a instauração de módulos seqüenciais dialéticos (“processo”), que só tem vez quando o Estado deseja agir restringindo liberdades²² e bens²³, compreendidas tais palavras na acepção mais ampla.

A despeito da distinção indicada acima, advoga-se que toda atuação estatal tem de ocorrer em absoluta conformidade com o princípio jurídico do devido processo

²² Encontram-se nos direitos de liberdade os seguintes atributos: a) centram-se nas pessoas; b) representam modos de agir das pessoas; c) sua importância é função direta da importância da pessoa.

²³ No elenco do conceito de bens, ordinariamente, incluem-se os materiais (tangíveis), imateriais (ideais), presentes (existentes desde que são considerados) e futuros (certos).

legal²⁴, cujas raízes históricas remontam ao século XIII, e que decisivamente influenciou os contornos do direito inglês e americano²⁵.

Relativamente ao signo “devido”, a significação deste adjetivo no contexto normativo em que ele se encontra está umbilicalmente jungida aos anseios congênitos ao Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF/88), princípio estruturante de nossa ordem constitucional que reclama uma participação ativa dos cidadãos.

Por sua vez, adverte-se que o termo “processo”, integrante da expressão que nomina o referido primado constitucional, rapidamente disseminou-se nos diversos países que incorporaram tal cláusula em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Tendo em vista os pressupostos que orientam este trabalho, seria forçoso postular por um “devido procedimento legal”²⁶, garantia fundamental de onde emanariam outros direitos e garantias a serem acatados no momento das diversas formas de atuação do Estado (funções legislativa, administrativa e judicante)²⁷.

Contudo, efetuando as cabíveis elucidações, não se visualiza maiores problemas em continuar empregando aquela consagrada terminologia quando se estiver fazendo referência, por exemplo, aos procedimentos (módulos sequenciais) administrativo e legislativo desenvolvidos na esfera do Executivo. Aqui a locução deve ser compreendida significando “devidos procedimentos legislativos” e “devidos procedimentos administrativos”.

Vale, pois, a opinião de Carlos Ari Sundfeld, no sentido de que “pelo ângulo da garantia dos particulares enquanto sujeitos passivos da atuação estatal, o devido processo determina certas características inafastáveis dos processos legislativo, judicial e administrativo”²⁸.

Tido como precursor da regra *rule of law* (“supremacia do direito”) do sistema britânico, desde a sua concepção inicial, este verdadeiro sobreprincípio associou-se à idéia de submissão do poder público à lei, ao mesmo tempo em que primordialmente destinou-se a proteger direitos individuais contra ações estatais abusivas.

Lucia Valle Figueredo, ao sustentar que o devido processo legal requer o respeito da igualdade na lei (igualdade substancial) e perante a lei (igualdade formal), lembra ser inadmissível imaginar que “o texto constitucional empregasse a cláusula do

²⁴ Recorda Celso Ribeiro Bastos que “o princípio se caracteriza por sua excessiva abrangência, e quase que se confunde com o Estado de Direito. A partir da instauração deste, todos passaram a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio do Estado”. *Curso de direito constitucional*, 13. ed., São Paulo, Saraiva, 1990, p. 209.

²⁵ Sobre o desenvolvimento do *due process of law* tanto nos sistemas da *comon law* como nos do clássico direito romano-germânico, cf. Grinover, Ada Pellegrini, *As garantias constitucionais do direito de ação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973.

²⁶ Nelson Nery Junior reconhece que “o conceito de ‘devido processo’ foi-se modificando no tempo, sendo que doutrina e jurisprudência alargaram o âmbito de abrangência da cláusula de sorte a permitir interpretação elástica, o mais amplamente possível, em nome dos direitos fundamentais do cidadão”. *Princípios do processo civil na Constituição federal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 32.

²⁷ Gérson Marques de Lima, aludindo à necessidade de se fomentar a teoria geral dos procedimentos, diz que os direitos e garantias fundamentais inerentes à cláusula do *due process of law* deveriam “alcançar, também, os procedimentos em geral e os processos de âmbito privado” (grifos do autor). *Fundamentos constitucionais do processo (sob a perspectiva de eficácia dos direitos e garantias fundamentais)*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 64.

²⁸ *Fundamentos de direito público*, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 167.

devido processo legal apenas com seu aspecto formal, com o aspecto do século passado”²⁹.

Em nosso País, a absorção expressa somente aconteceu com o advento da CF/88, que elevou o direito ao devido processo legal à condição de autêntica garantia constitucional³⁰.

Relativamente à distinção entre direitos e garantias individuais, de uma maneira geral, perfilha-se o entendimento esposado por Jorge Miranda, a saber:

“Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias, e muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas, e inserem-se, directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias, só nelas se projectam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.”³¹ (grifos do autor)

Com efeito, por intermédio das solenidades – garantias³², que promanam da cláusula do *due process of law*, pretende-se ver assegurada a efetividade de direitos fundamentais contemplados na ordem jurídico-constitucional.

Aqui não se pode perder de vista que o *due process of law* ratifica o disposto no art. 5º, inciso II, da CF/88 (princípio da estrita legalidade), à medida que ele requer que eventual invasões das esferas subjetivas dos particulares somente aconteçam se houver autorização expressa de lei *stricto sensu*.

Porque se concebe o módulo seqüencial em contraditório (processo) como espécie do gênero próximo módulo seqüencial (procedimento), a principiologia jurídica informativa deste (*modus procedendi*) abarca os fenômenos ocorridos no seio daquele (processo).

Porém, a conclusão apontada acima dá ensejo a desdobramentos diversos, fato esse comprovado quando do exame da própria cláusula *due process of law* (eficácia incondicionada), que assumirá feições distintas segundo o ambiente circundante do agir estatal.

Assim, aquele postulado operativo (devido processo legal) desmembra-se em princípios específicos, alguns dos quais influenciarão o resultado final advindo da sucessão de atos onde o contraditório não se faz presente (isonomia, publicidade, motivação etc.), e outros que regerão aquilo que sucede no âmbito de “esquemas processuais” (ampla defesa, *in exemplis*).

²⁹ Estado de direito e devido processo legal. in *Revista TRF 3ª Revisão*. 1997. n. 32. p. 18.

³⁰ Afirma Paulo Bonavides que “existe garantia sempre em face de um interesse que demanda proteção e de um perigo que se deve conjurar”. *Curso de direito constitucional*, 6. ed., São Paulo, Malheiros, 1996. p. 481.

³¹ *Manual de direito constitucional*. Coimbra. Coimbra Editora. 1988. t. IV. p. 88-89.

³² Esclarece Maria Rosvnette Oliveira Lima que, no Brasil, o *due process of law* assume a condição de garantia uma vez que ele “também assegura, ao indivíduo, um certo procedimento como meio apto a minimizar o risco de decisões arbitrárias sobre os bens que visa tutelar, bem assim a proteção ao núcleo essencial dos direitos tutelados”. *O devido processo legal*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 18.

Outro aspecto digno de registro diz respeito à bi-dimensão revelada pela mencionada cláusula – *procedural due process of law* e *substantive due process of law*. É que hodiernamente não há mais espaço para pretender cindir aspectos processuais e materiais, que verdadeiramente apresentam-se com traços de complementariedade.

5.2. Protoprincípios regentes da ação estatal em módulos seqüenciais dialéticos: ampla defesa e contraditório

Corolários da garantia constitucional do *due process of law*, os princípios da ampla defesa e do contraditório têm aplicação onde quer que haja exercício de função estatal judicante, que obrigatoriamente estruturar-se-á conforme esquemas processuais em sentido estrito (módulo seqüencial dialético).

Saliente-se que será de medular importância o conteúdo desse entendimento, principalmente quando se estiver examinando específicas atividades colocadas em prática pelo Executivo no exercício típico de função administrativa, mediante singelos módulos seqüenciais – procedimentos administrativos, tais como:

- realização de fiscalização tributária *lato sensu*;
- respostas a consultas, pedidos de restituição e outros requerimentos; e
- análise de solicitação de inscrição em cadastro de contribuinte.

É que em tais situações não será adequado supor que a Administração Pública tenha de respeitar os primados do contraditório e da ampla defesa, o que não autorizará afastar por completo o administrado daquelas manifestações estatais, porque como se afirmou, a participação ativa dos interessados deve guiar todos os passos do Estado.

Quanto ao contraditório, ele se revela na multicitada estrutura dialética³³ que orienta módulos seqüenciais (procedimentos)³⁴ instaurados precipuamente na órbita do Poder Judiciário, mas que também qualificam certas atuações ocorridas no seio dos Poderes Executivo (processo administrativo disciplinar, *in exemplis*) e Legislativo (processo de *impeachment*, *verbi gratia*).

Além disso, tal como se asseverou, a possibilidade de as partes influenciarem simetricamente o conteúdo das decisões, por intermédio do confronto bilateral entre tese e antítese (diálogo), reclama a idéia de equilíbrio (*par condicio*³⁵), que deve igualmente singularizar a dialeticidade essencial ao contraditório³⁶.

³³ Sem ambições de esmiucar o tema, que é rico em polêmicas filosóficas (Aristóteles, Platão, Kant etc.), tem-se que para este trabalho a dialeticidade aludida traduz-se na síntese dos opostos (Fichte, Hegel etc.), que advém do seguinte método: afirmação de algo (tese); contraposição do que se afirmou (antítese); aceitação ou negação da afirmativa (tese) ou negativa oferecida (síntese). Cf. Villev. Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*, trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³⁴ Marcelo Lima Guerra enfatiza que “um módulo seqüencial é dotado de estrutura dialética – tornando-se, assim, uma espécie característica de módulos seqüenciais – quando na seqüência de atos em que se traduz tal módulo estão previstas (vale dizer, *asseguradas*) possibilidades simétricas de realização de atos, por ambos os destinatários do ato ou resultado final desse módulo, que sejam aptos a determinar o próprio conteúdo desse ato ou resultado final”. *O Conceito de processo como seqüência de atos em contraditório e a processualidade do ordenamento*, trabalho inédito, p. 2.

³⁵ Relacionada com o oferecimento de mesmas oportunidades e ferramentas jurídicas, essa paridade não assume contornos absolutos. A fim de que a *par condicio* se efetive é preciso que os sujeitos este-

Na verdade é a “igualdade de armas” que confere o aspecto dinâmico ao princípio do contraditório, de modo a proporcionar não uma igualdade meramente formal entre os envolvidos com a controvérsia, mas sim uma igualdade substancial.

Noutro dizer: apenas sendo garantido o indigitado equilíbrio é que os destinatários do resultado final da ação do Estado pautados pelos aduzidos esquemas processuais devem dispor da mesma possibilidade de interferir no teor de tal produto – norma individual e concreta (decisão)³⁷.

Então, afigura-se irrepreensível o comentário de Marcelo Lima Guerra:

“O conjunto das possibilidades de participação equilibrada dos sujeitos, cujas situações jurídicas podem vir a ser afetadas pelo ato final (‘destinatários’) elaborado segundo o módulo seqüencial, pode ser batizada, de acordo com uma longa tradição, de *contraditório*.”³⁸ (grifos do autor)

De seu turno, segundo a CF/88 o clássico direito fundamental da ampla defesa, lúdimo consectário do contraditório³⁹, não tem acepção *ratione materiae* encurtada. Por ela se garante a máxima possibilidade de contestação daquilo que figura no centro do debate processual.

O direito de ampla defesa, que permite a articulação dos argumentos, em nome dos seus interesses, desdobra-se na garantia de o destinatário do ato final do módulo seqüencial dialético (processo) poder trazer ao conhecimento do órgão decisor tudo aquilo que lhe parecer relevante para o deslinde do conflito.

Ademais, a necessária informação aos destinatários da decisão, a fim de que eles tenham plenas condições de reagir àquilo que se lhes apresente desfavorável, é imperativo proveniente do contraditório que permitirá o exercício da ampla defesa⁴⁰.

6. CONCLUSÕES

a) deve-se evitar considerar, aprioristicamente, o sistema burocrático como algo necessariamente prejudicial à coletividade;

b) a culpa da ineficiência da Administração Pública não é da burocracia, e sim da atuação exorbitante dos agentes públicos, que reverenciam, excessivamente, rigorismos inúteis;

iam diante de idêntica realidade, nas mesmas situações – possibilidade de interposição de recurso por quem foi derrotado. *verbi gratia*.

³⁶ Discorrendo sobre a necessidade de serem estabelecidas regras dialéticas para ser possível a solução da controvérsia, José Souto Maior Borges elucida que “sem a canônica de diálogo processual entre autor e réu, nenhum processo administrativo ou judicial. O princípio do contraditório é um instrumento civilizatório sem o qual regressaríamos à barbárie: iusticia com a próprias mãos, regra de Talião: olho por olho, dente por dente”. *O contraditório no processo judicial*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 60.

³⁷ Romeu Felipe Bacellar Filho admoesta que “o contraditório implica abandono da concepção carismática de processo (tarefa exclusiva do órgão estatal julgador), conduzindo à concepção democrática de processo (tarefa de todos os participantes)”. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 229.

³⁸ *O Conceito de processo como seqüência de atos em contraditório e a processualidade do ordenamento, trabalho inédito*, p. 3.

³⁹ Cf. Comoglio, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*, Padova, CEDAM, p. 140.

⁴⁰ Sergio La China destaca que “il principio del contraddittorio si articola, nelle sue manifestazioni tecniche, in due due aspetti o tempo essenziali: informazione, reazione”. *L’execuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Milano, A. Giuffrè, 1970, p. 394.

c) com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a sustentar a existência de um esquema processual amplo ou “processualidade em sentido amplo”, capaz de alcançar todo e qualquer agir estatal, contudo, e em consonância com as premissas do vertente estudo, é mais apropriado cogitar de um esquema procedimental amplo, na medida em que a atuação estatal com base em procedimentos (módulos seqüenciais) é que se alastrou, sendo que a aplicação de tal fórmula numa estrutura dialética (processo) é algo mais restrito, próprio de específicas situações;

além do tratamento diretamente relacionado como fenômenos envoltos por procedimento (módulos seqüenciais) ou procedimentos em contraditório (módulos seqüenciais dialéticos), percebe-se que o signo “processo”, de forma especial, foi utilizado com significações as mais diversas no âmbito da vigente Constituição Federal;

somente ao exercitar (típica ou atípicamente) a função judicante é que torna-se possível cogitar da existência de fenômenos processuais *stricto sensu*, e, em consequência disso, subjugar tal agir a um regime jurídico peculiar, razão pela qual se opta por utilizar a expressão “processualidade atípica”;

f) O exercício de função estatal, que deve dar-se em conformidade com o princípio do devido processo legal, ocorre segundo módulos seqüenciais (“procedimentos”), diferentemente do que acontece com a instauração de módulos seqüenciais dialéticos (“processo”), pois estes só tem vez quando o Estado deseja agir restringindo liberdades e bens, compreendidas tais palavras num alcance mais amplo.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 5. ed., Coimbra, Almedina, 1992, p. 1036.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, CEDAM.

FIGUEREDO, Lucia Valle. Estado de direito e devido processo legal, in *Revista TRF 3ª Região*, 1997, n. 32

HABERMAS, Jurgen. Três modelos normativos de democracia, trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira, in *Caderno da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, n. 3, jan/jun, 1995, p. 111-112.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 7. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *A processualidade no direito administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1988, t. IV

SUNFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 1997

