

DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E RESPONSABILIDADE DO ESTADO

ALICE GONZALEZ BORGES

Procuradora do Estado da Bahia (aposentada), Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador.

Sumário: 1. A duração razoável do processo administrativo como novo direito fundamental. O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República. 2. Tratamento da matéria no direito comparado. 3. A duração razoável do processo e a proteção dos direitos humanos. 4. Princípios constitucionais correlatos. 4.1. O devido processo legal. 4.2. O princípio da eficiência. 4.3. O princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Razoabilidade e celeridade do processo: distinção necessária. 6. Critérios para aferição da razoabilidade adotados pelo TEDH. 7. Medidas legislativas que vêm consagrando o direito constitucional na área administrativa. 8. O posicionamento da jurisprudência nacional. 9. O problema do retardamento das decisões finais dos processos administrativos. 10. Considerações finais.

1. A duração razoável do processo administrativo como novo direito fundamental. O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República.

Entre as diversas medidas tendentes a aperfeiçoar o direito constitucional de acesso à justiça, trazidas pela Emenda Constitucional nº45, de 8/12/04, foi introduzido no art. 5º, com o inciso LXXVIII, mais um direito fundamental, com o seguinte enunciado:

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

Alguns autores vêm encarando a inserção do novo direito fundamental como uma medida de natureza programática e até idealista, destinada apenas a reforçar direitos já existentes, mas que poderia deixar de existir sem prejuízo para ninguém.

A realidade vem demonstrando, entretanto, que, ao erigir à categoria de *direito fundamental* o direito à razoável duração do processo, na verdade o constituinte derivado veio abrir novos horizontes à defesa dos direitos dos cidadãos brasileiros, tanto na área judicial como na área administrativa, ensejando o surgimento de novas decisões e medidas que tornam tais direitos mais eficazes e lhes dão mais segurança.

O princípio tem aplicação tanto em relação ao processo judicial, perante o juiz ou tribunal integrante do Poder Judiciário em que se exerce o direito de ação ou o direito à prestação jurisdicional, como em relação ao processo administrativo, perante as autoridades competentes, no exercício do direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV), na defesa de direitos ou contra abusos do poder administrativo.

Como afirma MARCIO LUÍS DUTRA DE SOUZA,¹

“Este novo direito fundamental tem como destinatário o legislador, para que crie normas que visem assegurar a razoável duração do processo, e também os aplicadores do direito, como os juízes e os próprios agentes públicos, de modo geral, no sentido de dar maior eficácia à norma constitucional, conduzindo o processo da forma mais eficiente possível, e sem dilações indevidas”.

Estando inserido na enumeração do art.5º da Constituição como *direito fundamental*, é oportuno que se saliente:

-trata-se de um direito de natureza *individual e prestacional*, ao mesmo tempo;

-individual, ou de primeira dimensão, porque representa direito do indivíduo perante o Estado, dirigido a uma abstenção dos poderes públicos ante sua autonomia individual, considerado como direito negativo ou de defesa, de resistência ou oposição ao Estado, alinhando-se entre as demais garantias processuais do devido processo legal, do uso dos remédios heróicos, do direito de petição e outros;

-prestacional, ou de segunda dimensão, por seu caráter predominantemente positivo, através da exigência de comportamentos ativos do Estado;

-é de aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, como norma definidora de direitos e garantias fundamentais, independentemente sua eficácia de normas legislativas posteriores;

-ainda que não tivesse sido incluído na enumeração dos direitos

¹ SOUZA, Mario Dutra de, “Direito à razoável duração do processo administrativo”, in *Jus Navigandi*, Teresina, Ano 11, n.1460, de 1 jul.2007, disponível em <HTTP:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10056. Acesso em 30 .set.2009.

fundamentais que se contém nos incisos do art. 5º da Constituição, defluiria, nos termos do seu parágrafo 2º, da concepção aberta que abrange os direitos decorrentes de tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil faz parte (no caso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, datada de 22/11/69).²

2. Tratamento da matéria no direito comparado.

A consagração em nível constitucional do direito à razoável duração do processo é amplamente assegurada no direito comparado, mesmo porque é objeto de intensa preocupação universal nos tempos atuais.

Já a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades fundamentais, de 4/11/50, dispunha, no seu artigo 6º § 1º, que “*toda pessoa tem direito a igual e público processo, dentro de um termo razoável*”.

O artigo 111 da Constituição Italiana determina que “*a lei assegure duração razoável do processo*”.

A Constituição da Espanha, de 1978, assegura o mesmo princípio, em seu artigo 24, usando a expressão “*processo público sem dilações indevidas*”.

A Constituição do Canadá, de 1982, no seu artigo 11, letra b, reconhece “*a necessidade da prestação jurisdicional sem dilações indevidas, com a garantia do devido processo legal*”.

Também a Constituição Portuguesa, no artigo 20, 4 e 5, fala em “*decisão em prazo razoável*”, e no dever de o legislador “*assegurar aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos*”.

Nos Estados Unidos, a 6ª Emenda prevê a *special trial clause* (cláusula do julgamento célere).

Foi integrada no ordenamento jurídico brasileiro, através do Decreto 678, de 6/11/1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de São José da Costa Rica, datada de 22/11/69, que diz, em seu artigo 8º:

“Art.8º - Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal e de qualquer outra natureza.”

² Cf., a respeito, as colocações de SARLET, Ingo Wolfgang, “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, 5ª Ed., Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 2003, pp. 55 e seguintes.

Como veremos adiante, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos vem se ocupando particularmente com a *razoabilidade do tempo de duração do processo*, até estabelecendo critérios objetivos para sua devida definição, os quais têm servido de paradigma para vários tribunais constitucionais.

3. A duração razoável do processo e a proteção dos direitos humanos.

No ordenamento pátrio, pois, bem como em expressivos setores do direito comparado, a figura da “*duração razoável do processo*” se insere entre os chamados direitos humanos.

A esse respeito, comenta PAULO HOFFMAN³

“Pode parecer um pouco exagerada em primeira análise a definição do “direito à duração razoável do processo” como sendo questão atinente aos “direitos humanos”, principalmente se comparado ao “direito à vida”, à “integridade e liberdade pessoal”, à “liberdade de pensamento e expressão” ou ao “veto à escravidão e exploração humana”, que são sem dúvida de muito maior relevo e gravidade. Todavia, esses últimos, até por serem mais genéricos e conhecidos, normalmente são respeitados e possuem mecanismos próprios para evitá-los e coibi-los quando ocorrem, ao contrário da duração exagerada e absurda do processo, que é um problema e preocupação em todo o mundo, embora de forma mais violada e dificilmente equacionada.

“De fato, colocar-se em disputa o “direito à vida” em confronto com a duração do processo pode gerar a impressão de que esse último seria quase banal, mas não o é, de modo algum. Um processo judicial ou administrativo pode levar uma pessoa ou empresa à ruína financeira ou ao desespero total.

“Não nos referimos somente ao processo penal – este ainda mais grave, por envolver, além da liberdade do indivíduo, seu nome e sua família, – mas também ao civil, sem o qual o patrimônio e a tranqüilidade não podem ser considerados como um mero transtorno casual e inevitável.

“Um Estado democrático não pode abandonar seus cidadãos a um processo lento e viciado, pois não é raro que as vidas e o destino das pessoas estejam diretamente vinculados à solução de um determinado processo.....”

³ HOFFMAN, Paulo, “O direito à razoável duração do processo”, *in jus navigandi*, Teresina, ano 9, n. 782, 24.ag.2001, disponível em [HTTP://uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179](http://uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7179).

“Um processo que dura um dia a mais do que estritamente necessário não terá duração razoável e já será injusto”.

Em 2001, perante este mesmo Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, o de nº XV, já sustentávamos, após relatar um caso concreto objeto de nosso parecer como Procuradora do Estado, do carcereiro que, oito anos decorridos desde o implemento de idade para aposentadoria compulsória, ainda suplicava em vão perante os poderes públicos para que lhe proporcionassem o necessário descanso, já que, velho e doente, não agüentava mais trabalhar:

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

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

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

4. Princípios constitucionais correlatos. 4.1. O devido processo legal. 4.2. O princípio da eficiência. 4.3. O princípio da dignidade da pessoa humana.

4.1. O devido processo legal.

Quando o art. 5º, inciso LIV, da Constituição, dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, garantia estendida aos processos administrativos por força do seu inciso LV, abrange, como verdadeira “norma-mãe”, todos os direitos fundamentais atinentes ao processo, inclusive, como salienta o Min. CELSO DE MELLO na qualidade de Relator de recente julgado⁴, o direito, que lhe confere real efetividade, “a um julgamento público e cêtere, sem dilações indevidas”.

De nada adianta, por exemplo, ter-se realizado um processo administrativo formalmente perfeito, com observância de todos os requisitos legais, se, como

4 AC. do Supremo Tribunal Federal nos autos de Mandado de Segurança 26358 MC?DF, pub. Em 2/03/07.

frequentemente acontece, sua decisão final ficar aguardando indefinidamente a boa vontade, ou a falta de vontade, da autoridade competente para expedi-la.

4.2. O princípio da eficiência.

O princípio da duração razoável do processo se encontra estreitamente ligado a outro princípio constitucional preexistente, o da *eficiência*, em boa hora introduzido no *caput* do art. 37 da Constituição pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, e que também consta entre os princípios do processo administrativo no enunciado do art. 2.º da Lei nº 9784, de 29.01.99.

Nesse sentido, SERGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI⁵ resumem com precisão o que significa um processo administrativo eficiente:

“Aplicado ao processo administrativo, o princípio da eficiência exige que ele, no mínimo, chegue ao seu final, tenha uma decisão conclusiva, afirme ou negue um direito, solucione uma controvérsia. O que não pode ocorrer é a negativa ou a simples ausência de uma decisão final, para o que é importante não admitir delongas, protelações, descumprimento de prazos, omissão de providências ou o puro e simples engavetamento, para não se falar em extravio nem em subtração delituosa”

Conforme assinalaram os autores citados, a Lei 9.784/99 cuidou, para assegurar a eficiência e a efetividade do processo, de estabelecer prazos para diversas ações e meios específicos para o bom andamento da instrução, estabeleceu peremptoriamente o dever de decidir (art. 48) e estabeleceu prazos para a prática de atos decisórios.

4.3. O princípio da dignidade da pessoa humana.

Em nosso país, o ordenamento jurídico-constitucional expressamente entronizou a dignidade da pessoa humana como *fundamento do Estado Democrático de Direito*, núcleo gerador do qual emanam todos os outros direitos fundamentais, inclusive o da duração razoável do processo.

Com efeito, a indevida procrastinação, pelo poder público, da expedição de uma decisão administrativa de interesse do cidadão decorrente de processo devidamente instaurado; a desídia na condução dos processos, submetendo-os a delongas injustificadas; a reiterada desobediência ao cumprimento dos prazos fixados em lei, tudo isto cria no cidadão uma situação de insegurança, incerteza, de angústia, que sem dúvida fere sua própria sua dignidade como ser humano.

5 FERRAZ, Sergio e DALLARI, Adilson Abreu, “Processo Administrativo”, S.Paulo, Malheiros Editores, 2001, pp. 78.

5. Razoabilidade e celeridade do processo: distinção necessária.

Falou-se muito, até aqui, da celeridade dos processos administrativos como elemento necessário para a duração razoável do processo. É preciso, entretanto, não confundir as noções de celeridade e razoabilidade, já que ambas são referidas no texto constitucional em exame.

Sem dúvida, a fixação de prazos para a prática de cada ato processual, assegurando a agilização ordenada do procedimento, é útil e necessária, constituindo um primeiro passo para a duração razoável do processo, sem a eternização dos litígios.

Mas, no dizer sempre ponderado de JOSÉ AFONSO DA SILVA ⁶,

“Processo com razoável duração já não significa, necessariamente, um processo veloz, mas um processo que deve andar com certa rapidez, de modo que a partes tenham uma prestação jurisdicional em tempo hábil. Poder-se-ia dizer, portanto, que bastava o dispositivo garantir uma razoável duração do processo para que o acesso à Justiça não se traduzisse no tormento dos jurisdicionados em decorrência da morosidade da prestação jurisdicional, que não apenas é irrazoável, como profundamente irracional”.

Quer-se um processo administrativo de tramitação ágil e ordenada, mediante a fixação e o cumprimento de prazos para os atos processuais. Mas não se quer um processo tão veloz que venha a atropelar os direitos dos cidadãos, prejudicando a produção de provas, o respeito ao direito de defesa e o adequado contraditório.

6. Critérios para aferição da razoabilidade adotados pelo TEDH.

Evidentemente é difícil estabelecer um conceito de razoabilidade da duração do processo de maneira objetiva, em caráter geral e absoluto, pois se trata de conceito indeterminado.

Como já dissemos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem se preocupando com a matéria, adotando alguns critérios objetivos para aferição da razoabilidade do tempo de duração do processo, o qual vem servindo de paradigma para vários tribunais constitucionais.

⁶ SILVA, José Afonso da, “Comentário Contextual à Constituição”, S.Paulo, Malheiros Editores, 2006, pp.176.

Como observa MARCIO LUIZ DUTRA DOS SANTOS ⁷, tais critérios se podem aplicar em sua inteireza, por serem fruto de larga experiência, ao processo administrativo, com as *devidas* adaptações à realidade brasileira.

São três os principais critérios adotados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos para apreciação do tempo razoável de duração do processo, que devem ser apreciados em conjunto, sempre diante das circunstâncias de cada caso concreto, segundo JOSÉ ROGÉRIO LAURIA E TUCCI ⁸

- a) complexidade da causa;
- b) comportamento das partes e de seus procuradores, ou, no caso do processo administrativo, *comportamento dos administrados ou interessados no processo*;
- c) atuação do órgão jurisdicional, ou, no caso do processo administrativo, *atuação do agente público na condução do processo*.

Quanto à complexidade da causa, há a considerar a *complexidade dos fatos, a complexidade do direito e a complexidade do processo*. Verifica-se a complexidade dos fatos pela natureza da questão posta no processo, além das questões atinentes ao campo probatório. Há complexidade do direito quando existe dificuldade na interpretação das normas jurídicas incidentes sobre a questão. Há complexidade do processo quando existir um maior número de incidentes e demandas no procedimento, tais como interposição de muitos recursos, dificuldades na localização de testemunhas, intervenção de interessados no processo, etc. Há quem aponte, no caso, a necessidade, que às vezes se verifica na prática e que várias leis de processo administrativo autorizam, da realização de audiências públicas em face da relevância social do tema em questão.

O comportamento dos administrados se revela em certas formas no decorrer do procedimento, consubstanciando comportamentos abusivos, tais como o uso procrastinatório de recursos, o requerimento de provas desnecessárias, impertinentes ou ilícitas, e sua efetiva produção.

A atuação do agente público é de extrema importância em razão de incidir, no processo administrativo, o princípio da oficialidade, que é a faculdade concedida à Administração de instaurar de ofício o processo administrativo, com a impulsão, de ofício, do processo, praticando todos os atos tendentes à sua finalização.

Além das dilações organizativas decorrentes de fatores estruturais, como, por exemplo, excepcional sobrecarga de trabalho ou a realização de greves, há a considerar, como causa dos atrasos imputados à Administração Pública, as dilações funcionais.

⁷ Ob.cit., pp.9.

⁸ Tucci, José Rogério Cruz e, “Tempo e Processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)”, S.Paulo, editora Revista dos Tribunais, 1997, pp. 68, apud SANTOS, Marcio Luiz Dutra, ob.cit.

A respeito destas últimas, observa oportunamente MARCIO LUIZ DUTRA DA SILVA ⁹:

“Sobre a atuação do agente público (dilação funcional) é muito comum a inépcia na condução do processo, consubstanciada na prática de nulidades pelo agente público, em razão da desobediência à forma e aos procedimentos previstos em lei, além da violação de direitos constitucionalmente protegidos, como a ampla defesa. Tais condutas ensejam a nulidade do processo, a ser decretada pela própria autoridade administrativa, ou mesmo pelo poder judiciário, ensejando a instauração de novo procedimento, com observância das formalidades legais. A decretação de nulidade de um processo é tão prejudicial quanto a sua demora injustificada, pois o resultado é o mesmo, ou seja, a mora na tutela administrativa.”

7. Medidas legislativas que vêm consagrando o direito constitucional na área administrativa.

Como afirmamos inicialmente, o novo direito constitucional à razoável duração do processo demanda prestações positivas do legislador, do juiz e do administrador.

Na área legislativa vêm surgindo várias medidas que em verdade concretizam a aplicação do princípio no campo do processo civil, do processo penal e inclusive na área administrativa.

Assim é que se vem consagrando a preferência para os idosos, no atendimento de suas postulações e no andamento e conclusão dos processos administrativos. Recentemente, na área federal, estabeleceu-se, em medida amplamente anunciada pelo Governo aos quatro ventos, um prazo recorde de vinte minutos entre o requerimento e a concessão final de aposentadorias.

8. O posicionamento da jurisprudência nacional.

A nosso ver, duas conseqüências se podem extrair da atribuição constitucional de fundamentalidade ao direito à duração razoável do processo administrativo:

- o direito de reclamar a prestação jurisdicional para a conclusão de processos administrativos demasiado morosos, inclusive através de remédios heróicos, como o mandado de segurança;
- o direito à indenização pelos danos decorrentes da irrazoável duração do processo.

⁹ Ob.cit., pp. 10.

Em um e outro sentido, vêm-se alinhando copiosas decisões do Judiciário.

Assim é que vários mandados de segurança têm sido ultimamente deferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, relativamente à excessiva mora, no Ministério da Justiça, do andamento de processos administrativos do interesse de beneficiados com anistia política. Tem-se firmado no Superior Tribunal de Justiça a orientação geral de determinar-se à autoridade administrativa um prazo (geralmente de 30 (trinta) dias, por aplicação subsidiária do art. 49 da Lei 9.784/99) para o julgamento do pedido de anistia ou da concessão de benefício indenizatório pertinente.

Nesse sentido, o acórdão da 3ª Seção do STJ, de 13/05/2009, no MS 13584/DF, publicado no DJ de 26/06/09. Tendo como Relator o Ministro JORGE MUSSI, cuja ementa é a seguinte:

“Mandado de Segurança. Anistia. Interposição de Recurso Administrativo. Demora na Resposta. Prazo Razoável para Apreciação. Incidência do Princípio Constitucional da Eficiência e da Garantia à Duração Razoável do Processo. Omissão Configurada. Aplicação Subsidiária do Art 49 da Lei Nº 9.784/99.

1. Concedida a anistia política, encontra-se pendente de solução, por mais de quatro anos, recurso administrativo que busca a indenização com proventos de Capitão-de-mar-e-Guerra.
2. Em que pesem o grande número de pedidos feitos ao Ministro da Justiça e o fato de os membros da Comissão de Anistia, seu órgão de assessoramento, atuarem pro bono, aqueles que se consideram atingidos no período de 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política, não podem ficar aguardando, indefinidamente, a apreciação do seu pedido, sem expectativa de solução em prazo razoável.
3. Não é lícito à Administração prorrogar indefinidamente a duração de seus processos, pois é direito do administrado ter seus requerimentos apreciados em tempo razoável, ex vi dos arts. 5º, LXXVIII, da Constituição federal e 2º da Lei n. 9.784/99.
4. O prazo a ser fixado para o julgamento do pedido de anistia pela autoridade coatora, na linha da orientação firmada por esta Terceira Seção, deve ser de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período, desde que expressamente motivado, conforme estabelecido no art. 49 da Lei 9.784/99, dispositivo aqui aplicado de forma subsidiária.
5. Segurança concedida.

(No mesmo sentido, os acórdãos da 3ª Seção do STJ, no MS 10792/DF de 14/02/2007, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO; no MS 13545/DF, de 29/10/08, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, pub. no DJ de 7/11/008; e muitos outros).

Quanto à indenização por danos decorrentes da excessiva morosidade do processo, assim se pronunciou o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Relator em acórdão da 1ª T. do STJ de 2/04/09, no REsp nº1.052.461-MS, pub. no DJ de 16/04/09:

“Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Aposentadoria. Atraso Injustificado. Indenização.

“A demora injustificada da Administração Pública para apreciar pedido de aposentadoria, obrigando o servidor a continuar exercendo compulsoriamente suas funções, gera o dever de indenizar. Precedentes: REsp 687.947-MS, 2ª Turma, Min. CASTRO MEIRA, DJ de 21.08.2006; REsp 983.659-MS, 1ª Turma, Min. JOSÉ DELGADO, DJ06.03.2008; REsp. 952.705-MS, Min. LUIZ FUX, DJ de 17.12.2008. Recurso a que se dá provimento”.

Em seu voto, o Relator fez questão de transcrever a ementa do acórdão do Ministro LUIZ FUX no REsp. 952.705, que citara como precedente:

“Responsabilidade Civil. Atraso no Ato de Aposentadoria. Obrigação de Indenizar. Conduta Omissiva. Presença do Nexo de Causalidade. Prequestionamento Implícito. Precedentes STJ. Divergência Jurisprudencial não Comprovada. Artigo 255 RIS-TJ. Não Conhecimento Parcial.

“Ação indenizatória por danos materiais decorrentes do atraso na concessão da aposentadoria pelo Estado recorrido cujo pedido fora formulado a 5 de dezembro de 2000, e somente publicado o ato em 18.12.2001, interregno no qual a autora esteve obrigada a continuar prestando serviços. (fls.8).

“A existência do fato danoso e o necessário nexo causal entre a omissão e os prejuízos decorrentes da mesma conduta ressoa inequívoca, porquanto o simples fato de a pessoa ser compelida a trabalhar em período no qual, legalmente, já poderia fazer jus à mesma renda na inatividade, decorrente dos proventos de aposentadoria, já configura, à saciedade, evento lesivo ao interesse da parte e à livre manifestação da vontade. Precedentes: REsp 1044158/MS, DJ 06.06.2008; REsp 688.081/MS, julgado em 10.04.2007; REsp 3.659/MS, DJ de 06.03.2008; REsp 953497/PR, DJ 04.08.2008.

“Outrossim, é cediço na Corte que “(...) no caso, como a lei fixa prazo para a Administração Pública examinar o requerimento de aposentadoria, o descumprimento desse prazo impõe ao administrador competente o dever de justificar o retardamento, o que gera uma inversão do ônus probatório a favor do administrado. Assim, cabe ao Estado-Administração justificar o retardo na concessão do benefício. Se não o faz, há presunção de culpa, que

justifica a indenização proporcional ao prejuízo experimentado pelo administrado” (DJ 6.06.2008).....

9. O problema do retardamento das decisões finais dos processos administrativos.

Já antes que a Emenda Constitucional 45 consagrasse a fundamentalidade do direito à razoável duração do processo, algumas legislações processuais administrativas se preocupavam com o assunto; seja estipulando prazos rigorosos para as diversas decisões; seja afirmando enfaticamente, como o faz a Lei 9.784/99 no art. 48, o *dever de decisão* do processo; seja prevendo certas formas de responsabilização das autoridades administrativas pelo descumprimento dos prazos decisórios.

É o caso da Lei de Processo Administrativo nº 10.177, de 30/12/09, de São Paulo (art. 98), que dispõe que o descumprimento dos prazos de decisão dos processos gera responsabilidade disciplinar, e que “também respondem” os superiores hierárquicos. (Só não diz *como*.)

É o caso da Lei mineira nº 14.184, de 31/01/02, que impõe o *dever de decisão* no art. 46; estipula, no art.47, o prazo máximo de sessenta dias para a decisão do processo, prorrogável por igual período mediante motivação expressa; determina, no art.48, que, expirado sem decisão o prazo prescrito ou prorrogado, fica a unidade administrativa responsável pelo julgamento impedida de concluir todos os demais processos em tramitação, até que seja decidido o processo; obriga, no parágrafo único do mesmo artigo, a autoridade responsável por tal impedimento a ressarcir o Estado dos danos resultante para o erário.

Elaborada já sob a égide da Emenda Constitucional nº 45/04, a recente Lei baiana nº 12.209, de 21 de abril de 2011, cujo anteprojeto resultou de um trabalho conjunto da Procuradoria Geral do Estado da Bahia e do Instituto de Direito Administrativo da Bahia, bem como da participação de vários setores representativos da Administração em discussão pública, ocupou-se bastante do assunto.

Já em seu artigo 1º, propõe-se a assegurar em especial a proteção dos direitos dos administrados e o *mais justo e célere cumprimento dos fins da Administração Pública*. No artigo 3º, inclui entre os princípios do processo administrativo a *celeridade*, enfatizando, no seu parágrafo 3º, que a Administração zelará pela celeridade do processo administrativo, sem prejuízo do direito de defesa dos administrados.

No artigo 4º, inclui, entre os direitos dos administrados, o de “*obter decisão final motivada, com observância dos prazos fixados em lei*”.

Cuida, no artigo 7º, de assegurar, “*em qualquer instância, a PRIORIDADE da tramitação dos processos administrativos e na execução dos atos e diligências em que o postulante ou interveniente for:*

I – pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, na forma definida em regulamento;

II – pessoa portadora de necessidades especiais ou de doença grave, na forma definida em regulamento”.

No artigo 34, dita lei dispõe que:

“Art.34 – A Administração tem o dever de emitir decisão final no processo, sob pena de responder, na forma da lei, pelos prejuízos decorrentes do perecimento do direito do postulante”

“Parágrafo Único- Responderá regressivamente o servidor ou autoridade que der causa ao perecimento do direito do postulante”.

Em seu artigo 45, a lei baiana vai além, fixando prazos para as decisões das autoridades superiores:

“A autoridade julgadora emitirá decisão motivada nos processos administrativos, bem como sobre solicitações ou reclamações em matéria de sua competência, no prazo de 30 (trinta) dias contados da data em que receber os autos conclusos”.

Com o mesmo rigor dispõe, nos artigos 46 e 47, sobre a responsabilidade de outros setores da Administração, também fixando prazos expressamente definidos, que só motivadamente poderão ser ultrapassados.

Em regra, nas leis administrativas em vigor que examinamos, as disposições que prevêm o dever de decisão tempestiva do processo acabam revelando-se inócuas, por falta de sanção adequada para seu descumprimento: a começar pelo próprio artigo 48 da modelar Lei 9.784/99.

A verdade é que o problema da excessiva dilação da decisão final dos processos administrativos, que ADILSON DALLARI chama de “engavetamento”, e que popularmente se denomina de “embargos de gaveta”, assume no País a feição de verdadeira calamidade nacional.

Como diz ANDRÉ SADDY,¹⁰

“Não se pode admitir a arbitrariedade do administrador público. A discricionariedade (ou não) da Administração não pode assegurar ao Poder Público a prerrogativa de não se manifestar, ficando inerte ou silenciando sobre qualquer petição, solicitação ou requerimento”.

E mais:

“O silêncio administrativo é configurado como uma ausência de um dever jurídico de agir e, portanto, equipara-se a um ato ilícito. Assim, ficando comprovado o silêncio e onexo causal, inegável

10 SADDY, André – “Efeitos jurídicos do silêncio positivo no direito administrativo brasileiro”, in Revista Brasileira de Direito Público, Ano 7, abril/junho de 2009: 45-85, pg 78-79.

sustentar a incidência da responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco administrativo”¹¹.

Como vimos, é esse o entendimento dominante do Judiciário a respeito da matéria, com fulcro no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição.

10. Considerações finais.

Não é justo que o cidadão se veja obrigado a ir postular em juízo o direito que lhe assiste (enfrentando outras morosidades de mais difícil solução) se há meios, no ordenamento brasileiro, de garantir-se tal direito *na via administrativa*.

Entendemos que as atuais leis de processo administrativo merecem serem revistas, para que se tornem consentâneas com o novo direito fundamental, e para que se assegure uma efetiva sanção às autoridades administrativas de escalão superior que, abusando de suas prerrogativas, descumprem prazos ou se omitem indefinidamente em decidir pela conclusão final dos processos, por mera inércia ou por outros interesses de ordem política, contando com sua notória impunidade.

Bem assim, deve ser expressa a disposição legal que responsabilize pessoalmente tais autoridades pelos danos causados por sua deliberada omissão, tanto na esfera disciplinar como na civil em geral.

É preciso que o dispositivo constitucional, em boa hora acrescentado ao elenco dos direitos assegurados pelo artigo 5º da Constituição e estendido aos processos administrativos, não reste uma mera falácia, uma disposição bonita de se ler, mas que fique apenas no texto. Lembro, a propósito, o apelo histórico de CAIO TÁCITO: “*É preciso tirar a Constituição do papel!*”

Salvador, 10 de julho de 2011.

À MEMÓRIA DE MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO

Marcos Juruena foi um dos maiores amigos que fiz, na área do direito.

Nossa amizade foi forjada, de início, através de sua apresentação pelo nosso grande mestre Diogo Figueiredo Moreira Neto.

De logo estabeleceu-se entre nós um intenso convívio epistolar e através de nossas participações em congressos de direito administrativo. Devo muito a sua orientação esclarecedora, à qual eu recorria sempre. Mandava meus escritos para sua crítica serena e justa, e em troca ele me mandava seus artigos e livros. Tenho, creio, todas as suas obras, sempre com amável dedicatória. Todas riscadinhas e assinaladas por mim, e objeto de um intenso diálogo sobre certos aspectos, sobre os quais às vezes discordávamos, porém quase sempre acabávamos concordando. Raro é um trabalho meu que não cita seus pensamentos.

11 Ob.cit., pg. 78.

Quando presidente da Comissão Permanente de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros, honrou-me com o convite para integrar a Comissão. A princípio declinei da sua convocação, por dificuldades de viajar, mas ele não aceitou. Instituiu para mim uma intensa participação *on line*, mandando-me sempre, religiosamente, temas dos mais variados para minha discussão e parecer.

Além de sua fulgurante inteligência e de uma proverbial cordialidade, Juruena era um verdadeiro gentleman. Nunca deixou uma correspondência minha sem resposta.

Qual não foi minha surpresa, pois, quando, após o XXIV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, de Belo Horizonte, ao qual não compareceu, eu lhe enviei meu livro “Temas de Direito Administrativo Atual”, recém lançado. Ele nada respondeu, o que estranhei, inclusive porque havia, em meus textos, uma certa provocação, dirigida para recentes divergências nossas, sobre o futuro das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos.

Não me conformei. Só depois de muitas diligências, é que soube do seu falecimento.

Este artigo iria fazer parte dos “Estudos em homenagem a Marcos Juruena Villela Souto,” porque aborda uma matéria sobre a qual discutíamos muito: o processo administrativo. Quando lhe falei da nova edição, respondeu-me: “não sei de nada, é uma invenção de meus colegas”.

Mas o tempo passou, foi aprovada a lei baiana de processo administrativo, e tive que rever e atualizar minha exposição inicial para o Congresso Brasileiro de Direito Administrativo.

É mais uma homenagem que faço ao grande jurista e excelente amigo, inclusive por sua ativa participação na elaboração da lei de processo administrativo do Rio de Janeiro, a qual serviu de inspiração e precioso subsídio para a lei baiana.

ALICE GONZALEZ BORGES.

UM NOVO DIREITO PARA A GESTÃO PÚBLICA?

CARLOS ARI SUNDFELD

Professor da Escola de Direito da FGV-SP e da PUC-SP.
Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público

*Em memória de Marcos Juruena Villela Souto,
amigo para sempre*

Sumário: 1. Introdução; 2. É necessária uma lei nacional com as bases estruturais da Administração; 3. Primeira base: distinguir entidades estatais de entidades não estatais; 4. Segunda base: dar variedade organizacional para uma Administração Policêntrica; 5. Terceira base: dar espaço a novas soluções de licitação.

1. Introdução

Um áspero debate sobre administração pública tem sido travado nos meios jurídicos brasileiros, envolvendo Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas, advogados e juristas. Todos parecem concordar em apenas um ponto: o de que a relação da administração pública com o Direito precisa mudar. Mas há um profundo desacordo quanto ao mais. Alguns acham que o desafio é fazer a administração obedecer de fato às normas que já existem. Já outros, sem negar a importância da legalidade como premissa, reclamam que nossos modelos legais são ruins.

São, portanto, diagnósticos divergentes sobre os males de nosso direito administrativo: enquanto uns lamentam sua ineficácia, outros criticam sua inadequação.

Este artigo se enquadra na segunda linha de visão. Ele contém ideias para superar dois grandes problemas da gestão pública brasileira em que as normas vigentes de direito público têm um papel crucial.

O primeiro é que nosso sistema jurídico ficou muito fechado, não oferecendo modelos para a organização interna da administração pública que tenham diversidade e flexibilidade suficiente para atender às necessidades de um Estado tão complexo como o brasileiro. O segundo problema é a falta de clareza jurídica quanto a várias definições e distinções fundamentais para o sistema funcionar bem.