

CARLOS ARI SUNDFELD
GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ
(Coordenadores)

AS LEIS DE PROCESSO ADMINISTRATIVO

© SBDP

Coordenadores: CARLOS ARI SUNDFELD E
GUILLERMO ANDRÉS MUÑOZ

ISBN: 85.7420.230.4

AS LEIS DE PROCESSO
ADMINISTRATIVO
(Lei Federal 9.784/99
e Lei Paulista 10.177/98)

Adilson Abreu Dallari • Alberto Martins •
Benedicto Porto Neto • Carlos Ari Sunfeld •
Carlos E. Delpiazzo • Cassio Scarpinella Bueno •
Egon Bockmann Moreira • Elival da Silva Ramos •
Guillermo Andrés Muñoz • José Luis Said •
Juan Pablo Cajaville Peluffo • Juarez Freitas •
Lucécia Martins Soares • Pascual Caiella • Sérgio Ferraz •
Vera Scarpinella Bueno

Direitos reservados desta edição por
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, 17º andar, conjunto 171
CEP: 04531-940 – São Paulo - SP
Tel.: (0xx11) 3842-9205
Fax: (0xx11) 3849-2495
URL: www.malheiroseditores.com.br
e-mail: malheiroseditores@zaz.com.br

Composição
Scripta

Capa
Criação: Vânia Lúcia Amato
Arte: PC Editorial Ltda.

Pressupostos do ato administrativo nas leis de procedimento administrativo

BENEDICTO PORTO NETO

1. O procedimento como instrumento de controle da validade do ato administrativo

Durante muito tempo, o controle da conduta da Administração Pública esteve centrado *exclusivamente* no exame do ato administrativo, ou seja, no produto da sua atuação. Nesse período, a doutrina coloca em destaque tanto os elementos que formam o ato como os requisitos estruturalmente externos a ele (pressupostos) e que são necessários à sua validade. A fixação dos pressupostos do ato tem um papel importante e muito prático: permitir a identificação dos vícios do ato administrativo.

Esse controle, isolado, acaba se revelando insuficiente, porque, em muitos casos, o exame apenas do ato final não permite que seja conferida sua aderência às normas e princípios que orientam a atuação do Poder Público. Essa dificuldade decorre do dever da Administração implementar *finalidades* legalmente estabelecidas. Levando-se em conta apenas o ato, grande parte das vezes não é possível aferir se ele atingiu a finalidade legal, se foi produzido em conformidade com o ordenamento jurídico. Daí o surgimento do *procedimento administrativo* como importante instrumento de proteção dos particulares frente às prerrogativas públicas e de garantia da eficiência da Administração.¹ Por meio dele, alarga-se o controle da

1. Esses objetivos do procedimento estão expressamente fixados no art. 1º da Lei 9.784: "Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração". Sobre o papel do procedimento administrativo no ordenamento jurídico, confira-se Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 2, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1980, p. XVII-10; Tomás Hutchinson, *Lej nacional de procedimientos administrativos (comentada e anotada)*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 1987; Celso Antônio Bandeira de Mello, "Procedimento Administrativo", na obra coletiva (sob sua coordenação) *Di-*

atuação administrativa; volta-se atenção *também* ao processo de formação do ato, ao caminho percorrido pela Administração para construção da sua "vontade".

O procedimento administrativo *não vem substituir* o controle do ato final. Ao contrário, o que se persegue, com o procedimento, é maior eficiência no exame de seus pressupostos de validade. A *procedimentalização* da conduta do Poder Público tem o propósito de aperfeiçoar o controle da validade do ato. A *Teoria dos Pressupostos do Ato Administrativo* conserva sua importância e seu papel de destaque no direito administrativo.

As duas recentes Leis Gerais de Procedimento Administrativo – Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e Lei do Estado de São Paulo n. Lei 10.177, de 30 de dezembro de 1998 – representam um marco pioneiro no ordenamento jurídico nacional.² Até recentemente, o Brasil era um dos poucos países que não contavam com uma Lei Geral de Procedimento Administrativo.³ A Constituição Federal de 1988 consagra expressamente o *princípio do devido processo legal* na atividade administrativa (art. 50, LV), cuja aplicação não depende do advento de lei que o regulamente (parágrafo único do mesmo artigo). O alcance do preceito constitucional, porém, vinha sendo mitigado pela Administração e pelo Poder Judiciário. É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, em postura afinada com os princípios do Estado Democrático de Direito incorporados no ordenamento jurídico nacional, atribuíram interpretação bastante ampla ao referido art. 5º, LV, da Constituição, decidindo que a realização de procedimento se impõe à Administração sempre que a esfera de direitos dos particulares seja afetada por ato estatal (bastando a existência de interesses contrapostos), e não apenas nos casos em que se pretenda

rito Administrativo na Constituição de 1988, São Paulo, Ed. RT, 1991, p. 9-44; Carlos Ari Sundfeld, "A Importância do Procedimento Administrativo", *RDJ* 84/64, São Paulo, outubro-dezembro/87.

2. Antes das Lei n. 9.784/99 e Lei do Estado de São Paulo n. 10.177/98 foi editado, em 17 de dezembro de 1997, o Regimento Interno da Agência Nacional de Telecomunicações, agência reguladora do setor de telecomunicações criada pela Lei 9.472, de 16 de julho de 1997. Esse regimento interno adota um Código Administrativo. Sua aplicação, contudo, está restrita ao âmbito da própria Anatel. As duas leis mencionadas adotam normas de procedimento para todas as pessoas da Administração Pública Federal e do Estado de São Paulo.

3. Sempre houve leis de procedimentos especiais. O ordenamento jurídico nacional contempla, há muito tempo, Leis de *Licitações Públicas*, assim como as Leis dos Servidores Públicos sempre disciplinaram os *procedimentos sancionatórios*. A partir dessas leis, contudo, a Administração Pública e o próprio Poder Judiciário – no julgamento de litígios – nunca extraíram princípios gerais, que pudessem se impor em toda atuação administrativa.

impor-lhes sanções.⁴ Mesmo assim há decisões de Tribunais Estaduais admitindo a validade de atos administrativos que alcançaram particulares individualmente sem a realização de procedimento, sob o pálio argumento de que não havia lei que exigisse sua realização.⁵ Outras vezes, o "procedimento" se converteu em um mero rito formalístico, desprovido de sentido e racionalidade. É claro que essa postura não representa atendimento da exigência constitucional. O princípio do devido processo legal significa que a manifestação do particular deve ser analisada e seus argumentos sopesados, com exposição das razões que afastam seu acolhimento, quando for o caso. Fosse diferente, o princípio não representaria garantia constitucional dos particulares frente ao Estado.

Em face desses desvios, os novos textos legais representam significativo avanço.

Além de regular o procedimento, as novas leis fixam os princípios que orientam toda a conduta da Administração e estipulam os pressupostos do ato administrativo, pelo que podem ser consideradas verdadeiras Códigos da Administração Pública.

2. O papel dos pressupostos do ato administrativo

A doutrina nunca foi unânime na indicação dos pressupostos dos atos. Afonso Rodrigues Queiró critica a sistematização procedida sobre o tema, afirmando que ela serve mais para confundir do que para facilitar a compreensão dos defeitos do ato. O jurista português aponta, ainda, a imprecisão terminológica que reina no assunto e acrescenta que os pressupostos costumemente indicados pela doutrina sob os mais diferentes nomes

4. Recurso Extraordinário n. 158.543-9, Rel. Ministro Marco Aurélio; Recurso no Mandado de Segurança n. 257, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, in *RDA* 200/148.

5. A 3ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que o Poder Público pode modificar o preço pactuado em contrato sem a realização de procedimento administrativo porque a Lei de Regência dos Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/93) admite sua modificação unilateral (Embargos de Declaração n. 235.179-1/0, Rel. Mattos Faria; confira-se, ainda, decisão no mesmo sentido proferida pela mesma Câmara do Tribunal de Justiça nos Embargos de Declaração n. 237.956-1/1-01, Rel. Ribeiro Machado). Ora, justamente porque a esfera de direitos do particular pode ser afetada por ato unilateral é que se impõe a realização do procedimento. Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld, "o processo é a contrapartida que se assegura à liberdade pelo fato de o ato da autoridade ser unilateral, dentro da proposta de resguardar o equilíbrio entre a liberdade e a autoridade. Sem que o ato estatal deixe de ser ato de autoridade e, portanto, imperativo, se permite o exercício da liberdade: condicionando a produção do ato a um processo regulado do qual o indivíduo possa participar". ("A Importância do Procedimento Administrativo", cit., p. 65).

podem ser resumidos à idéia de *competência*, esta expressão tomada como *regra que confere poder para atuar*.⁶

A crítica é exagerada.

De fato, não há uniformidade na adoção dos termos empregados para identificação dos pressupostos do ato, o que decorre, inclusive, de normatização insuficiente sobre a matéria. Esse inconveniente, porém, pode ser facilmente superado com o simples esclarecimento do significado dos rótulos escolhidos. O importante é que o discurso científico possa ser compreendido, com delimitação da realidade que se está tratando, a despeito do nome que se lhe atribua.

Também é bem verdade que, em última análise, todos os pressupostos do ato podem ser conduzidos à noção de competência, em sentido amplo. A autoridade não desfruta de competência, por exemplo, para praticar o ato administrativo se não ocorreu a situação fática descrita na Lei (inexistência do motivo); também não lhe é conferida competência para perseguir interesses estranhos aos consagrados na lei (vício de finalidade). Em todos esses casos, a falta de um dos pressupostos do ato desfigura a própria regra de competência. Sob esta ótica, os defeitos do ato podem ser reduzidos à idéia de falta de competência da Administração ou do agente, como afirma Queiró. Essa postura, contudo, não contribui para a identificação das *diferentes razões* que afetam a regra de competência. É necessário compreender *porque* a Administração não tem competência diante do caso concreto (porque não ocorreu o motivo do ato, porque a finalidade perseguida é estranha à tipologia do ato etc.). A identificação e compreensão da patologia do ato são facilitadas com a classificação promovida pela doutrina, que desdobra a competência, em sentido amplo, em vários pressupostos. Daí a importância do seu exame.

3. Os pressupostos do ato administrativo nas leis de procedimento

O art. 8º da Lei Paulista prescreve que os atos administrativos são inválidos quando violam os princípios da Administração e quando desatendem aos pressupostos legais ou regulamentares, arrolando, sem ser exaustivo, as seguintes hipóteses: (i) falta de competência da pessoa jurídica, órgão ou agente que pratique o ato; (ii) inobservância de procedimentos essenciais; (iii) impropriedade do objeto; (iv) inexistência ou impropriedade do motivo de fato ou de direito; (v) desvio de poder; (vi) a falta ou insuficiência de motivação.

6. "A Teoria do 'Desvio de Poder' em Direito Administrativo", in *RDA* VI/41-78, Rio de Janeiro, 1946, p. 54.

Na Lei Federal não há dispositivo que resuma os casos de invalidade do ato. A partir de outros preceitos legais, porém, é possível identificar com facilidade os mesmos pressupostos que decorrem da sistematização promovida pela Lei Paulista.

Passo a examinar cada um deles.

3.1 Competência

O conceito de competência pode ser definido como *poder conferido a alguém para introduzir o ato administrativo no mundo jurídico*. Cabe à lei apontar a pessoa apta a expedir o ato, que é a titular da competência. Ainda que outros aspectos do ato estejam em conformidade com as normas e princípios jurídicos, ele será viciado se posto no ordenamento por pessoa que não desfrute da prerrogativa para produzi-lo. Somente as pessoas habilitadas pela lei podem expedir o ato administrativo.

A Lei Paulista prescreve expressamente que é inválido o ato administrativo no caso de falta de competência da pessoa jurídica, órgão ou agente (art. 8º, I). Já a Lei Federal contempla que a competência deve ser exercida *somente* pelas pessoas às quais ela foi atribuída como própria. Apenas os titulares da competência estão legitimados a produzir o ato administrativo. As duas leis admitem a delegação e a avocação (arts. 12 e 15 da Lei 9.784/99; art. 19 da Lei 10.177/98), que são formas válidas de transferência de competência.

Delegação é a transferência de competência que pertence originariamente ao delegante. A Lei Federal prescreve expressamente que *não* precisa haver relação hierárquica entre delegante e delegado. Na Lei Paulista, porém, só é admitida a delegação para os subordinados da autoridade competente.

Avocação é ato de agente que chama para si competência de seu subordinado. Como ela não depende da concordância do titular da competência, é claro que ela reclama *vínculo hierárquico* entre os agentes. Quem avoca a competência exerce sua autoridade sobre o titular originário dela. As duas leis comentadas fixam expressamente esse requisito para a avocação.

O que justifica a delegação é a existência de "circunstância de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial" (art. 12 da Lei n. 9.784/99), que faz com que o delegado esteja em condições de satisfazer de forma mais adequada o interesse público. A Lei Federal (art. 13), fixa casos em que ela não é comportada: competência para edição de atos de caráter normativo (inciso I); competência para decidir recursos administrativos (II); competências *exclusivas* do órgão ou autoridade (III). Na Lei Estadual, a matéria vem disciplinada no art. 19. Nela também estão estabelecidas hi-

póteses em que a delegação não é admitida (art. 20), a saber: competência para edição de atos normativos *que regulem direitos e deveres dos administrados* (inciso I);⁷ atribuições inerentes ao caráter político da autoridade (II); atribuições recebidas por delegação, salvo autorização expressa e na forma por ela determinada (III); a totalidade da competência do órgão (IV); as competências que justificam a existência do órgão (V); funções de órgão colegial, salvo para execução material de suas deliberações (parágrafo único).

A avocação, nos termos da Lei Federal, é admitida em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados (art. 15).

A transferência de competência, por delegação ou avocação, deve estar sempre fundamentada no melhor exercício da função pública.

A norma de competência, *abstratamente* definida na lei, pode ser afetada por situação subjetiva do agente. Isso ocorre nos casos de *impedimento e suspeição*, que estão definidos nos arts. 18 e 20 da Lei Federal.⁸ A Lei Estadual não tratou expressamente do assunto. É claro, todavia, que a autoridade estadual terá sua competência afetada nas hipóteses de suspeição e impedimentos definidas na Lei Federal, porquanto aquelas situações comprometem a *impessoalidade* no exercício da função.

Em conclusão, importa, para a validade do ato, que a pessoa que o praticou detenha, no momento da sua expedição, poderes para colocá-lo no mundo jurídico, os quais lhe tenham sido conferidos *diretamente pela lei ou por outro ato administrativo nela apoiado* (casos de delegação e avocação).

É possível repartir *internamente, entre seus órgãos e agentes*, a competência de uma pessoa jurídica. O vício do ato tanto pode residir na falta de competência da pessoa jurídica que o produziu como do órgão ou agente, na sua distribuição interna. Não basta, pois, a sua produção pela *pessoa jurídica* habilitada; é necessário, ainda, que o ato tenha sido emanado pelo *órgão ou agente* encarregado de praticá-lo, segundo a repartição interna da competência.

7. Logo, se o ato normativo estiver voltado à organização interna da Administração, a delegação é admitida. A restrição legal é instrumento de defesa dos particulares.

8. São casos de impedimento: existência de interesse direto ou indireto da autoridade na matéria; quando a autoridade tenha atuado ou venha participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrerem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; quando a autoridade esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Há suspeição quando a autoridade tenha amizade íntima ou inimizada notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Há, na Lei Paulista, previsão expressa da possibilidade de saneamento do vício de competência mediante a *convalidação* do ato (art. 11).⁹ Foram, porém, estabelecidas "barreiras" à sua adoção.¹⁰ O ato com vício de competência não poderá ser convalidado quando *a*) a competência legítima para praticá-lo for indelegável, *b*) da convalidação resultar prejuízo à Administração ou a terceiros e *c*) quando ele já tiver sido impugnado.

Parece-me sem sentido a primeira restrição legal. Na convalidação, não existe *delegação* de poderes, o que talvez possa sugerir a limitação ora criticada. Os efeitos preservados pelo ato convalidado passam a decorrer diretamente dele, não do ato convalidado.¹¹ É praticado outro ato, pela autoridade competente, com efeito retroativo.¹² Para que o vício de validade possa ser sanado por meio da convalidação, é necessário que seja possível, fática e juridicamente, a produção de ato com *efeito retroativo*. Deveria ser irrelevante se a competência invadida é ou não delegável. A Lei, contudo, erigiu "barreira", a qual, em consequência, deve ser observada. Assim, quando se tratar de competência indelegável, no caso do seu irregular exercício por terceiros, restará à autoridade competente apenas a invalidação do ato.

Note-se que a proibição para convalidar não impede a produção de outro ato com o *mesmo conteúdo*. O defeito do ato praticado não suprime a competência da autoridade. O novo ato apenas não poderá *retroagir* para o momento da expedição do ato viciado, porque esta é uma característica própria da convalidação.

3.2. Motivo

A competência é atribuída ao agente para que ele produza o ato diante de determinados acontecimentos. A lei descreve um fato hipotético (antedente), o qual, uma vez ocorrido no mundo fenomênico, desencadeia o mandamento da norma (que é uma relação jurídica).¹³ Esta é a estrutura de toda norma jurídica; assim opera-se a incidência normativa.

9. Já a Lei Federal prevê genericamente a possibilidade de convalidação do ato viciado (art. 55), sem especificação da origem do vício.

10. Sobre os limites para a convalidação do ato, confira-se Weida Zancaner, *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1993, p. 56 e ss.

11. Sobre os efeitos do ato de convalidação e do convalidado, veja-se o excelente artigo de Jacintho de Arruda Câmara, "A Preservação Dos Efeitos Dos Atos Administrativos Viciados", *Estudos de Direito Administrativo*, São Paulo, Max Limonad, 1996, pp. 49-85.

12. É possível haver convalidação sem retroatividade. É o caso, por exemplo, da convalidação de ato que ainda não produziu seus efeitos (ato ineficaz). Em regra, porém, a convalidação visa justamente a preservação de efeitos já consumados.

13. Sobre a estrutura da norma jurídica, confira-se Lourival Villanova, *As estruturas lógicas e o sistema de Direito Positivo*, São Paulo, Ed. RT, 1977, p. 64 e ss.,