

Ana Cláudia Singer

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

Belo Horizonte

Curitiba



**Editora Fórum**

**IPDA**  
**Instituto Paranaense**  
**de Direito Administrativo**

---

A246 A&C REVISTA DE DIREITO  
ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

Ano 3, n. 11 jan./ mar. 2003)  
Belo Horizonte : Editora Fórum, 2003  
17x24 cm  
Trimestral  
ISSN: 1516-3210

ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002  
publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito Administrativo
  2. Direito Constitucional
- I. Ed. Fórum.

CDD: 342  
CDU: 342.951

---

© Editora Fórum Ltda, 2003  
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por  
qualquer meio eletrônico, inclusive por processos  
xerográficos, sem autorização expressa do editor.

Editora Fórum  
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG  
Tel.: 08007043737  
e-mail: ediforum@ediforum.com.br  
www.ediforum.com.br

Editor responsável:  
Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Projeto-gráfico e Diagramação:  
Rogério de Souza Magalhães Júnior  
Revisão:  
Equipe Fórum  
Bibliotecária:  
Nilcéia Lage de Medeiros

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

# Processo Administrativo, Devido Processo Legal e a Lei nº 9.784/99<sup>1</sup>

**Rafael Munhoz de Mello**

Mestrando em Direito Administrativo na PUC/SP. Advogado em Curitiba

## 1 Introdução

1.1 O tema do processo administrativo, no Brasil, encontra-se ainda hoje, no início do século XXI, enormemente descuidado. A razão parece óbvia: o atraso do legislador federal em editar um diploma legal contendo normas de processo administrativo aplicáveis à atividade administrativa em geral.

Com efeito, apenas em 1999 tal lacuna foi preenchida — e de modo muito satisfatório, saliente-se — em nosso ordenamento jurídico, com a edição da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro. Atraso impressionante, se observada a realidade de outros Estados que adotaram leis gerais de processo administrativo já há décadas. É o caso da Áustria (1925), Espanha (1958), Alemanha (1978), Uruguai (1966) e Argentina (1972), para citar alguns.

Dúvida não há de que o atraso do legislador teve reflexos na jurisprudência e doutrina pátrias, que vinham tratando o processo administrativo de modo casuístico e assistemático, não raro sem a observância dos princípios que regem a atividade administrativa e o fenômeno processual. É certo que há em nossa doutrina obras de muito valor sobre o tema, mas é preciso reconhecer que representam uma quantidade pequeníssima, especialmente se considerada a importância do processo administrativo no atual estágio do Direito Administrativo. Cabe aqui uma justa homenagem aos juristas paranaenses, que há muito têm contribuído de modo notável com o desenvolvimento do tema, como é o caso dos professores Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Romeu Felipe Bacellar Filho e, mais recentemente, Egon Bockmann Moreira<sup>2</sup>.

O tema, após a edição da Lei nº 9.784/99, vem sofrendo rápida evolução e tem sido objeto de ampla discussão em congressos e simpósios que se realizaram nos últimos anos. É importante ressaltar que alguns Estados brasileiros já editaram também leis sobre processo administrativo — como São Paulo (Lei nº 10.177, de 30

<sup>1</sup> Palestra proferida em painel sobre processo administrativo no II Simpósio Paranaense de Direito Administrativo, promovido pelo Instituto Paranaense de Direito Administrativo no mês de outubro de 2001, em Curitiba, sob os auspícios do professor doutor Romeu Felipe Bacellar Filho, à qual foram acrescidas notas.

<sup>2</sup> Respectivamente: *Introdução ao direito processual administrativo*, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar* e *Processo administrativo – princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*.

de dezembro de 1998) —, enquanto outros têm em funcionamento comissões com tal objetivo.

**1.2** O processo administrativo ocupa hoje posição de destaque na teoria do Direito Administrativo. Há quem sustente que atualmente, num Estado Social e Democrático de Direito, o processo administrativo seja mesmo o conceito central do Direito Administrativo, ocupando o espaço que foi reservado durante muito tempo ao ato administrativo<sup>3</sup>.

O ato administrativo, tal qual concebido pela doutrina clássica do Direito Administrativo, tornou-se insuficiente para explicar todas as manifestações da Administração Pública, que aumentaram de modo notável com o advento do chamado Estado Social de Direito. Daí a crescente relevância do processo administrativo, fenômeno presente em toda manifestação da função administrativa, independentemente da natureza do ato final produzido no seu exercício. Como afirma o insigne Agustín Gordillo, “toda actividad estatal de tipo administrativo se manifestará a través del procedimiento administrativo, y por ello existe una coincidencia entre el concepto de función administrativa y el de procedimiento administrativo”<sup>4</sup>.

A conveniência da análise do processo administrativo parece indiscutível. O ato administrativo é o resultado de uma atividade que se desenvolve através do processo administrativo. O estudo do ato administrativo é estático, analisando o agir da Administração Pública num único e determinado momento. Mas a atividade administrativa não se resume ao ato final, por óbvio, pois “nessuna decisione è ‘one shot’”, nas espirituosas palavras do jurista italiano Sabino Cassese<sup>5</sup>. Já o estudo do processo administrativo é dinâmico, abrangendo toda a cadeia de atos e fatos que culminam com a edição da decisão administrativa. Análise, portanto, mais completa e abrangente, permitindo uma melhor compreensão — e, mais importante, um maior controle — da atividade desenvolvida pela Administração Pública.

<sup>3</sup>A posição é especialmente defendida na doutrina italiana por autores como Mario Nigro, Giovanni Pugliese, Francesca Trimarchi, Mario Chiti, Enzo Cardi. Na doutrina alemã também prevalece a tese de que o conceito central do Direito Administrativo, no Estado contemporâneo, não é mais o do ato administrativo; para os alemães, contudo, tal posição seria hoje ocupada pela relação jurídica administrativa. Sobre ambas as posições, consultar a tese de doutoramento de SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido* (em especial, cap. 1, 2 e 3), que considera possível aproximá-las.

<sup>4</sup>*Tratado de derecho administrativo*, t. 2, p. 8-6. Em sentido semelhante é a lição de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari: “a fórmula ‘processo administrativo’ traduz uma série de atos, lógica e juridicamente concatenados, com o propósito de ensejar a manifestação de vontade da Administração. Múltiplas serão as faces de tal manifestação. Assim, tanto poderá ser ela a formulação de uma política administrativa, quanto a dirimência de um litígio. Pouco importa: no campo da licitude, apenas os atos instantâneos ou urgentíssimos (*v.g.*, extinção de um incêndio, prevenção de um desabamento iminente) ou os não-imediatamente conectados a uma volição (*v.g.*, a passagem de um sinal luminoso do amarelo para o vermelho) independem de prévia processualização. Fora daí, administração e processo administrativo serão conceitos sinônimos” (*Processo administrativo*, p. 25).

<sup>5</sup>*Le basi del diritto amministrativo*, p. 305.

## 2 Processo administrativo e Estado Democrático de Direito: participação e controle

2.1 Há nítida relação entre Estado Democrático de Direito e a figura do processo administrativo. Pode-se dizer que o processo administrativo é instrumento de concretização da opção constitucional por um Estado Democrático de Direito, pois permite não só um maior controle sobre o exercício da função administrativa<sup>6</sup>, como também a participação popular no *iter* de formação do ato administrativo<sup>7</sup>. Controle e participação, portanto, são as principais finalidades do processo administrativo, essenciais para a efetivação do princípio democrático.

2.2 O controle da formação do ato administrativo, através do processo, nem sempre foi priorizado. Durante certo período a preocupação estava voltada à análise do ato final, sobre o qual era exercido o controle. Os atos que o antecediam, entretanto, não mereciam a mesma atenção<sup>8</sup>.

Ora, a formação da vontade estatal não é livre, ao contrário do que ocorre nas relações privadas. Pelo contrário, o agente administrativo está vinculado a normas e princípios jurídicos, que disciplinam o modo de formação do ato que por ele será editado<sup>9</sup>. Isso porque o ato administrativo não é manifestação de vontade do próprio agente que o pratica, mas sim do ente estatal. E mais: o interesse que se busca alcançar através do ato tampouco é do agente administrativo que o edita, mas sim de toda a coletividade. A vontade é estatal, e o interesse é público. Logo, a formação da vontade do agente administrativo deve ser disciplinada e controlada, impedindo-se que o agente se afaste da finalidade legal.

<sup>6</sup>“Perante uma Administração Pública que não cessa de crescer em termos de intervenção e de autonomia, o incremento da participação dos privados na tomada de decisões administrativas representa uma importante forma de controle e de limitação do poder administrativo” (Vasco Pereira da Silva, op. cit., p. 401).

<sup>7</sup>Nas palavras de Romeu Felipe Bacellar Filho, “a procedimentalização do agir administrativo, isto é, a fixação de regras para o modo como a Administração deve atuar na sociedade e resolver os conflitos configura, assim, condição indispensável para a concretização da democracia” (op. cit., p. 130).

<sup>8</sup>Sobre o controle *a posteriori* do ato administrativo, Carlos Ari Sundfeld tem passagem bastante ilustrativa: “Se nos for permitida uma figura, a teoria do Direito Administrativo parece visualizar a Administração ainda como um castelo fortificado e inexpugnável, à volta do qual os indivíduos distribuem suas parcas armas, para se defenderem de qualquer agressão. Vinda esta, providencia-se uma expedição corretiva. Mas a gerência do castelo, seu funcionamento íntimo, persiste sem controle jurídico possível. Os indivíduos podem escolher o castelão-mor e mais alguns conselheiros. Não podem, porém, derrubar muralhas e portões para examinar o que se passa lá dentro antes que alguma agressão seja tentada. Em outras palavras: pode-se reagir contra o ato ilegal, mas pouco ou nada se pode fazer para que ele não seja ilegal.” (*A importância do procedimento administrativo*, p. 65)

<sup>9</sup>“Tra le sequenze o flussi di decisioni propri di una organizzazione privata e quelli di un’amministrazione pubblica c’è una differenza fondamentale. Che mentre la prima non è disciplinata dall’ordinamento giuridico, la seconda è sottoposta ad una ricca legislazione che dispone chi debba essere sentito e che cosa accertare, nel corso della sequenza. A questo punto, ci si è resi conto che la seconda è giuridicamente rilevante e le si è dato il nome di procedimento” (Sabino Cassese, op. cit., p. 306).

Como se sabe, os agentes estatais exercem função. Ou seja, agem para tutelar interesses que não são próprios, mas de terceiros. Para tanto, utilizam-se de poderes que lhes permitem desempenhar seu papel de modo satisfatório. Poderes instrumentais, que *devem* ser exercidos com o objetivo de alcançar a finalidade que justificou a própria outorga legal de prerrogativas ao agente. Daí falar Celso Antônio Bandeira de Mello em *deveres-poderes*: os agentes têm o dever de utilizar seus poderes da forma mais adequada à finalidade legal<sup>10</sup>.

A finalidade legal é o interesse público que o legislador vinculou à competência atribuída a um determinado agente administrativo<sup>11</sup>. Todo ato administrativo deve perseguir a finalidade estipulada pelo legislador, sob pena de incorrer em vício de desvio de finalidade.

O processo administrativo impede que o agente se afaste da finalidade que está na gênese de sua competência, ao permitir o controle da formação do ato administrativo. Ou, nas palavras de Carlos Ari Sundfeld, “o processo garante que a vontade funcional, que se expressará no ato, não seja empolgada pela vontade do agente”<sup>12</sup>.

Cabe aqui especial menção à motivação do ato administrativo, obrigatória no processo de formação da vontade da Administração Pública, como adiante será analisado.

**2.3** Além do controle da formação da vontade do agente administrativo, o processo administrativo é importante instrumento de participação popular no *iter* de criação do ato administrativo, cada vez mais presente em ordenamentos jurídicos democráticos, já que “el poder ejercido democráticamente no puede jurídicamente manifestarse en úkases unilaterales sin previa oportunidad de debate público”<sup>13</sup>.

Não se está aqui a mencionar, obviamente, a participação dos indivíduos em processos nos quais os mesmos podem ter direitos individuais atingidos, através, por exemplo, da aplicação de alguma sanção administrativa. Em tais casos já há muito se reconhece o direito à participação no processo, como fruto dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

A inovação que cada dia mais se faz presente na realidade de Estados democráticos é a participação popular na formação de atos administrativos que

<sup>10</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 32.

<sup>11</sup> “O fim é aquele interesse público cuja realização a lei tem em vista ao conceder a determinada autoridade certo poder de agir”, conforme a lição do mestre português Afonso Rodrigues Queiró (*A teoria do desvio de poder em direito administrativo*, p. 69-70).

<sup>12</sup> Op. cit., p. 67.

<sup>13</sup> Agustín Gordillo, op. cit., p. 8-14.

atingem toda a coletividade, ou ao menos um grupo de indivíduos que possuem um interesse comum (moradores de uma determinada região, por exemplo). Está-se aqui no campo dos chamados interesses difusos e coletivos.

A necessidade de instauração de processos administrativos com ativa participação da sociedade, previamente a decisões com impacto relevante na coletividade, é uma marca da democratização da Administração Pública<sup>14</sup>. Entende-se, atualmente, que os particulares podem contribuir para o melhor atendimento do interesse público que se busca através da edição do ato administrativo<sup>15</sup>. É natural que seja assim: se a Administração Pública, através do exercício de sua competência, tem o dever de atingir de maneira ótima um determinado interesse, que pertence à coletividade, nada mais lógico — e democrático — que dar a membros dessa coletividade a oportunidade de participar na formação do ato, participação que somente pode ocorrer através do processo administrativo.

Daí surgirem no ordenamento jurídico formas de participação da sociedade na formação de atos administrativos de grande repercussão. A Lei nº 9.784/99, por exemplo, prevê que em casos de “interesse geral” poderão ser realizadas consultas públicas ou instaladas audiências públicas, ou ainda “outros meios de participação de administrados” (arts. 31/33). Há ainda previsão de consultas ou audiências públicas na Lei das Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93, art. 39), na Lei nº 9.472/97, que disciplina o serviço de telecomunicações (art. 42), e na Lei nº 9.427/96, que trata do regime jurídico das concessões de energia elétrica (art. 4º, § 3º).

Muito embora a Lei nº 9.784/99 não tenha determinado de modo categórico a necessidade de adoção de consultas e audiências públicas, previamente à edição de atos administrativos com inegável repercussão social, parece claro que haverá o dever de utilização de tais formas de participação social sempre que o interesse público o exigir<sup>16</sup>. De fato, ainda que a competência aqui seja discricionária, hipóteses haverá em que a discricionariedade desaparecerá no caso concreto, desde

<sup>14</sup> Como ensina Caio Tácito, “o Direito Administrativo contemporâneo tende ao abandono da vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à formação da conduta administrativa” (*Direito administrativo participativo*, p. 25).

<sup>15</sup> “El principio de oír al interesado y al público antes de decidir algo que los va a afectar no es solamente un principio de justicia: es también un principio de eficacia; porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto ayuda a una mejor administración además de a una más justa decisión, com menor o ningún costo político” (Agustín Gordillo, op. cit., p. 8-18).

<sup>16</sup> O mestre argentino Agustín Gordillo, que dedica especial atenção ao tema ora tratado, afirma que há para a Administração Pública o dever de “realizar audiencias públicas en todos los demás casos en que los efectos de la decisión excedan del caso particular y en que objetivamente sea necesario realizar el procedimiento para el ejercicio del derecho de defensa de los usuarios y afectados” (op. cit., p. 10-12/13).

que se afigure indispensável a participação pública para a adequada tutela do interesse público<sup>17</sup>.

Mas não basta a mera realização de consulta ou audiência pública. Não se deve aceitar que a Administração Pública realize tais atos de modo desidioso, apenas para ultrapassar uma incômoda fase processual. Essencial é não só a realização da consulta ou audiência pública, como também a existência de condições que permitam a efetiva participação da coletividade, que deve exigir da Administração Pública o espaço e tempo adequados para a discussão.

E mais importante: no momento da edição do ato administrativo é preciso que as sugestões e críticas apresentadas pela coletividade sejam levadas em consideração pela autoridade competente, que sobre as mesmas deverá se manifestar expressamente, sob pena de invalidade do ato administrativo. Aliás, a Lei nº 9.784/99 expressamente dispõe que os interessados que participarem de consulta pública — e o mesmo vale para a audiência pública, obviamente — têm o “direito de obter da Administração resposta fundamentada” (art. 31, § 2º).

Cabe aqui uma importante ressalva. A participação dos cidadãos na formação do ato administrativo, através de consultas e audiências públicas ou outras formas previstas no ordenamento jurídico, em regra não torna obrigatória a adoção, pela Administração Pública, das opiniões apresentadas<sup>18</sup>.

A competência para edição do ato administrativo é da Administração Pública. O agente competente é quem deve e pode (*dever-poder*)<sup>19</sup>, legalmente, editar o ato com o conteúdo que melhor corresponder ao interesse público tutelado pela norma jurídica. As sugestões e críticas apresentadas pelos particulares devem ser levadas em consideração na motivação do ato. Mas se o agente competente entender que tais sugestões e críticas não correspondem ao interesse público, deve editar o ato administrativo sem observá-las, sujeitando-se ao controle do Poder Judiciário, como sói acontecer com as manifestações da função administrativa.

Tal situação pode facilmente ocorrer. Os particulares tendem a ter uma visão mais imediatista do interesse público, confundindo-o com o interesse da

<sup>17</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello ensina: “A existência da discricionariedade ao nível da norma não significa, pois, que a discricionariedade existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto e nem sequer que existirá em face de qualquer situação que ocorra, pois a postura do caso concreto excluirá obrigatoriamente algumas das soluções admitidas *in abstracto* na regra e, eventualmente, tornará evidente que uma única medida seria apta a cumprir-lhe a finalidade” (op. cit., p. 776).

<sup>18</sup> É evidente que se a legislação determinar à Administração Pública a adoção da conduta sugerida pelos particulares, de modo vinculante, não restará ao agente administrativo alternativa outra que praticar o ato tal qual desejado pela população. Disposição de tal natureza, entretanto, não é recomendável, ao menos em regra.

<sup>19</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello, op. cit., p. 32.



coletividade num determinado momento. A Administração Pública, por sua vez, deve editar suas decisões com a preocupação de atender ao interesse público no presente e no futuro, afastando o imediatismo que, não raras vezes, representa oportunismo e populismo. Imagine-se, por exemplo, audiência pública para discutir o preço de pedágio. É mesmo natural que os particulares pleiteiem radical redução do valor cobrado pelo concessionário. Mas nem sempre a redução corresponderá ao interesse público. Não corresponderá, certamente, se tiver por conseqüência o sucateamento das rodovias, que demandará, no futuro, obras de grande vulto que tornarão necessária a cobrança, de uma geração futura de usuários, de pedágio em valor muito mais elevado.

Assim, pode-se afirmar que a participação da sociedade na formação do ato administrativo é marca da democratização da Administração Pública e pode ter por conseqüência a edição de atos mais adequados ao interesse público. Os agentes administrativos, entretanto, sendo legalmente competentes para a edição dos atos administrativos, devem se afastar dos resultados das consultas públicas sempre que entenderem que a solução proposta não seja adequada à finalidade legal, desde que sua adoção não seja obrigatória por lei. Será sempre necessário, porém, motivar o ato que se afasta da opinião dos interessados que encaminharam sugestões e críticas à Administração, sob pena de se tornarem letra morta as previsões legislativas de tais institutos.

### 3 O princípio do devido processo legal

**3.1** O princípio do devido processo legal tem origem remotíssima na Carta Magna inglesa de 1215, no seio da qual surge como garantia eminentemente formal. Desde então, sofreu o *due process of law* notável evolução, tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos, país no qual se desenvolveu, por força da jurisprudência, o aspecto material do princípio<sup>20</sup>.

No Brasil, o devido processo legal surge, ao menos de modo expresso, na Constituição Federal de 1988, que em seu art. 5º, inciso LIV, dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Abordando o princípio do ponto de vista estritamente formal, pode-se afirmar que o devido processo legal está na base de todos os demais princípios processuais. De fato, o *due process of law* impõe a utilização de um processo prévio

<sup>20</sup> Sobre o princípio do devido processo legal, notadamente em seu aspecto material, ver Carlos Roberto Siqueira de Castro. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Ver ainda completo estudo sobre o princípio em Egon Bockmann Moreira, op. cit., p. 156-224. Sobre a evolução do *due process of law* no direito norte-americano e sua relação com a Administração Pública, ver Vera Scarpinella Bueno. *Devido processo legal e a Administração Pública no direito norte-americano*.

para que bens de particulares sejam atingidos pelo Estado, sob pena de invalidade do ato praticado. E não será obviamente qualquer processo, mas apenas o que, previsto em lei, assegure aos cidadãos efetiva participação, através do exercício de diversas garantias processuais.

Assim, o devido processo legal exige não a adoção de qualquer processo, mas sim a adoção de um determinado processo que respeite as garantias processuais dos indivíduos. Bem por isso ensina Nelson Nery Junior: “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa”<sup>21</sup>.

O princípio do devido processo legal, na síntese perfeita de Egon Bockmann Moreira, significa que a liberdade e os bens dos cidadãos não podem sofrer qualquer aviltamento ou ataque “sem *processo*, que deverá ser *adequadamente desenvolvido*, tal como *predefinido em lei*”<sup>22</sup>. Há, portanto, três aspectos do princípio — “devido”, “processo”, “legal” — que podem ser analisados em separado, tal qual o faz o mencionado autor (unicamente para fins didáticos, evidentemente).

**3.2** O vocábulo “processo” do princípio ora em comento diz respeito à necessidade de que todo ato estatal que se volte contra a liberdade e os bens dos particulares deva ser precedido de processo, no qual os interessados poderão exercer as garantias processuais previstas no ordenamento jurídico. Sem processo não pode ser editado ato administrativo que atinja o patrimônio dos particulares. Daí afirmarem Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, com acerto, que o devido processo legal é o “principal fator determinante” do processo<sup>23</sup>.

De fato, reza o *due process of law* que sem prévio processo não é possível a edição de qualquer ato estatal que atinja, ainda que minimamente, o patrimônio dos particulares, entendido aqui em acepção latíssima. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio exige “um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja”<sup>24</sup>.

O princípio, entretanto, não pode ser interpretado de modo desarrazoado, impedindo em casos de absoluta urgência e necessidade a edição, sem prévio processo administrativo, de atos administrativos que atinjam o patrimônio dos particulares. Se

<sup>21</sup> *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 30. O raciocínio do autor, desenvolvido na seara do direito processual civil, é certamente aplicável ao processo administrativo, pois o devido processo legal não se restringe à esfera da função jurisdicional.

<sup>22</sup> Op. cit., p. 213.

<sup>23</sup> Op. cit., p. 51.

<sup>24</sup> Op. cit., p. 85.

assim o fosse o interesse público restaria prejudicado, pois há medidas que se fazem necessárias de imediato, mormente as decorrentes do poder de polícia.

Não seria razoável, por exemplo, exigir da autoridade administrativa a instauração de um processo prévio para desconstituir passeata que se realize em desconformidade com as regras de ordem pública. Ou ainda, para vedar o acesso de pessoas a uma construção que apresente risco iminente de desabamento. Em casos dessa natureza, a exigência de prévio processo tornaria inútil a providência administrativa, que só seria adequada ao interesse público se praticada de imediato.

Veja-se que a própria Lei nº 9.784/99 prevê a adoção de “providências acauteladoras”, desde que praticadas “em caso de risco iminente”, hipótese em que é dispensada a “prévia manifestação do interessado” (art. 45).

À exceção de tais casos de medidas acauteladoras, atos que atinjam o patrimônio dos particulares não podem dispensar a prévia tramitação de processo. Assim, sanção administrativa e outros atos administrativos restritivos de direitos não podem ser aplicados sem que o devido processo legal seja instaurado<sup>25</sup>.

**3.3** O princípio do *due process of law* exige ainda que o processo a ser instaurado pela Administração Pública, previamente à edição de ato que atinja o patrimônio dos particulares, esteja previsto em lei. É o processo *legal* que deve ser adotado, de acordo com a cláusula ora comentada.

Havendo em nosso ordenamento jurídico lei formal dispondo sobre processo administrativo, ao menos na esfera federal, não pode a Administração Pública adotar normas processuais veiculadas através de regulamentos administrativos ou outros atos infralegais que sejam contrárias às normas legais. A função administrativa, na lição de Renato Alessi, é subordinada à legislativa, de modo que não é lícito o ato administrativo praticado sem amparo legal<sup>26</sup>.

No silêncio do legislador, a Administração Pública deverá aplicar analogicamente outras normas processuais sempre que desejar praticar ato que atinja o patrimônio dos particulares<sup>27</sup>. Normas que, obviamente, deverão respeitar o princípio do devido processo legal, com as garantias processuais que lhe são inerentes.

<sup>25</sup> A distinção entre medidas de polícia e sanção administrativa foi muito bem exposta por Daniel Ferreira: “Ao suspender a execução material da conduta incompatível com o interesse público, se também reconhecida como ilícito, o agente está a realizar, em verdade, tão-somente uma medida de polícia, não deixando que a conduta em si traga mais prejuízos à coletividade, desde logo obstaculizando-a. Quanto à sanção como decorrência desse mesmo ilícito, haverá a mesma de ser imposta, todavia somente após o anterior implemento do devido processo legal. Daí que tudo o que o aparato estatal impuser antes de deferido o prévio contraditório e ampla defesa válida sanção não pode ser” (*Sanções administrativas*, p. 24).

<sup>26</sup> *Principi di diritto amministrativo*, t. 1, p. 16.

<sup>27</sup> MOREIRA, Egon Bockmann, op. cit., p. 219-220.

3.4 De nada adiantaria a instauração prévia de processo administrativo, em conformidade com normas processuais veiculadas em lei formal, se tais normas pudessem dispor livremente sobre a relação processual, sem vinculação a valores que impõem a efetiva participação dos particulares no processo.

De conseqüência, o princípio do devido processo legal não se limita a exigir a instauração de um processo preestabelecido em lei, previamente à atuação administrativa que cause danos aos particulares. Mais do que isso: o processo a ser instaurado deve permitir que os indivíduos que poderão ser afetados pelo ato administrativo tenham oportunidade de exercer uma série de garantias processuais, as quais têm por escopo protegê-los da arbitrariedade da Administração Pública.

Assim, não basta a instauração de um processo legal qualquer. O princípio em exame exige a instauração de um *devido* processo legal, coisa bem diferente.

Para definir o *devido* processo legal é preciso recorrer, primeiramente, à idéia de Estado de Direito<sup>28</sup>, entendido não simplesmente como um Estado submetido a um ordenamento jurídico qualquer, mas sim como o ente estatal cuja ordem jurídica confere certos direitos e garantias aos particulares, oponíveis inclusive contra o próprio Estado<sup>29</sup>.

Dentre tais garantias essenciais num ordenamento jurídico de um Estado de Direito estão, indubitavelmente, as garantias processuais. É a opinião do constitucionalista lusitano Gomes Canotilho, para quem são corolários da opção constitucional por um Estado de Direito o princípio da legalidade, o princípio da segurança jurídica, o princípio da proibição do excesso e, finalmente, o princípio da proteção jurídica e das garantias processuais<sup>30</sup>.

O devido processo legal, desde sua origem, representa um óbice ao exercício arbitrário do poder estatal. Seu objetivo é impedir a arbitrariedade estatal, missão que, do ponto de vista formal, é exercida através da concessão de certas garantias processuais aos particulares, que assegurem apreciação legal, justa e razoável da questão em discussão no processo.

Para arrolar tais garantias é preciso recorrer a outros princípios constitucionais, expressos ou não, que no âmbito do processo representam obstáculo à arbitrariedade estatal. Como se disse no início, o devido processo legal está na origem dos demais princípios processuais. A assertiva não significa, por óbvio,

<sup>28</sup> Sobre o tema, ver Lucia Valle Figueiredo. *Estado de Direito e devido processo legal*.

<sup>29</sup> "Stato di diritto è quello nel quale non solo ogni autorità è subordinata al diritto, ma il diritto ha determinati contenuti, riconoscendosi ai cittadini le libertà civili e diritti pubblici subiettivi esperibili e tutelabili giurisdizionalmente anche nei confronti dello Stato" (Fausto Cuocolo. *Istituzioni di diritto pubblico*, p. 92).

<sup>30</sup> *Direito constitucional*, p. 239-275.

que tais subprincípios não possuam autonomia ou importância próprias. Significa apenas que sua origem remonta ao *due process of law*, da mesma forma como a deste remonta à idéia de Estado de Direito.

No próximo capítulo tais garantias serão abordadas de modo detalhado, à luz da recente Lei nº 9.784/99.

#### 4 Devido processo legal e a Lei nº 9.784/99

4.1 Pode-se iniciar o rol das garantias processuais com os princípios da ampla defesa e do contraditório, previstos no texto constitucional brasileiro em seu art. 5º, inciso LV. Os princípios, aplicáveis a toda espécie de processo por expressa dicção constitucional, exigem a comunicação aos interessados da existência e dos termos do processo, bem como a concessão de oportunidade para que sejam apresentadas alegações e produzidas provas previamente à decisão. Exigem mais: todo os atos praticados no curso do processo devem ser comunicados às partes, dando-lhes oportunidade de oferecer novas alegações, contraditando as que tenham sido apresentadas pela outra parte ou por terceiros (perito, p. ex.). Enfim, a ampla defesa e o contraditório não se reduzem à fase inicial do processo, mas, pelo contrário, têm aplicação durante todo o seu trâmite, até a decisão final.

Os princípios em comento podem ser reduzidos ao binômio informação-reação: a parte deve ser informada da existência do processo, bem como dos atos praticados em seu curso; a informação permite à parte reagir, ao menos potencialmente, defendendo-se, apresentando alegações e produzindo provas<sup>81</sup>.

A Lei nº 9.784/99 privilegiou os princípios da ampla defesa e do contraditório, dedicando-lhes atenção em diversos dispositivos, a começar pelo *caput* do art. 2º, que os arrola entre os princípios que devem ser observados pela Administração Pública. O referido dispositivo ainda assegura aos particulares, de modo genérico, o direito à comunicação, à apresentação de alegações finais e à produção de provas (parágrafo único, inciso X), essenciais à fiel observância da ampla defesa e do contraditório.

Em relação à primeira parte do binômio acima referido — informação —, o art. 3º da Lei nº 9.784/99 dispõe ser direito do administrado “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópia de documentos nele contidos e conhecer as decisões proferidas” (inciso II). E o art. 28 assegura que as partes devem ser intimadas dos atos processuais que resultem “em imposição de deveres, ônus,

<sup>81</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 127.

sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades”, bem como dos que “de outra maneira” sejam “de seu interesse”. É dizer, todo ato proferido no curso do processo que seja “de interesse” das partes deve ser objeto de intimação.

Assegurada a informação, trata a Lei nº 9.784/99 de garantir os meios de reação, prevendo já em seu art. 3º o direito de “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente” (inciso III).

Ainda no art. 3º encontra-se direito dos mais relevantes para o princípio da ampla defesa, qual seja, o da parte se fazer assistir no processo por advogado (inciso IV). Trata-se da chamada defesa técnica, realizada por profissional habilitado para exercer, em nome de seu constituinte, a defesa em sua plenitude, seja de mérito ou processual.

O direito à prova foi detalhado no art. 38 do referido diploma legal, que permite ao interessado “juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias”. E mais: as provas requeridas pela parte somente poderão ser indeferidas, “mediante decisão fundamentada”, “quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias” (*idem*, § 2º).

Considerando-se que em processos administrativos a prova que interessa ao particular normalmente estará em poder da própria Administração Pública, o legislador previu que em tais hipóteses “o órgão competente para a instrução proverá, de ofício, à obtenção dos documentos ou das respectivas cópias” (art. 37). Evita-se, assim, que o particular fique à mercê da boa-vontade do agente administrativo, que por diversos motivos pode não ter interesse no regular desenvolvimento do feito.

Por fim, cabe mencionar o direito à apresentação de alegações finais, a ser exercido após o encerramento da instrução do processo (art. 44). A parte deve ser intimada para apresentar suas alegações finais quando todos os atos de instrução já tiverem sido praticados, incluindo aqui pareceres e laudos técnicos proferidos por órgãos da própria Administração. É dizer, ao elaborar suas alegações finais, o particular deve ter acesso aos autos com todos os elementos que serão objeto de apreciação pela autoridade julgadora. Caso seja determinada, pela autoridade julgadora, a realização de alguma diligência que venha a trazer elemento novo aos autos, outra oportunidade deve ser concedida à parte para oferecimento de novas alegações finais.

**4.2** O princípio constitucional da igualdade (art. 5º, *caput*) constitui também relevante garantia processual, mormente no processo administrativo, no qual não raramente uma das partes é a própria Administração Pública, que também

proferirá decisão. Não se pode permitir que as partes do processo sejam tratadas de modo desigual: as oportunidades concedidas a uma devem ser estendidas à outra; os ônus e deveres processuais devem ser distribuídos de modo isonômico e equilibrado, de modo que uma das partes não fique sobrecarregada.

Deve-se atentar, porém, para o verdadeiro sentido do princípio da isonomia: tratar igualmente os iguais e de modo desigual os desiguais. Assim, havendo notória desigualdade entre as partes, caberá à Administração Pública, na condução do processo, a adoção das medidas legais que tenham por objetivo diminuir tal situação, sempre com respeito às normas constitucionais<sup>32</sup>.

Nos processos em que a Administração Pública figure também como parte, além de órgão julgador, haverá evidente desigualdade em relação ao particular. Deve-se abrandar a indesejável situação através de expedientes que separem as atividades próprias da Administração-parte das típicas da Administração-juiz. Assim, o ideal é que haja um órgão administrativo encarregado de agir como parte, apresentando alegações, requerendo a produção de provas etc., e outro competente para proferir as decisões. De tal modo, a igualdade estará mantida sem que os particulares sejam prejudicados pela “dupla personalidade” da Administração Pública no processo, que pode levar ao “quadro paranóico” a que alude o processualista italiano Franco Cordero<sup>33</sup>.

Infelizmente, a Lei nº 9.784/99 não adotou tal solução como regra nos processos administrativos, muito embora haja referência a processos em que a autoridade julgadora não se confunde com o órgão responsável pela instrução (art. 47). Mera referência, entretanto, não norma de aplicação cogente.

Outro ponto em que a Lei nº 9.784/99 foi tímida, e que representaria importante instrumento para equilibrar a posição dos particulares e da Administração Pública no processo, diz respeito à inversão do ônus da prova nos casos em que ato administrativo seja atacado pela parte atingida por seus efeitos.

É natural que a Administração Pública goze de prerrogativas essenciais à sua atividade, dentre as quais se destaca a presunção de legalidade dos atos administrativos, que a coloca em inegável posição de superioridade em relação ao particular. A presunção, obviamente, não pode servir de escudo de ilegalidades praticadas pela Administração Pública. Daí sustentar a doutrina, já há muito, que a presunção de legalidade dos atos administrativos não é absoluta, mas sim relativa, *juris tantum*, permitindo prova em contrário.

<sup>32</sup> Exemplo de regra processual que tem por objetivo diminuir a desigualdade entre as partes, ainda que no âmbito do processo civil, é a que determina a inversão do ônus da prova nos processos em que se discutam relações de consumo (Lei nº 8.078/90, art. 6º, VIII). Ver sobre o princípio da isonomia a obra de Celso Antonio Bandeira de Mello. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*.

<sup>33</sup> *Procedura penale*, p. 21.

Mas não basta relativizar a presunção de legalidade, permitindo que prova em contrário a elimine. Ocorre que em muitos casos não poderá o particular prejudicado pelo ato comprovar a sua ilegalidade, seja por não ter acesso a elementos de prova que se encontram em poder do próprio ente estatal, seja porque a ilegalidade simplesmente não pode ser comprovada, como ocorre com frequência nos casos de desvio de poder.

É necessário, portanto, ir adiante e inverter o ônus da prova nos processos em que a legalidade de ato administrativo seja questionada por particular. É tarefa da Administração Pública comprovar que agiu em conformidade com o ordenamento jurídico, exercendo sua competência nos estritos limites legais. Cabe à Administração, e não ao particular, demonstrar que estavam presentes os pressupostos fáticos que autorizavam a edição do ato administrativo impugnado e que a sua adoção foi a melhor solução para o atendimento do interesse público<sup>34</sup>.

É mais fácil que tal prova seja produzida pelos agentes administrativos, pois os elementos necessários à constatação da legalidade do ato devem ter sido analisados antes de sua edição, como assinala Lucia Valle Figueiredo: “caberá à Administração provar a estrita conformidade do ato à lei, porque ela (Administração) é quem detém a comprovação de todos os atos e fatos que culminaram com a emanção do provimento administrativo contestado”<sup>35</sup>. Ou seja, os agentes administrativos sempre devem ter condições de demonstrar objetivamente a legalidade do ato praticado, pois tal análise é essencial à edição do ato administrativo.

O silêncio da Lei nº 9.784/99, ressalte-se, não afasta a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do administrado. Parece óbvio, afinal, que em um Estado de Direito a Administração Pública deva, sempre que questionada, comprovar que sua competência foi exercida nos estritos limites legais, já que sua atuação somente é lícita se não forem extrapolados os ditames do legislador.

**4.3** Igualmente relevante é a garantia da publicidade dos atos processuais, que impede a existência de processos secretos. Aliás, não há atividade administrativa secreta, sendo o princípio da publicidade um dos retores do agir da Administração Pública (Constituição Federal, art. 37).

As hipóteses de restrição à publicidade dos atos processuais estão previstas no próprio texto constitucional, em seu art. 5º, inciso LX, que permite o sigilo

<sup>34</sup> Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari ensinam: “A presunção de legalidade vale até o momento em que o ato for impugnado. Havendo impugnação, em sede administrativa ou judicial, inverte-se o ônus da prova, porque, diferentemente dos particulares, que podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração Pública somente pode fazer o que a lei autoriza ou determina. Sendo assim, sempre cabe à Administração o dever de demonstrar que atuou de maneira conforme à lei” (*Processo administrativo*, p. 137-138).

<sup>35</sup> *Curso de direito administrativo*, p. 172.



quando “a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. É à luz de tal dispositivo constitucional que deve ser interpretado o inciso V do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/99, que assegura “a divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição”.

A norma constitucional, evidentemente, não se aplica aos particulares que podem ser atingidos pelo ato administrativo a ser praticado ao final do processo; estes sempre deverão ter acesso aos autos, facultando-se-lhes a apresentação de defesa. É dizer, a restrição à publicidade somente pode ocorrer em relação a terceiros estranhos ao processo, jamais em face das partes da relação processual, para as quais não pode haver ato processual sigiloso<sup>36</sup>. A garantia da ampla defesa e do contraditório não admite que o acesso a determinados elementos constantes dos autos seja vedado às partes que sofrerão os efeitos do ato a ser editado.

A regra é a publicidade dos atos processuais. Os atos sigilosos são a exceção, e o sigilo deve ser determinado por decisão administrativa motivada que demonstre de modo cabal estarem configuradas as hipóteses constitucionais que o autorizam. Tal decisão, obviamente, poderá sofrer o crivo do Poder Judiciário, como ocorre com os atos administrativos em geral.

Seguindo adiante na análise do princípio, há importante previsão no inciso X do parágrafo único do já aludido art. 2º (“garantia dos direitos à comunicação”), bem como no inciso II do art. 3º, que reza ser direito dos administrados “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópia de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas”.

Cabe fazer referência, ainda, ao art. 46 do diploma legal referido, que assegura aos interessados o “direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram”. Interessado, aqui, deve ser interpretado de modo amplíssimo, abrangendo qualquer pessoa que deseje obter informações ou cópias dos autos, seja ou não parte da relação processual. É a única interpretação possível à luz do inciso LX do art. 5º da Constituição Federal<sup>37</sup>. Os terceiros só não poderão ter vista dos autos e obter certidões e cópias de documentos se o processo tramitar em sigilo, nos casos de “defesa da intimidade e [d]o interesse social”, hipótese em que apenas as partes podem a ele ter acesso. Fora daí, o acesso aos autos deve ser livre.

<sup>36</sup> “Para a própria parte no processo não há qualquer ato sigiloso ou documento secreto. Quando muito, as informações serão prestadas mediante compromisso de sigilo absoluto por parte do particular.” (Egon Bockmann Moreira, op. cit., p. 101).

<sup>37</sup> Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari, comentando o dispositivo aludido, ensinam que “interessado é quem tem interesse, é qualquer pessoa” (op. cit., p. 143).s

4.4 Outra relevante garantia processual que constitui óbice à arbitrariedade da Administração Pública é o princípio da motivação, que impõe aos agentes administrativos o dever de fundamentar seus atos, indicando os pressupostos legais e de fato que justificaram o exercício da competência.

O fundamento constitucional do princípio da motivação está no inciso X do art. 93 da Constituição Federal, que dispõe que “as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas”. Ora, não é razoável que apenas as decisões administrativas dos tribunais tenham tal requisito de validade, pois nada as difere das decisões administrativas editadas pelos demais Poderes. Decisões administrativas são proferidas no exercício da função administrativa, seja no seio do Judiciário, seja no seio do Executivo e do Legislativo. Do ponto de vista formal, que leva em consideração o regime jurídico, nada difere umas das outras. Sendo o regime jurídico o mesmo, a exigência de motivação aplica-se a todas as decisões administrativas, por analogia e por força do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais<sup>38</sup>.

De qualquer modo, o dever de motivação é um corolário da opção constitucional por um Estado de Direito. De fato, reza o princípio da legalidade que a Administração Pública somente pode agir quando expressamente autorizada pela lei, através da outorga legal de competência aos agentes administrativos. No silêncio legal não há atividade administrativa lícita. Daí afirmar Renato Alessi que a função administrativa é subordinada à legislativa<sup>39</sup>.

Se a licitude da atuação administrativa depende da prévia atribuição legal de competência ao agente, sob pena de invalidade do ato praticado, é necessário que a Administração Pública demonstre que no caso concreto estão presentes os pressupostos fáticos que autorizam o exercício da competência administrativa. É dizer, o agente administrativo deve comprovar que está agindo dentro da esfera

<sup>38</sup> Gomes Canotilho, ob. cit., p. 1.149. No mesmo sentido é a lição de Lucia Valle Figueiredo: “Ora, se as decisões administrativas do Judiciário devem ser motivadas, claro está que também a motivação é necessária para as decisões do Executivo. Deveras, o Judiciário exercita função administrativa de maneira atípica, pois, tipicamente, sua função é a judicial. Procedendo-se à interpretação sistemática, não seria de se supor que os tribunais devessem motivar suas decisões administrativas e não fossem a isso obrigados os administradores, a quem cabe expressamente a função administrativa, portanto, de maneira típica” (op. cit., p. 40-41).

<sup>39</sup> “Tale subordinazione, che concreta il principio della necessaria legalità dell’attività amministrativa, va intesa anzitutto in senso negativo: vale a dire nel senso che l’attività amministrativa trova un limite formalmente insuperabile nella legge, la quale può porre divieti a determinate attività, tanto per quello che concerne le finalità da raggiungere, quanto per quello che riguarda i mezzi e le forme da seguirsi a tale scopo; ma va intesa, anche e soprattutto, in senso positivo: e questo non soltanto nel senso che la legge può vincolare positivamente l’attività amministrativa a determinate finalità od a determinate mezzi o determinate forme, ma altresì nel senso che ... l’amministrazione, particolarmente per quanto concerne l’attività di carattere giuridico, può fare soltanto ciò che la legge consente” (*Principi di diritto amministrativo*, p. 16).

de competência que a lei lhe outorgou, pois do contrário competência não há e a atuação administrativa é ilegal<sup>40</sup>.

Tal demonstração ocorre através da motivação do ato administrativo, na qual o agente justifica a edição do ato, comprovando que estão presentes no caso os pressupostos legais que lhe autorizam a exercer a competência outorgada por lei<sup>41</sup>.

Portanto, é indispensável a motivação dos atos administrativos, como regra. Excetua-se, no curso de processo administrativo, os despachos de mero expediente. No mais, a ausência de motivação conduzirá à invalidação do ato administrativo.

De conseqüência, o art. 50 da Lei nº 9.784/99 deve ser interpretado de modo extensivo, ampliando-se a exigência da motivação a todos os atos administrativos. Aliás, o inciso I do citado dispositivo legal permite tal compreensão, ao impor a motivação dos atos que “neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”, previsão que pode abarcar todas as manifestações da Administração Pública relevantes para os particulares, que sempre atingem um determinado direito ou interesse.

Ademais, o parágrafo único do art. 2º do citado diploma legal prevê de modo categórico que é princípio dos processos administrativos a “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão” (inciso VII), que nada mais é do que a motivação. Ora, se é um “critério” a ser aplicado nos processos administrativos, como consta do texto legal, a motivação não pode ser restrita a apenas algumas espécies de atos administrativos.

Sendo assim, a interpretação mais adequada da Lei nº 9.784/99, sob o enfoque do sistema constitucional brasileiro, é a de que é obrigatória a motivação dos atos administrativos em geral<sup>42</sup>. Obrigatoriedade que, saliente-se, já existia por força da disposição constitucional acima mencionada e do próprio sistema jurídico vigente, que é o de um Estado de Direito.

<sup>40</sup> Competência aqui entendida em sentido lato, abrangendo todos os pressupostos legais do ato administrativo, pois “não há competência – em última instância – senão quando concorrerem todos os requisitos legais que lhe delineiam a concreta compostura” (Celso Antonio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 61-62).

<sup>41</sup> O raciocínio foi desenvolvido à perfeição pelo jurista uruguaio Alberto Ramon Real, que ensina: “Es natural que se exija a las autoridades justificar su competencia, invocar la norma que les atribuye el poder jurídico ejercido. Y es natural que se les exija, además, demostrar que se dan, en el caso concreto, los requisitos de motivo y finalidad que condicionan la validez del ejercicio de ese poder. El derecho del administrado – que ha dejado de ser el súbdito del príncipe para volverse, como ciudadano, partícipe de la formación de la voluntad del estado – requiere la justificación legal de la competencia y de su ejercicio racional” (*Fundamentación del acto administrativo*, p. 13).

<sup>42</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello considera a restrição da motivação às hipóteses arroladas no art. 50 da Lei nº 9.784/99 inconstitucional (*Curso de direito administrativo*, p. 459). A interpretação ora proposta, calcada em dispositivos da própria Lei nº 9.784/99 (art. 2º, parágrafo único, inciso VII, e art. 50, inciso I), afasta a inconstitucionalidade do art. 50. Trata-se de interpretação conforme a constituição, técnica hermenêutica amplamente aceita pela doutrina (Gomes Canotilho, op. cit., p. 1151).

Espera-se que a previsão infraconstitucional, mais objetiva e detalhada, mude o hábito de não motivar os atos administrativos até aqui enraizado em nossa Administração Pública, resquício de um período autoritário de nossa história, já superado.

4.5 Há que se mencionar, ainda, a garantia da autoridade administrativa natural, correlata à do juiz natural que se aplica ao processo judicial. Inerente à idéia de devido processo legal<sup>43</sup>, o princípio veda a criação de tribunais de exceção, instituídos *post facto* para julgar um determinado e específico caso<sup>44</sup>.

Salta aos olhos que a arbitrariedade teria grande espaço para florescer se fosse dado ao Estado designar, após a ocorrência do fato, a autoridade encarregada do julgamento. Conforme os interesses do momento, seria constituído órgão julgador mais rigoroso (para os inimigos) ou mais benevolente (para os apaniguados). Daí a necessidade de que a competência para proferir julgamento em processo administrativo esteja definida em lei anterior à ocorrência do fato.

A Constituição Federal de 1988 acolhe o princípio do juiz natural nos incisos XXXVII (“não haverá juízo ou tribunal de exceção”) e LIII (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”) do art. 5º. As disposições são plenamente aplicáveis aos processos administrativos, nos quais é proferido “juízo” sobre determinada questão atinente a alguém que é “processado” perante a Administração Pública<sup>45</sup>. E o já referido princípio da máxima efetividade das normas constitucionais veda qualquer restrição que se pretenda fazer dos dispositivos acima mencionados.

<sup>43</sup> “De acordo com os postulados resumidos nesta fecunda expressão [*due process of law*], preenche de conteúdo constitucional, os direitos à vida, liberdade e propriedade são protegidos contra o poder por um processo ordenado, leal e adequado, segundo o Direito; isto veio a significar, hodiernamente: processo contraditório, no qual as partes são tratadas com igualdade, na forma de normas adjetivas claras, aplicando-se lei prévia, mediante a autoridade imparcial e independente de um *juiz natural*. Tal é a garantia que nos oferece o direito constitucional positivo brasileiro” (Geraldo Ataliba. *República e Constituição*, p. 121).

<sup>44</sup> “O que é o juiz natural? É o juiz competente, o juiz que tenha competência antes do fato acontecido; não o juiz designado para determinada controvérsia. Então, juiz natural é o juiz competente para o feito. Conseqüentemente, também não pode haver administrador denominado *ad hoc*, ou órgão colegiado *post facto*.” (FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 409) Cite-se ainda a lição de Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari (op. cit., p. 110): “à idéia de juiz natural opõe-se a de juiz de exceção (*i.e.*, aquele designado adrede para um determinado litígio ou segmento de litígios)”.

<sup>45</sup> “A expressão ‘juízo’, como assinalado, comporta o sentido de julgamento que ocorre em sede de processo administrativo disciplinar, onde há um juízo administrativo. A expressão ‘tribunal’, a seu turno, mesmo entendida no sentido técnico, não é sinônimo de tribunal judiciário. Prova disto, a previsão constitucional do ‘Tribunal de Contas’ (art. 71), não integrado ao Poder Judiciário. A expressão ‘processado’ engloba o processo administrativo disciplinar, tendo em vista a afirmação constitucional expressa do ‘processo administrativo’ no art. 5º, inciso LV. O termo ‘autoridade competente’ põe às claras o sentido amplo dos enunciados informadores do princípio” (Romeu Felipe Bacellar Filho, op. cit., p. 298-299).

A Lei nº 9.784/99 não adotou de modo expresso o princípio da autoridade natural, sequer arrolando-o entre os aplicáveis ao processo administrativo. Tratando-se de princípio constitucional, entretanto, o silêncio do legislador não constitui óbice à sua aplicação. A norma infraconstitucional, por óbvio, deverá ser interpretada e aplicada de modo a não contrariar a garantia constitucional.

O art. 17 do citado diploma legal institui norma geral de competência para o processo administrativo, que “deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir”, desde que não haja “competência legal específica”. É dizer, a autoridade natural competente é em regra a “de menor grau hierárquico para decidir”, excetuando-se as hipóteses em que haja previsão legal — e deve ser acentuada a palavra *legal* —, atribuindo a competência a autoridade de maior grau hierárquico, que será, no caso específico, a autoridade natural competente.

A estrutura hierarquizada da Administração Pública permite uma aplicação mais amena do princípio da autoridade natural, inaceitável na seara da função jurisdicional. Como se sabe, no Poder Judiciário não há hierarquia<sup>46</sup> entre os órgãos jurisdicionais, sendo certo que os de primeiro grau têm ampla liberdade de decidir, independentemente da posição adotada pelos tribunais de segundo grau. O mesmo ocorre entre estes e os tribunais superiores. Não há, enfim, entre órgãos jurisdicionais, no exercício de sua função típica, qualquer relação de subordinação<sup>47</sup>.

O mesmo não ocorre na seara da Administração Pública, na qual o órgão de menor grau hierárquico é subordinado ao imediatamente superior, até o topo da pirâmide administrativa. Há, nas palavras de Alessi, um poder de direção conferido aos órgãos administrativos, que podem impor sua vontade a seus subordinados, seja através de normas gerais e abstratas (portarias etc.), seja através de atos individuais e concretos (ordens propriamente ditas)<sup>48</sup>.

<sup>46</sup> “Hierarquia pode ser definida como o vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno. Os poderes do hierarca conferem-lhe uma contínua e permanente autoridade sobre toda a atividade administrativa dos subordinados.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 116)

<sup>47</sup> Na lição de Frederico Marques, “no exercício de suas funções, o juiz não está prêsso a veículos hierárquicos. Para Adolf Merkl, o traço específico da magistratura reside justamente nessa situação de independência de cada juiz em relação aos outros órgãos judiciários. Na Administração, existe a subordinação que decorre da hierarquia orgânica; na Justiça, a coordenação, tão-somente, que resulta da independência funcional de cada magistrado. A independência judicial consiste sobretudo na inadmissibilidade e falta de obrigatoriedade de quaisquer instruções superiores relativas ao exercício da atividade judiciária, mesmo que desçam tais instruções de tribunais de instância mais elevada” (*Instituições de direito processual civil*, v. 1, p. 148).

<sup>48</sup> Op. cit., p. 115. No mesmo sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*, p. 116-117.

Se a autoridade superior pode impor sua vontade à imediatamente inferior, é admissível que a competência seja delegada ou avocada, desde que numa mesma cadeia hierárquica. Tanto uma como outra hipótese foram previstas na Lei nº 9.784/99 (arts. 11/15), muito embora a delegação tenha sido admitida mesmo a “órgãos ou titulares” que não sejam hierarquicamente subordinados à autoridade delegante, previsão que não se coaduna com o princípio constitucional da autoridade competente. Mais adequada, do ponto de vista constitucional, foi a disposição da Lei nº 10.177/98, do Estado de São Paulo, que apenas autorizou a delegação a autoridades subordinadas à que delega (art. 19).

De qualquer modo, a Lei nº 9.784/99 disciplinou as figuras da delegação e avocação de modo minudente, salientando seu caráter absolutamente excepcional. De fato, dispõe o diploma legal em análise que a delegação é possível apenas quando atender a interesse de “índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial” (art.12), sendo certo, ainda, que há competências indelegáveis (art. 13) e que a delegação será sempre limitada e precária (art. 14). Já a avocação somente “será permitida em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados” (art. 15).

Tanto numa hipótese como na outra o ato será passível de controle jurisdicional, não havendo, obviamente, liberdade de atuação do agente administrativo.

**4.6** Deve-se fazer referência, por fim, ao princípio da revisibilidade (ou duplo grau de jurisdição administrativa)<sup>49</sup>, que consiste na garantia de apresentar recurso de decisões proferidas em processo administrativo. Trata-se de relevante obstáculo à arbitrariedade, contra a qual se volta o *due process of law*<sup>50</sup>.

O recurso permite ao particular prejudicado pelo ato administrativo submeter a questão à apreciação de outro órgão, hierarquicamente superior, que poderá modificar a decisão, em caso de ilegalidade. Assim, eventuais desacertos da decisão poderão ser corrigidos pela própria Administração Pública, sem que seja necessário recorrer ao Poder Judiciário. O particular, de conseqüência, não fica à mercê de um único agente administrativo, situação que dá margem a atuações abusivas de funcionários mal intencionados.

<sup>49</sup> Utilizam a expressão “princípio da revisibilidade”, ente outros, os professores Celso Antonio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 448) e Lucia Valle Figueiredo (*Curso de direito administrativo*, p. 415). A opção dos insígnies autores parece a mais acertada, pois no ordenamento constitucional brasileiro vige o sistema de jurisdição única, exercida pelos órgãos do Poder Judiciário. Não é tecnicamente adequado, portanto, utilizar a expressão “jurisdição administrativa”.

<sup>50</sup> Daí ensinarem Adilson de Abreu Dallari e Sérgio Ferraz: “o direito ao reexame de uma decisão parece e, efetivamente, é elementar ao devido processo legal” (op. cit., p. 87).

Ademais, a possibilidade de que a decisão venha a ser revista por órgão hierarquicamente superior cerceia a atuação do agente administrativo que age desidiosamente ou de má-fé. A falta de controle é convite ao abuso e à arbitrariedade, sendo a potencial interposição de recurso a órgão hierarquicamente superior um constante incentivo à atuação proba das autoridades estatais.

No caso do processo administrativo, o princípio da revisibilidade é imposição lógica que decorre da estrutura hierarquizada da Administração Pública. O órgão administrativo superior deve rever os atos do inferior, se ilegais. Trata-se de *dever-poder* que não pode ser descurado pelo agente administrativo<sup>51</sup>.

Por outro lado, a Constituição Federal garante aos particulares o direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, alínea *a*), que deverá desencadear a instauração de um processo e a prolação de uma decisão. Deste modo, a parte que se sentir lesada por ato praticado em processo administrativo tem o direito de encaminhar petição ao órgão superior, que o invalidará se estiver configurada ilegalidade<sup>52</sup>, não sendo possível a convalidação<sup>53</sup>.

A Lei nº 9.784/99 expressamente adotou o princípio da revisibilidade, ainda que de modo restritivo, garantindo o “direito à interposição de recursos, nos processos em que possam resultar sanções e nas situações de litígio” (art. 2º, parágrafo único, inciso X).

A restrição legal não impede a interposição de recursos em processos que não estejam abrangidos pelo dispositivo acima transcrito. Como dito, o princípio da revisibilidade é decorrência direta do devido processo legal, expressamente acolhido pela Constituição Federal. Ademais, o direito constitucional de petição garante ao particular lesado por ato administrativo a faculdade de se dirigir ao órgão hierarquicamente superior, que terá o *dever-poder* de apreciar a legalidade do ato praticado por seu subordinado. De conseqüência, como salientam Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, “o cabimento do recurso dirigido ao superior hierárquico imediato independe de expressa previsão legal”<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Weida Zancaner, com acerto, sustenta que “a Administração deve invalidar quando o ato não comportar convalidação. Deve convalidar sempre que o ato comportá-la” (*Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 57). Ou seja, há dois deveres: convalidar o ato, se possível; não o sendo, invalidá-lo.

<sup>52</sup> Falando sobre o direito de petição e o princípio da revisibilidade, Celso Antonio Bandeira de Mello aduz que “tal direito presume uma atuação administrativa que o cidadão repute desconforme com a ordem jurídica. Assim, peticionará a revisão dela, tanto mais porque a Administração se estrutura hierarquicamente, no que vai implícito um princípio de revisibilidade” (*Curso de direito administrativo*, p. 453).

<sup>53</sup> Nos termos do art. 55 da Lei nº 9.784/99, cabe convalidação dos atos administrativos “que apresentarem defeitos sanáveis”, desde que não cause “lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros”.

<sup>54</sup> Op. cit., p. 176.

## 5 Conclusão

A Lei nº 9.784/99, apesar de ter sido proferida com décadas de atraso em relação a outros ordenamentos jurídicos, supriu de modo muito satisfatório a intolerável lacuna que até sua edição havia no direito administrativo brasileiro<sup>55</sup>.

De fato, no referido diploma legal encontram-se normas que impõem a observância das garantias processuais que decorrem do princípio do devido processo legal, ao lado de outras que disciplinam minudentemente a edição de atos administrativos pela Administração Pública Federal, permitindo aos particulares um melhor controle sobre o exercício da função administrativa. Deve-se destacar, ainda, a já mencionada previsão de formas de participação popular no processo de formação do ato administrativo, através de audiências e consultas públicas, circunstância que coloca a nossa legislação nos trilhos da moderna doutrina do Direito Administrativo.

Espera-se que a Lei nº 9.784/99, bem explorada pela doutrina e jurisprudência pátrias, afaste os últimos sinais de autoritarismo que ainda podem ser encontrados na atuação da Administração Pública, concretizando em definitivo o Estado Democrático de Direito no Brasil.

## 6 Referências bibliográficas

- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1974, t. 1.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BUENO, Vera Scarpinella. Devido processo legal e a administração pública no direito administrativo norte-americano. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). *Devido processo legal na administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 13-80.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

<sup>55</sup> A comissão que elaborou o anteprojeto que deu origem ao diploma legal referido, coordenada pelo professor Caio Tácito, era composta pelos professores Inocêncio Mártires Coelho, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Almiro do Couto e Silva, José Carlos Barbosa Moreira, Odete Medauar, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Adilson Abreu Dallari, José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Garrido Modesto e Carmen Lúcia Antunes Rocha.



- CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. 6. ed. Milano: Garzanti, 2000.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1993.
- CUOCOLO, Fausto. *Istituzioni di diritto pubblico*. 10. ed. Milano: Giuffrè, 1998.
- DINAMARCO, Cândido. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. t. 1.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. Estado de Direito e devido processo legal. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 15, p. 35-44, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Introdução do direito processual administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 2. ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 1998. t. 2.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 7, p. 52-80, jan./mar. 1947.
- REAL, Alberto Ramon. Fundamentación del acto administrativo. *Revista de Derecho Público*, n. 62, p. 5-20, abr./jun. 1982.
- SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. *Revista de Direito Público*, n. 84, p. 64-74, out./dez. 1987.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.
- TÁCITO, Caio. Direito administrativo participativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 15, p. 24-28, 1996.
- ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.