

Atos Administrativos

Atos Administrativos

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO



1980

CIP-Brasil. Catalogação-na-Fonte
Câmara Brasileira do Livro, SP

F896a Franco Sobrinho, Manuel de Oliveira, 1916-
Atos administrativos / Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. —
São Paulo : Saraiva, 1980.
Bibliografia.
1. Atos administrativos 2. Direito administrativo I. Título.

OLIVEIRA FRANCO, RIBEIRO, KÜSTER, FERRAZ ADVOGADOS ASSOCIADOS	
Registro	1123
Data	4/7/01

79-1429

CDU-35.077
-35

Índices para catálogo sistemático:

1. Atos administrativos : Direito administrativo 35.077
2. Direito administrativo 35

1889



SARAIVA S.A. — Livreiros Editores

Belo Horizonte — MG

R. Célia de Souza, 571 — Bairro Sagrada Família — Tels.: (031) 461-9962 e 461-9995

Porto Alegre — RS

Av. Chicago, 307 — Floresta — Tels.: (0512) 22-1463 e 22-0554

Rio de Janeiro — RJ

Av. Marechal Rondon, 2231 — Tels.: (021) 201-7149 e 261-4811

São Paulo — SP

Av. do Emissário, 1897 — Tel.: (011) 826-8422

Para

PAULINO SARAIVA

a homenagem de um estudioso que muito
deve à leitura dos livros

Para minha geração do futuro

Tobias de Macedo

Manuela de Macedo

Isabela de Macedo

Fabiana de Oliveira Franco

Eduardo de Oliveira Franco

Maria Augusta de Oliveira Franco

Giovana de Oliveira Franco

esta lembrança para ficar

Índice geral

<i>Prefácio</i>	XI
PRIMEIRA PARTE	
<i>Capítulo I</i>	
Origem e fundamento dos atos administrativos	3
<i>Capítulo II</i>	
Os atos administrativos no ordenamento jurídico	15
<i>Capítulo III</i>	
Princípios informadores dos atos administrativos	27
<i>Capítulo IV</i>	
Princípios que representam valores fundamentais	36
SEGUNDA PARTE	
<i>Capítulo V</i>	
Os atos administrativos na organização administrativa	51
<i>Capítulo VI</i>	
Licitude e validade dos atos administrativos	60
<i>Capítulo VII</i>	
Vícios que maculam os atos administrativos	67
<i>Capítulo VIII</i>	
Os elementos na realidade dos atos administrativos	80
TERCEIRA PARTE	
<i>Capítulo IX</i>	
Análise intrínseca dos atos administrativos	91
<i>Capítulo X</i>	
Atos de governo ou atos políticos	99
<i>Capítulo XI</i>	
Atos administrativos discricionários	106

<i>Capítulo XII</i>	
Os atos institucionais	116
QUARTA PARTE	
<i>Capítulo XIII</i>	
Motivação dos atos administrativos	131
<i>Capítulo XIV</i>	
Categorias comuns de atos administrativos	139
<i>Capítulo XV</i>	
Categorias típicas de atos administrativos	146
<i>Capítulo XVI</i>	
Categorias especiais de atos administrativos	155
QUINTA PARTE	
<i>Capítulo XVII</i>	
Revogação dos atos administrativos	171
<i>Capítulo XVIII</i>	
Anulação dos atos administrativos	179
<i>Capítulo XIX</i>	
As nulidades nos atos administrativos	188
<i>Capítulo XX</i>	
Retroatividade dos atos administrativos	196
SEXTA PARTE	
<i>Capítulo XXI</i>	
Desvio de poder nos atos administrativos	207
<i>Capítulo XXII</i>	
Excesso de poder nos atos administrativos	215
<i>Capítulo XXIII</i>	
Abuso de poder nos atos administrativos	222
<i>Capítulo XXIV</i>	
Atos administrativos e direitos adquiridos	229

SÉTIMA PARTE

Capítulo XXV

Atos administrativos recorríveis e impugnáveis 239

Capítulo XXVI

Os atos administrativos na prática dos recursos administrativos 245

Capítulo XXVII

Modos de controle *interno* dos atos administrativos 252

Capítulo XXVIII

Modos de controle *externo* dos atos administrativos 260

OITAVA PARTE

Capítulo XXIX

Eficácia e validade dos atos administrativos 269

Capítulo XXX

Invalidação dos atos administrativos 276

Capítulo XXXI

Convalidação dos atos administrativos 283

Capítulo XXXII

Extinção dos atos administrativos 290

NONA PARTE

Capítulo XXXIII

O ato administrativo criador de direitos privados301

Capítulo XXXIV

O ato administrativo modificador e condicionador de direitos privados 307

Capítulo XXXV

Atos administrativos emanados dos poderes Judiciário e Legislativo 312

Capítulo XXXVI

Atos administrativos bilaterais 318

DÉCIMA PARTE

Capítulo XXXVII

Publicidade dos atos administrativos 327

<i>Capítulo XXXVIII</i>	
Responsabilidade pela prática de atos administrativos	334
<i>Capítulo XXXIX</i>	
Elementos constitutivos da responsabilidade administrativa	341
<i>Capítulo XL</i>	
Responsabilidade no plano geral da atividade administrativa estatal	349
<i>Índice dos autores citados</i>	359
<i>Bibliografia geral de pesquisa e consulta</i>	367
<i>Índice sistemático</i>	375

Prefácio

Continua o estudo do ato administrativo a ser tema dos mais fascinantes. Já abordado por inúmeros administrativistas de inegável mérito com as transformações operadas no direito público está a exigir contudo colocações atuais e objetivas.

Se existe no mundo dos fenômenos jurídicos um direito móvel, dinâmico e ao mesmo tempo positivo, esse é o Direito Administrativo, pois nas suas amplas relações envolve o Estado, o indivíduo e as garantias asseguradas na ordem constitucional.

No Direito Administrativo têm os atos administrativos sensível posição doutrinária e prática inquestionável, considerando que não há Estado sem Administração e que a atividade pública só se dimensiona por meio de manifestações concretas.

Em tudo encontramos o ato administrativo como jurídico na realidade dos fenômenos sociais, criando direitos e obrigações, impondo deveres e privilégios, fazendo do Estado força de poder ativo capaz de gerar violências ou lesões condenáveis.

Não há em outra disciplina jurídica tantas relações como aquelas que advêm da atividade administrativa. Passando o ato administrativo a centrar preocupações porque entre o ato perfeito e o não-perfeito está a lei e a norma disciplinadora.

Faz anos que o autor, nas diversas funções que exerceu ganhando experiência, vem de perto estudando a problemática, analisando regimes e estruturas administrativas, a fim de conseguir realizar obra como esta, de meditação e profunda pesquisa.

Não pode no entanto dizer, muito embora a extensão do livro, que tenha atingido todos os enfoques à compreensão do ato administrativo, tendo em conta ambição intelectual difícil de ser programada em tão complexo permanente fenômeno jurídico.

Todavia, o que se realizou com a publicação deste trabalho de investigação merece acolhimento cordial dos estudiosos, não só pela sinceridade de sua exposição como também pelas contribuições indispensáveis trazidas ao debate exegético.

O ato administrativo, hoje em dia, não é nenhum mero artifício, nem realidade que não sintamos em todos os momentos da vida social e política. É uma declaração concreta do Estado-poder que nas sociedades humanas domina e submete.

Nas variadas manifestações, o ato administrativo condiciona nossa própria existência, a vida do Estado e a vida da Administração, merecendo por isso apreço jurídico todo especial. Quem sabe é na sua expressão visível o próprio Direito Administrativo.

Embora as questões de organização administrativa envolvam complexos problemas institucionais, o ato administrativo nas suas projeções e dimensões há de provocar controvérsias já que não independe dos regimes políticos que lhes são próprios.

Não obstante, o ato administrativo como figura jurídica e na sua figuração formal traz a tônica de universalidade, não podendo ser apreciado nem analisado distante de construções que ganharam positividade conceitual, dogmática e propedêutica.

A intenção do autor, desde o início do trabalho, foi de anatomizar o ato administrativo, desintegrá-lo nos elementos, analisando-o por intermédio das categorias para a final chegar a uma unidade capaz de qualificá-lo na contextura jurídica.

Não foi esforço inútil, acreditamos. Desde os fundamentos do ato administrativo o que se procurou com muita paciência foi buscar na doutrina e na prática tudo quanto favorecesse o estudioso numa temática tão agressiva como científica.

No Brasil, sem dúvida, o ato administrativo alcança perspectivas que dizem com os poderes, com o sistema federal, federado e municipal, afetando tanto a Administração direta como indireta, abrangendo o Estado nas amplíssimas manifestações de governo.

Além de monográfico, este também é um livro didático por excelência, interessando o advogado nos processos impugnatórios, o funcionário no exercício das funções, o administrador nas decisões de boa conduta legal administrativa.

Saber quando o ato administrativo é válido ou legítimo, legal ou arbitrário, gerador de lesões ou criador de direitos, constitui luta constante daqueles que em face de um poder público maior querem preservar a grandeza do ordenamento jurídico.

Pretende este livro bem fazer conhecer o ato administrativo na perfeição ou imperfeições, o ato marcado de legitimidade e o ato sofrido de ilegalidade, o ato na sua plena eficácia determinando valores jurídicos permanentes.

Para tal empreitada não ficou o autor só na experiência e no estudo, buscou tudo quanto foi possível no direito brasileiro e na bibliografia internacional, documentou o trabalho exaustivamente para conseguir firmar idéias em posturas rígidas.

Pela primeira vez, ousa o autor confessar, realizou trabalho audaz e cansativo. Não deixando de lado, no seu entender, nenhuma perspectiva apreciável. Ficando bastante grato aos especialistas que o ajudaram na construção deste livro.

Quem sabe, muitas das colocações adotadas não tenham o dom de satisfazer respeitadores doutrinadores, mas o que se teve em mira foi conciliar a doutrina com a prática, a semântica jurídica com fatos na fenomenologia administrativa.

Observe-se, antes de finalizar, que o autor preferiu não tocar nas decisões jurisdicionais, não porque os tribunais não tenham conhecido com segurança matéria administrativa, mas por estar o estudo do ato administrativo exatamente posicionado no direito posto.

No Brasil, farta e valiosa jurisprudência na tradição vem valorizando o exame das decisões administrativas impugnadas, porém com respeito aos atos na problemática administrativa pertencem ao direito de todas as nações politicamente organizadas.

Uma tônica, contudo, de sentido geral, que vai do começo ao término do livro, é a do princípio da responsabilidade estatal administrativa. Sob este ângulo, convém esclarecer, todos os aspectos possíveis foram analisados conforme se apresentassem.

Não podia o autor, conhecendo regimes jurídicos-administrativos, não desconhecendo a posição do poder público e dos administrados, deixar de destacar que a Administração não atua senão responsabilmente submetida às imposições do ordenamento jurídico.

M. de O. F. S.

PRIMEIRA PARTE

- **Origem e fundamento dos atos administrativos**
- **Os atos administrativos no ordenamento jurídico**
- **Princípios informadores dos atos administrativos**
- **Princípios que representam valores fundamentais**

SUMÁRIO:

1. O ato jurídico-administrativo.
2. O fato administrativo.
3. A vontade na existência dos atos.
4. Motivação e fins.
5. Ato político e ato administrativo.
6. O ato produto da função.
7. Efeitos diversificados e qualificados.
8. A causa de interesse público.
9. Mérito e finalidade do ato.
10. O ato na sua finalidade.
11. Mérito e falta de mérito.
12. Elementos e pluralidade de objeto.
13. A expressão **ato administrativo**.

CAPÍTULO I

Origem e fundamento dos atos administrativos

1. O ato jurídico-administrativo

Na organização administrativa a função pública manifesta-se por meio de atos jurídicos, de operações materiais que na dinâmica de administrar dão vida aos atos administrativos.

De imediato, duas faces apresenta o ato administrativo:

— uma fazendo cumprir o ordenamento jurídico ou obedecendo as regras preexistentes;

— outra, criando situações jurídicas objetivas ou subjetivas nas relações estabelecidas.

Ato jurídico, ato jurídico-administrativo ou ato de administração constituem expressões correntes assemelhadas, embora a doutrina procure levantar desnecessárias sutilezas conceituais.

Apresente-se o ato, sob que forma se apresentar, dadas suas origens, suas finalidades, suas peculiaridades, em matéria de conteúdo ou pelos motivos é tão-somente *ato administrativo*.

Jurídico, sim, porque tem suporte no ordenamento jurídico, nos regimes de organização institucionalizada. *Administrativo*, sim, porque visa operações para satisfação de interesses gerais comunitários ou estatais produzindo conseqüências de direito ¹.

1. Na temática, consulte-se: Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929; Ugo Forti, *I motivi e la causa negli atti amministrativi*, Roma, 1937; Armando de Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Padova, 1942; Umberto Frangola, *Gli atti amministrativi*, Turim, 1952; Michel Stassinopoulos, *Traité des actes*

Decorrem os atos administrativos de circunstâncias presumíveis, avaliáveis, imprevisíveis ou compulsórias:

— umas emanadas de *atos*, forçando a atividade administrativa, obrigando a Administração e impondo soluções;

— outras, assentadas nos propósitos de bem servir o interesse público, de prestar serviços derivados da função.

Nas hipóteses enunciadas a Administração atua de modo coercivo por impulso ou de maneira a cumprir com os exatos deveres administrativos. Numa está o *ato* dirigindo a vontade. Na outra a *vontade* procurando materializar finalidades públicas.

2. O fato administrativo

Quanto ao *ato*, acontecimento sempre não esperado, movimenta a Administração, ativa a função justificando os poderes de ação pública, originando por motivo de força maior relações jurídicas administrativas.

Temos, como exemplo, alguns fatos naturais que acontecem independentes da vontade administrativa ou dos administrados, levando o poder público a exercitar atos até então não previstos, a realizar atividades antes desnecessárias.

No melhor enfoque, fazem *atos administrativos*: comoções intestinas, tormentas, inundações, a utilidade pública, as estiagens, o interesse social, razões de segurança, a prescrição, a caducidade, resultando o ato do *ato* que o qualifica.

Na origem do ato está a razão de *força maior*, acontecimento imprevisível ou previsível na lei, carreando para a Administração obrigações irrecusáveis e submetendo o administrado ao interesse público e geral.

Quanto às circunstâncias fáticas presumíveis, avaliáveis, imprevisíveis ou compulsórias, distinguem-se:

— diante do que a lei prevê, pode prever ou do que a norma permite na atividade administrativa;

— face imponderável que a Administração responde adotando medidas capazes de resguardar interesses.

Quando a lei diz, ou faculta, o que pode ser tirado do domínio privado, inclusive a propriedade, a Administração quando age está a atuar no limite de fatos presumíveis e avaliáveis.

Não dizendo a lei, porque nem tudo a norma legal pode dizer, acontecendo circunstâncias irreversíveis a Administração, quando age está a atuar ante evidência de fatos imprevisíveis e compulsórios.

administratifs, Atenas, 1954; Maria Rivalta, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milano, 1960; Manuel Maria Diez, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961; J. Cre-tella Júnior, *Do ato administrativo*, São Paulo, 1962; Agustín A. Gordillo, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969; Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho Administrativo*, Montevideo, 1978, v. 2, t. 3; Regis Fernandes de Oliveira, *Ato administrativo*, São Paulo, 1978; Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978.

Cabe porém observar que, em consequência das múltiplas operações administrativas consentidas, os atos administrativos também são múltiplos pela natureza e na espécie, determinantes com respeito às causas e à finalidade, definindo-se cada um deles pelo aspecto substancial na razão direta dos efeitos.

3. A vontade na existência dos atos

Em tese, os atos jurídicos tal como os atos administrativos constituem declarações de vontade, sejam na espécie atos unilaterais ou bilaterais. Quanto à vontade, nos seus efeitos, é também essencial diante dos fatos jurídicos já que a atuação pública nasce de um dever que envolve responsabilidade.

Na fenomenologia administrativa, o ato de gestão no mais amplo sentido prático apresenta dois aspectos:

— o do exercício da função na organização e conforme regime de competência;

— o de produção de efeitos diretos ou indiretos na consecução dos fins públicos.

Sem dúvida, o ato administrativo, na teoria dos atos jurídicos, há de ser estudado em razão da finalidade, para saber-se:

— o que da Administração quer;

— o que a Administração está obrigada a fazer.

Na hipótese do *querer administrativo* a questão se coloca no estrito respeito à lei e às normas regradadas. Em se tratando, no entanto, de um *dever administrativo* o ato a praticar como manifestação de vontade traduz decisão conseqüente de afetado interesse comum.

A lei ou a norma, na organização, sempre prevêm expressamente:

— a competência que possuem agentes e órgãos;

— as causas permissivas ou determinantes do comportamento administrativo.

Daí porque, no fundo da problemática, o ato administrativo deve ser analisado:

— em relação ao objeto quando a lei autoriza;

— em relação às circunstâncias de fato.

De qualquer maneira, predeterminada a atuação administrativa, importa e muito a condição de legitimidade não só quanto ao ato com suporte na lei, mas também quanto ao ato surgido da imposição de fatos.

4. Motivação e fins

Na verdade, as questões que surpreendem exigindo solução são questões que se resolvem por meio de atos administrativos. A motivação, integrando a natureza do ato, qualifica a atuação pública, dando ao menos condição de legitimidade.

Assim não fosse, não haveriam no Direito Administrativo princípios civis ou comerciais a obedecer, regulando direta ou indiretamente a atividade administrativa, a motivação estabelecendo vínculos que tornam o ato existente e suficiente na categoria.

Toda classificação, por mais criteriosa que deva ser, por mais amplos que sejam os critérios definidores, não acoberta as inúmeras situações criadas, nem impede que a Administração crie situações inusitadas provocadas por fatos na execução de serviços.

Duas posições, assume, na constância, o poder administrativo:

— uma quando os atos editados surtem de atividades privadas da Administração;

— outra quando os atos afetando relações externas regulam na extensão matéria de direito público.

Obviamente, não obstante a doutrina especular, os atos administrativos fazem categorias diferenciadas, atendendo o conteúdo e a finalidade. Não vemos por isso razão técnica para a distinção entre atos administrativos e atos de governo.

Todos são atos administrativos, cabendo da análise de cada ato apenas investigar os fins perseguidos. Na categoria, quando autônomos, caracterizam-se pela manifestação de vontade, mas só por meio de mecanismos administrativos a vontade se efetiva.

Mesmo admitindo que haja uma função autônoma de governo, *função* de existência real informando a atividade política estatal, *função* asseguradora de altos interesses nacionais, os atos praticados apenas afirmam suportes jurídicos diferentes.

5. Ato político e ato administrativo

A questão, colocada na história, sobretudo na velha doutrina inglesa, incorporada ao direito britânico, traz um sentido qualificador, a fim de que, nos sistemas de garantias, os *acts of State* não se conflitassem com os princípios básicos da *rule of law* ².

O que ficou assentado foi apenas isto:

— os *acts of State*, provenientes do exercício de poder soberano, fogem do controle jurisdicional;

— os demais atos submetem-se ao ordenamento jurídico, embora venham a satisfazer interesses públicos.

Como só a Administração (poder político administrativo) tem condições de atuar, fazer e realizar, a diferença entre o ato político (de governo) e o ato administrativo é de natureza teleológica diante tão-somente das finalidades perseguidas ³.

2. H. W. R. Wade, *Administrative law*, Oxford, 1970.

3. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1972, v. 2.

Considere-se que os atos de governo são aqueles editados pelo Poder Executivo de conteúdo porém político, de finalidade ampla e definida nas relações externas. Aqueles que creditam, ao Executivo, no plano constitucional, atividades impostas diante de fatos.

Passam a atos de política exterior (guerra ou neutralidade), a atos internacionais (relações diplomáticas), a atos de política interna (de gestão de negócios), a atos geradores de situações jurídicas (atividade administrativa), todos refletindo manifestações de ampla atuação estatal.

Carece, por isso, de fundamento natural na mecânica das instituições, a tentativa impossível de limitar o ato administrativo a definições genéricas que se tornam restritivas, tolhendo conceitos que somente ganham substância diante das causas e dos fins⁴.

Quanto mais se estuda o ato administrativo, inúmeras são as dimensões de efeitos provocados, as projeções determinantes de situações jurídicas, surpreendendo a vontade e a função como os dois fatores mais importantes para o atuar público em face da lei e da organização estatal.

6. O ato produto da função

Sem dúvida, é válida a afirmática de que “o progresso alcançado pelo Direito Administrativo contemporâneo se deve ao desenvolvimento da teoria do ato administrativo”, que nas projeções “constitui o eixo ao redor do qual giram a maioria das instituições”⁵.

No entanto, o ato administrativo não é apenas uma concepção jurídica, uma noção terminológica. Faz realidade concreta, palpável, visível a todos os instantes da vida social. Atuação (vontade) e realização (serviços), nele se contém o modo pelo qual o Estado se organiza para a inteira satisfação dos interesses públicos.

Sistematizada a atividade da Administração, embora categorias se façam presentes, o regime jurídico não deixa de ser homogêneo, de unidade nas origens e diferenciado nas finalidades. Correspondem a circunstâncias onde

4. Quando falamos em definições, estamos a falar em conceituação. Na verdade, as categorias dizem melhor que as definições. Todo esforço doutrinário até agora empreendido, no mais das vezes, resultou em complexidades, tornando coisas concretas em fenômenos especulativos. Haja por visto o que herdamos de alguns notáveis do administrativismo contemporâneo, não se precisando anotar novamente (notas 1 e 3) os já apontados: L. Auby, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, Paris, 1947; Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1969, v. 1; E. Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, v. 1; sobretudo, Maurice Hauriou, Gastón Jéze, Rafael Bielsa, André de Laubadère, Jean Rivero, Massimo Severo Giannini, Aldo M. Sandulli, Marcel Waline, R. Entrena Cuesta, Georges Vedel, Renato Alessi, Jaime Vidal Perdomo, Carlos Garcia Oviedo, Oreste Ranalletti, Guido Zanobini e Ernst R. Forsthoff. Coube a Stassinopoulos ampliar as perplexidades doutrinárias, unilateralizando demasiadamente o ato administrativo, querendo o ato como simples manifestação individualizada de direito em cada caso. Raros foram os administrativistas que se preocuparam com o *fato* na organização e o *ato* determinando situações jurídicas além das individuais.

5. Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, p. 81.

a heterogeneidade não quebra a homogeneidade, uma vez que a matéria é jurídica e o ato jurídico.

Orgânico por excelência, de conteúdo essencial programático, produto da função pública, o ato administrativo cumpre no mundo do direito tarefas de organização, de direção e de governo, sem as quais falecem as instituições básicas.

Tanto de conceito jurídico como de conceito material, o essencial como veremos “é distinguir os distintos tipos de atividade estatal em função de um regime jurídico unitário”, *regime* que se desdobra por razão de causas e finalidades ⁶.

Objetivo pelo que pretende, manifestado por meio da vontade e conforme a norma, exteriorizando o exercício da função pública, já atualmente o ato administrativo não depende de teorias, de escolas que o expliquem ou de modos de apreciação jurídica.

Só a finalidade vem qualificando a natureza do ato, dizendo para que serve e o que pretende, sobretudo porque o ato administrativo não é exclusivo do Poder Executivo, mas também do Legislativo e do Judiciário, quando resultante de atividade orgânica peculiar.

Portanto, pela finalidade, o ato categoriza-se, ganha categoria própria, denominação conveniente adequada a fins, alcance marcado no fato e na lei, aparecendo a vontade materializada, a declaração do que a Administração quer no aspecto formal determinativo.

7. Efeitos diversificados e qualificados

Ninguém desconhece que hoje em dia o princípio da separação dos poderes nada tem que ver com a natureza dos atos administrativos. O problema da separação é mais um problema de função, que propriamente de atuação, do Estado sujeito à competência na qual os modos de ação fazem-se peculiares.

O realismo que, no começo do século, dominou a doutrina francesa, merece adaptação às novas determinantes de organização político-social. Primeiro, para tirar o ato administrativo da sua noção abstrata; segundo, para dar ao ato tipificação adequada ⁷, reconhecendo uma unidade para o conceito, embora nas categorias com respeito à execução os efeitos venham diversificados.

Concreto, por rígidas virtudes, valem as distinções por categorias, mas falecem as distinções divorciadas de causa e finalidade tão-somente porque uma vez exercitados os atos administrativos geram efeitos jurídicos qua-

6. Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1969, v. 1, p. 46.

7. A contribuição de Leon Duguit foi altamente valiosa dando ao ato expressão de vida nas funções (v. *L'état, les gouvernants et les agents*, Paris, 1903). De igual maneira de Maurice Hauriou (v. *Précis de droit administratif*, Paris, 1929), falando de decisão executória e de ato administrativo tipo.

lificados, situações individuais ou gerais, posições jurídicas subjetivas de alcance marcado pela justa obrigação de fazer e realizar.

De plano ou na extensão, no tocante aos efeitos, acentua-se a idéia de serviço público dentro de concepção orgânica e formal, predominando a função administrativa na sua base material, ou seja, de “uma atividade concreta e contínua que tem por objetivo a satisfação de fins de interesse geral”, onde os critérios aparecem diretos e permanentes na continuidade ⁸.

Entender, de maneira antagônica, seria o mesmo que adotar para os conceitos de ato administrativo e serviço público noções negativas que ao invés de explicarem fatos conduziram o pensamento doutrinário para rupturas na organização entre a vontade e a ação, entre a atuação obrigatória e as exigências de necessidades gerais.

Analisado o Direito Administrativo na evolução histórica, a sua perfeita identidade com princípios da Administração pública, verifica-se que só na larga atuação estatal esgota-se a matéria de fatos e conseqüentes atos, embora as operações dependam da existência de normas jurídicas diferenciadas quanto aos fins.

8. A causa de interesse público

O que é preciso atender, em face da dinâmica de atividade estatal, são as manifestações positivas que produzem efeitos jurídicos. Tais manifestações, na mecânica das instituições, por certo resolvem-se por meio de atos, de pronunciamentos afirmativos que exteriorizam atos administrativos.

A ninguém convence, por impossível, existir um Estado parado, desvitalizado administrativamente, impotente no exercício das funções, nem uma Administração carente de propósitos públicos, tolhida na prática de atos que devam corresponder a fins de serviço público.

Quando a lei permite, a norma autoriza e a regra na competência legítima, o Estado ativo torna-se fenômeno comum nos regimes políticos, possibilitando a Administração movimentar-se por força de atos cujo alcance vincula-se a categorias diante de inequívocas realidades.

Uma das características, portanto, dos atos administrativos na teoria e prática dos atos jurídicos é a sua face concreta positiva e finalística, fora de abstrações conceituais que possam indeterminá-los na categoria, impossibilitando-os na perseguição dos efeitos esperados e marcados na ordem administrativa dos serviços públicos a prestar ⁹.

8. José Garcia Trevijano Fos, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1964, v. 1, p. 50.

9. Neste ponto, estamos com Renato Alessi (v. *Instituciones de derecho administrativo*, trad. esp., Barcelona, 1970, p. 249), quando afirma não parecer útil “construir uma teoria unitária do ato administrativo”. Todavia, nas categorias, em razão dos elementos, o ato administrativo em si faz uma unidade conceitual e formal. O que interessa, no entanto, é a unidade na prática procedimental.

Tenha-se presente, no entanto, que substancialmente os atos administrativos diferem dos atos de direito privado quanto aos elementos constitutivos, sendo de destacar a causa de interesse público e o processo de formação, a vontade manifestada por meio da função e o exercício das obrigações cometidas.

Em princípio, por consequência, todo ato editado pela Administração no exercício de funções é basicamente um ato administrativo. Para qualificá-lo numa determinada categoria basta no tocante às causas que analisemos os efeitos possíveis ou que avaliemos as repercussões de alcance geral ou particular.

9. Mérito e finalidade do ato

Para análise e avaliação, dois pontos levam a pesquisa a procurar, um do *mérito*, outro do *fim* do ato. O valor de *mérito*, que pertence ao objeto declarado, e o de *fim*, como condição de legitimidade.

No mérito reside um juízo de valor já que “o ato é meritório quando satisfaz plenamente os interesses públicos para os quais foi criado”, ou seja, quando “assenta por sua função na juridicidade inerente à atividade da Administração pública”¹⁰.

Os fatores que resultam no mérito, subjetivamente de parte da Administração, traduzem oportunidade, conveniência e eficácia desde que a lei e a norma aplicável não impeçam a vontade estatal determinando-lhe os modos do possível agir.

Não se diga, no entanto, que, nos regimes de garantias jurídicas asseguradas, os valores que geram o mérito não devam ser avaliados. *Sim* porque são valores ponderados na juridicidade e não privativos da Administração, visando que os efeitos do ato atinjam finalidade pública.

Já que todo ato administrativo é *oportuno* diante das imposições de um dado momento, tanto a oportunidade como a conveniência e a eficácia não são conceitos tão largos que não possam ser apreciados nas consequências e fins.

Problema de conhecimento, o ato oportuno, conveniente e eficaz para afastar a intervenção de controle há de corresponder a fins públicos na juridicidade, a metas programadas na legitimidade, sem o que haverá *excesso* nas práticas administrativas.

O tempo jurídico, considerando a natureza dos fins, impõe atuação mediata ou imediata, mas sempre uma atuação onde o interesse público venha informado concretamente, porque não é bastante com respeito à finalidade o querer administrativo ou a eleição de um ato não adequado no momento da vigência.

10. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1969, v. 1, p. 346.

10. O ato na sua finalidade

Simplemente, qualquer ato administrativo vem submetido a um fim determinado, a uma finalidade prevista. Não sendo legítimo o fim, não há juízo de valor intrínseco que justifique a oportunidade e a conveniência, tornando flagrante a ineficácia.

Não podemos ignorar que a finalidade provém da juridicidade, qualificando-se por meio da legalidade. Embora as normas apareçam como de direito público, mesmo que o ato queira responder a um fim de administração, isso não afirma juízo de valor genérico ou indefinido.

Importa, e muito, na análise de um ato administrativo, o conteúdo de fim público qualificado, “o conteúdo teleológico da finalidade”, isto é, o ato querendo nos efeitos satisfazer propósitos que justifiquem sua existência no momento da edição ¹¹.

Na verdade, “a expressão fim público traz um objeto destacável de conteúdo funcional e relacionado com a causa”, pois a *causa* “está assenta em uma norma” que deve ser geral e só particular nos casos exclusivos apontados por lei ¹².

Todavia, requer-se do analista saber distinguir, no mérito do ato administrativo, a moralidade ou a ética da declaração, trazendo à colação tudo quanto repudie à consciência jurídica, principalmente quando o mérito aparece em oposição com os normais princípios legais ¹³.

Em tese, o ato administrativo legal é aquele ato perfeito e sem vícios, não carente de juridicidade e de legitimidade, aquele que entra no mundo do direito pela sua existência não só legal mas pela sua existência real, efetiva e justa.

Considere-se aqui como *juridicidade* o que está na essência do ato, na essência de toda atividade de administração. Como *legitimidade* uma consequência da juridicidade com respeito a aplicação de normas na competência capazes de refletir vontade, causa, finalidade e forma.

11. Mérito e falta de mérito

De tanto a doutrina repetir em afirmações teóricas que o mérito do ato não sofre controle, tais afirmações ganharam terreno embora se conflitem com os sistemas jurídicos asseguradores de garantias, uma vez que a juridicidade e a legalidade impõem tutela sobre todos os elementos do ato administrativo.

Ainda que se diga que o mérito não é um elemento do ato administrativo, a tutela da legalidade quando exercitada atinge o ato na sua unidade,

11. Fiorini, op. cit., v. 1, p. 342.

12. Fiorini, op. cit., v. 1, p. 343.

13. Na doutrina: Pietro Bodda, *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Turim, 1933; Maria Rivalta, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milano, 1960.

não persistindo razão lógica para excluir o controle quando o mérito infringe normas perceptivas regradas.

A indecisão da doutrina não pode desconhecer que o mérito do ato envolve os efeitos ou então o objeto declarado, sobretudo os interesses públicos. Pesa o argumento da falta de mérito tornando o ato inoportuno, inconveniente e ineficaz.

Todo juízo de mérito pode acontecer ser um juízo de *demérito* ou de falta de mérito, levando a um juízo jurídico que injustifica a prática do ato, não obstante o ato não deixe de existir, tenha projeção de efeitos concretos e até lesivos ¹⁴.

Já que os atos administrativos quando surgem no mundo do direito chegam para dizer *como* se manifestam e que *vigência temporal* possam ter, tais condições absorvem os problemas circunstanciais de conveniência em virtude do conhecimento do objeto ou da finalidade.

Se na esfera própria da Administração a invalidade dos atos pode manifestar-se por condições de legitimidade e mérito, fica evidente que a falta de mérito ou o mérito discutível de ato definitivo possibilita a impugnação recursal.

A posição correta será aquela que admite o controle para deixar sem efeito os atos administrativos inoportunos por falta de mérito provado, que suspende ou anula a vigência de atos carentes de justa causa, passando o mérito *in casu* a apreciável, quando venha a ferir interesses legitimados.

12. Elementos e pluralidade de objeto

Diante da pluralidade de objetos o ato administrativo pluraliza-se nas categorias, cada uma delas irradiando vontade no fazer e no realizar, refletindo uma atitude da Administração no que é do seu dever público ou que vem resultante de fatos.

Entrando em atividade, convém repetir, a vontade estatal se manifesta por meio de atos, *atos* que interessam ao direito porque criadores de relações jurídicas. Não há um só ato administrativo que não afete situações, quer privadas ou quer públicas, provocando responsabilidade.

Operação de procedimento, os atos administrativos, quando exercitados, marcam comportamento jurídico adequado de gestão dos negócios públicos. Não surgem, nem se tornam válidos, fora do ordenamento jurídico. Devem ser observados não apenas teoricamente.

Contudo, na prática, surpreende a importância das teorias não-especulativas, forçando o analista a examinar a natureza do ato e sua projeção no universo das relações jurídicas, tendo em conta determinados requisitos "de forma e fundo" ¹⁵.

14. Aurélio Guaita, *El proceso de lesividad*, Barcelona, 1953; Fernando Garrido Falla, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956.

15. J. Cretella Júnior, *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 214.

Precisamente, nos elementos, ou pelos elementos, o ato administrativo distingue-se do chamado *ato jurídico*, daquele ato comum no direito privado que rege interesses particulares. O atributo *público*, de interesse público, matiza sua natureza e finalidade.

Nada vemos, portanto, de embaraçoso, a não ser o que provém de abstratas especulações doutrinárias, definir o ato administrativo na sua qualificação jurídica. Basta que tomemos de um ato e dele tiremos as causas que venham a produzir efeitos concretos.

Alguns pressupostos merecem explicação:

— o da origem do ato administrativo, as causas que o determinaram, dando-lhe forma;

— a finalidade do ato administrativo, tendo em conta seu conteúdo substancial;

— a finalidade diante do interesse público, facultando efeitos não contrários ao direito posto.

Recomenda-se, por isso, para cada ato administrativo, o exame do que pretende em razão do que a Administração quer, a fim de avaliar-se a juridicidade, a legitimidade da atuação administrativa e a situação criada nas relações que estabelece.

13. A expressão ato administrativo

Evidente que para o analista criterioso é sempre possível definir o ato administrativo e colocá-lo na sua devida categoria. Quanto à definição, é problema de conhecimento da natureza do ato jurídico; quanto às categorias, problema de finalidade jurídico-administrativa.

A expressão *ato administrativo*, universalizada conceitualmente, não faz expressão vaga ou imprecisa que necessite da doutrina cuidados especiais. Basta a sua *origem* para bem caracterizá-lo. É bastante a *finalidade* para situá-lo no ordenamento jurídico.

Os desencontros de pensamento doutrinário quando permanecem são os que resultam dos regimes jurídicos administrativos, do modo pelo qual o Estado está organizado, das *formas* que ativam na legitimidade o atuar administrativo.

Todavia, *ato administrativo* é uma expressão *única* no direito universal e comparado¹⁶. De pronto, traduz *in concreto* atividade de administração pública. Compreende, nas suas fontes, o que os sistemas exigem para que a Administração movimente-se.

Expressão consagrada, está claro que tem significado genérico, para só na prática adquirir conotações derivadas, fisionomia peculiar a cada procedimento administrativo, e a isso dá-se o nome de *categorias*, em face das variadas operações públicas.

16. Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, México, 1960; Francis Paul Bénéoit, *Le droit administratif français*, Paris, 1968.

Colaboram para tal entendimento:

— a manifestação da chamada vontade administrativa materializada por meio de modos ou formas de gestão;

— o interesse público figurado gerando procedimentos que se transformam em operações materiais.

De inegável valor para o direito, o ato administrativo assume importância fundamental em todas as relações sociais, porque não só dimensiona posições políticas de governo quando na sua extensão intervém no que pertence ao patrimônio privado.

Transcendendo esferas, a do direito público e a do direito privado, o ato administrativo como ampla manifestação da vontade estatal, definindo-se a partir do conceito de ato jurídico, atinge projeções que envolvem a sociedade humana e seus poderes.

SUMARIO:

14. Os atos administrativos na estrutura constitucional.
15. Organização e divisão de funções.
16. Limites no ordenamento jurídico.
17. O ato administrativo e a lei.
18. A importância da finalidade.
19. A finalidade concreta e realizável.
20. Objeto e motivação legal.
21. Classificações e categorias.
22. Categorias gerais e específicas.
23. A conduta legal da Administração.
24. Unidade orgânica e categorias.
25. Os efeitos de direito.
26. Definição de ato administrativo.

CAPÍTULO II

Os atos administrativos no ordenamento jurídico

14. Os atos administrativos na estrutura constitucional

Admitindo que o ato administrativo é *toda* manifestação de vontade do Estado, já não encontra guarida o entendimento que tais atos são exclusivos do Poder Executivo, daquele *poder* responsável pela *parte maior* da Administração pública.

Constantemente temos de estudar e analisar:

- os atos administrativos de competência do Poder Judiciário;
- os atos administrativos exercitados na órbita do Poder Legislativo;
- os atos administrativos editados no plano da Administração indireta;
- os atos administrativos autorizados a nível de administração delegada ou concedida.

Na descentralização funcional, por exemplo, os modos de comportamento administrativo com respeito aos entes autônomos, em razão da função característica que lhes é cometida, embora as técnicas internas possam parecer específicas, fazem-se também atos administrativos¹.

Releva saber, no entanto, que os atos emanados de qualquer poder na estrutura constitucional são atos administrativos assemelhados, procedimentos executivos de administração própria, manifestações que se permitem no regime exclusivo de competência.

Em qualquer esfera de competência constitucional os atos administrativos quando podem ser editados não diferem nas categorias dos atos admi-

1. Julio A. Prat, *Los entes autónomos*, Montevideo, 1971, p. 93-6.

nistrativos consumados na área do Poder Executivo, não obstante caiba a este último maior raio de ação diante de fins.

Muitas vezes as portarias assemelham-se a decretos produzindo os mesmos efeitos. Se no Executivo o decreto é a forma hábil, em outras esferas a portaria faz a forma adequada. O mesmo acontece na Administração autárquica em matéria peculiar administrativa.

Excepcionaliza o decreto legislativo, contudo, atos administrativos provenientes do Legislativo, vinculados a ordenamento interno regimental, sujeitos ao controle judicial, pois que editados podem lesionar direitos ou interesses protegidos.

15. Organização e divisão de funções

O problema como se observa no tocante aos poderes constitucionais e à Administração indireta é de regime jurídico e de regras que dominam a natureza dos procedimentos administrativos ².

A questão, na organização administrativa, é até certo ponto questão concreta de jurisdição, não de tripartição dos poderes constitucionais. Originariamente a competência constitucional estabelece os princípios básicos para depois decompor-se numa flagrante divisão de funções.

Nos diferentes planos, há para considerar:

— uma condição subjetiva quanto aos sujeitos que recebem competência para agir;

— uma condição objetiva referente ao objeto da regra da atividade administrativa.

Aparecendo, *in casu*, de pronto, ao analista duas figuras:

— a da *pessoa* detentora do poder de atuação;

— a da *finalidade* legitimando o atuar administrativo.

Não existe por motivo da razão de ser das coisas na organização estatal um regime único para edição de atos administrativos. Os atos administrativos, estes sim é que diante do objeto-finalidade ganham categorias de exata qualificação.

O que importa, evidentemente, é o poder que pratica o ato ³. Como ganha importância o efeito jurídico, provenha o ato dos poderes ou de outras entidades administrativas, não valem só os critérios informadores doutrinários, mas também o exato enquadramento nas categorias.

Na prática, em parte contrariando a doutrina, todos os critérios classificatórios surgem insuficientes. O ato administrativo vige pelo que é, na forma por que foi editado ou pelo interesse público que representa. Vige como resultante da função preventiva de permitida atuação.

2. Georges Vedel, *Droit administratif*, Paris, 1958, p. 33.

3. Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, México, 1960, p. 119.

Ao analisar a atividade administrativa, o problema coloca-se dentro da organização e não fora dela, porque somente por meio da organização administrativa chegamos à natureza da função, aos princípios reguladores que regem determinado ordenamento jurídico.

16. Limites no ordenamento jurídico

Surpreendem, nos atos administrativos, dois aspectos substanciais:

- o de regime jurídico na organização administrativa;
- o de conformidade com o direito e a lei.

No primeiro aspecto, ressalta o destaque da função a exercer; no segundo, o princípio da legalidade. Em ambos, a finalidade de alcançar por via administrativa a execução das leis mediante orientação que imparcializa e limita a Administração.

Não fossem os sistemas normativos, não aparecesse o Direito Administrativo como “um direito positivo de regras específicas”, não ficasse a Administração nos limites fixados pelo ordenamento jurídico, desnecessário seria o estudo da sua atividade⁴.

O estudo, fique bem claro, de uma atividade que, desenvolvida por meio de atos ou de uma atuação que não deve transbordar da lei, vincula instrumentalmente a uma única sistemática que uma vez exteriorizada traduz categorias de procedimentos que correspondem a determinados fins.

Considerando o tipo de organização política ou o regime estabelecido de poderes, as funções administrativas estão sujeitas às Constituições, às normas preordenadas pelo sistema constitucional, obrigando que na atuação os atos tenham suportes legais⁵.

Dentro da organização, portanto, é que devemos investigar a função administrativa ou a natureza dos atos administrativos, avaliando franquias e apreciando limites. Tudo porque o Estado pela Administração participa das relações que dizem com fins de interesse público.

Tendo em conta que os atos administrativos constituem manifestações de conhecimento num juízo de valor, a exigibilidade decorre da legitimidade e da executoriedade, dois pontos em que a doutrina levanta suposições que escapam das práticas corretivas aconselhadas.

A legitimidade já hoje em dia não é apenas uma presunção, porque não é difícil examinar atos baixados fora das prescrições legais. No tocante à legitimidade, os atos se presumem legítimos até o momento da impugnação e de prova em contrário.

A executoriedade, por sua vez, não passa de faculdade atribuída pelo ordenamento jurídico, podendo o ato administrativo ser detido na execução por meio do apelo a medidas de correção ou anulamento, ficando assim duvidosa a exigibilidade.

4. Francis Paul Bénoit, *Le droit administratif français*, Paris, 1969, p. 65.

5. Régis Fernandes de Oliveira, *Atos administrativo*, São Paulo, 1978, p. 19.

17. O ato administrativo e a lei

Está evidente que a Administração tem o direito de impor suas decisões indiferente à intervenção judicial, mas este direito depende da organização, da lei e da norma aplicável, sem o que caracteriza-se o abuso ou o excesso na ação administrativa ⁶.

Os atos administrativos devem formalizar-se, pois, nas respectivas categorias pelo que diz e manda a lei. Sujeitos a uma causa e a um fim, limitados ao interesse que perseguem ou aos objetivos qualificados de serviço público.

Declaração ou não, o ato administrativo produz conseqüências jurídicas. A simples expressão *declaração* não é o bastante para figurar a manifestação de vontade, *manifestação* que deve ser dirigida a um fim, a uma finalidade material e concreta.

No bom entender, editado um ato administrativo, o que era vontade deixou de ter importância, porque o que está a vista nos efeitos jurídicos é o ato na categoria devidamente formalizado. Do exame do ato verifica-se a vontade consoante a norma.

Não obstante, diante de um fato, acontecimento imprevisível, a vontade torna-se criadora acaso a norma não corresponda à realidade do momento, permitindo-se à Administração que aja ou tome medidas sem com isso fugir da responsabilidade que lhe cabe.

Nenhuma razão sobra ao hermenêuta, tendo em mão um ato administrativo formalizado, para dar à vontade a imperatividade que não possui, quando examinado o ato se pode concluir pela inoportunidade ou a inconveniência, pela falta de condições exigíveis por lei.

Como a vontade do administrado não faz elemento essencial do ato, também a vontade da Administração necessita ser avaliada porque não faz pressuposto básico. O que importa é o ato em si, o que representa, o que quer atingir na ordem jurídica.

A relevância de um ato administrativo reside nos efeitos jurídicos, nos elementos que o integram, na sua possível perfeição ⁷. Para que um ato seja válido é preciso que contenha desde sua formação os elementos intrínsecos indispensáveis.

18. A importância da finalidade

Não vemos porque, nos atos administrativos, o vezo de distinguir a finalidade do fim. São coisas que se identificam diante do objeto do ato. Seja o fim mediato ou imediato a finalidade constitui na prática *materialização* do interesse público.

A questão, sem dúvida, de fim mediato ou imediato não desnatura a finalidade do ato. Compete tão-somente à Administração em face da conve-

6. André Buttgenbach, *Manuel de droit administratif*, Bruxelles, 1959, p. 324.

7. Manuel Maria Diez, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1956, p. 201.

niência ou da oportunidade propor as medidas aconselháveis ou tomar as decisões circunstanciais.

Por falar em vontade, intenção volitiva, não sendo um elemento e nem um componente do ato administrativo, ela aparece da reunião de todos os elementos, submetida aos elementos do ato, só podendo ser apreciada após manifestação concreta ⁸.

A finalidade, esta sim, assume importância indubitosa, porque a vontade compreende tanto a intenção como o fim, constituindo uma condição material, nunca elemento do ato administrativo ⁹. Existe a vontade, como fator e não elemento, no momento da edição do ato.

Valendo o ato editado, a vontade desaparece para dar lugar à finalidade, a não ser que a Administração, após exercitado o ato, torne-o sem efeito por razões que desfiguraram a intenção. A finalidade, no entanto, é o elemento básico de avaliação dos resultados jurídicos.

Saber o que a Administração pretende somente é possível depois de exteriorizada a vontade. Nunca antes, porque é do ato que surtem os efeitos jurídicos, a *finalidade* como consequência da formalização do ato administrativo.

No plano doutrinário, o melhor método de exame avaliatório dos atos administrativos assenta em duas posições:

— uma, de *causa* a fim de se verificar o porquê da atuação administrativa;

— outra, de *finalidade* atendendo aos efeitos produzidos ou a se produzirem.

De qualquer maneira o problema a equacionar é simplesmente de lógica jurídica. Importando no ato administrativo o que ele vem fazer no mundo do direito. Se podia ou não ser editado. Ou se na finalidade não lesiona situações jurídicas.

19. A finalidade concreta e realizável

Ato sem finalidade definida é ato administrativo inexistente. Embora hajam os demais elementos, sobretudo de sujeito, causa e forma, o fim-finalidade faz-se essencial. A questão, na sua clareza, é de finalidade objetiva em matéria administrativa.

Não havendo o fim-finalidade, para que serve um ato administrativo? A transcendência não está na causa e nem mesmo nos permissivos legais, mas exatamente no que pretende a Administração. Obviamente, nada pretendendo, o ato fica esvaziado nos efeitos.

Como condição final-primordial a finalidade participa como elemento essencial da perfeição do ato administrativo. Traz figuração objetiva e prá-

8. André Gonçalves Pereira, *Erro e ilegalidade no ato administrativo*, Lisboa, 1962, p. 105; Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978, p. 183-5.

9. Cassagne, op. cit., p. 202.

tica, concreta e realizável. Impõe valor de conteúdo jurídico porque vincula a Administração a norma de direito.

Quando se quer corrigir ou anular um ato administrativo, o que se procura atingir é a finalidade, os efeitos jurídicos que dele emanaram. Ainda que sejam importantes os motivos, em torno da finalidade giram os processos impugnativos.

Na verdade, hoje em dia já não existem pontos controvertidos de monta com respeito aos atos administrativos. Pontos que não se possam harmonizar diante dos elementos considerados essenciais. No ordenamento legal reside o equilíbrio entre a causa e a finalidade de interesse público.

Aceita a causa como legítima, o interesse público como existente, o importante constitui apreciar a finalidade diante do permissível, o fim frente à lei, a vinculação do ato a seus efeitos, os *efeitos* em conexão com o que a Administração podia fazer.

Estamos, assim, em face do interesse público, dando ao ato administrativo condição de legalidade substancial, afirmando no campo das obrigações administrativas o dever que tem a Administração de jamais violentar preceitos exatamente capitulados.

São precisamente as razões de fato e de direito antecedentes do ato administrativo que justificam sua finalidade e existência. Razões que resguardam o próprio ordenamento jurídico, que submetem a Administração e administrado a regras recíprocas de comportamento.

Resulta inquestionável que a finalidade contendo os efeitos há de vir qualificada *in concreto*, oferecendo figuração categórica ao ato administrativo, definindo-o na categoria tendo em mira determinado resultado de interesse público.

20. Objeto e motivação legal

O essencial, atendendo a finalidade, fica sendo o objeto, considerado o objeto como conteúdo do ato administrativo. Acontece que pelo objeto o ato afirma uma decisão, clarifica uma postura predeterminada assentada na força da norma legal.

O importante no objeto “é a sua conformidade com o direito objetivo”¹⁰. Devendo ele ser “lícito, certo e determinado, possível física e juridicamente, razoável e moral”, embora a moralidade “constitua um elemento autônomo do ato administrativo”¹¹.

Tão ligado está o objeto à finalidade ou com os fins de serviço que cumpre distinguir:

— na finalidade, o interesse público de menor ou maior grau, forçando o atuar administrativo;

— no objeto, a natureza do ato, dando-lhe significado e exatidão quanto ao fim perseguido.

10. Cassagne, op. cit., p. 202 e s.

11. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1972, v. 2, p. 345.

Se de um ato, pela finalidade, aceitamos um serviço público em tese, pelo objeto singularizamos a vontade administrativa de maneira a entender que o objeto se contém na finalidade, que a finalidade envolvendo o objeto dá-lhe motivação legal.

Quando identificamos o objeto com o conteúdo do ato queremos fazer referência àquilo que está contido numa determinada coisa, à razão de ser do próprio ato na sua natureza, ao que está compreendido na vontade normalmente exercitada.

Há no ato administrativo uma espécie de contextura, de elementos que se encadeiam num mesmo contexto, de *elementos* marcados pela conexão a partir do conhecimento de que o ato deve ser editado até a fixação da finalidade de serviço público.

O que queremos, da análise de um ato administrativo, é saber:

- o seu fim ou sua finalidade;
- se a sua eficácia é mediata ou imediata;
- o poder de que vem revestido.

Por isso toda classificação que não quiser trair critérios básicos não pode deixar de apreciar o fim-finalidade, *entender* a projeção do ato em razão do objeto e *medir* o poder que se contém no ato para situá-lo nos limites permitidos.

21. Classificações e categorias

Obviamente, classificações e categorias trazem os mesmos resultados teórico-doutrinários. Somente que, em se tratando de classificações, pesa o elemento de valor intelectual, ao passo que, nas categorias, o problema aparece colocado de maneira objetiva.

Nas classificações, o que vemos é uma posição teórica, especulativa, onde as colocações refletem tendências. Quase todas elas, quando examinadas, prenes de irrealismo, de maneirismos terminológicos ou simplesmente verbais.

Já com respeito às categorias, a questão é de objetividade, aparecendo cada ato na sua expressão jurídica, circunscrito a uma forma na acepção estrita, situado dentro do que a Administração quer e conforme peculiaridades inerentes ao interesse público.

Quem buscar, na história do Direito Administrativo, principalmente no direito comparado, o estudo das várias classificações existentes, observará que de nada elas servem, a não ser para confundir soluções que na prática não encontram sustentação ¹².

12. Não há jurista, administrativista, que não tenha a sua própria classificação. O interessado, querendo, pode buscá-la. Embora a influência, entre os contemporâneos, tenha vindo da França e da Itália, os sistemas classificatórios, por tão diferenciados, não convencem cientificamente. Servem, no entanto, à doutrina. Ou melhor, muito serviram, enquanto o Direito Administrativo não ganhasse positividade normativa.

Entretanto, do estudo das categorias as dificuldades são de menos importância, porque pela categoria se define um tipo de ato administrativo, qualifica-se o procedimento da Administração, ou seja, estuda-se o ato tal como é na sua verdadeira conotação conceitual.

Se no mais das vezes uma classificação traduz apenas enumeração enunciativa, o critério que dela decorre não é científico, porque é exemplificativo, não possuindo qualquer exemplo apontado caráter próprio de indispensável tônica jurídica.

O que importa, no tocante aos atos administrativos, é que possam ser agrupados em categorias, ficando cada ato figurado na sua tipificação, definido quanto a finalidade, nominado conceitualmente diante de duas hipóteses:

- uma com respeito à sua própria natureza;
- outra de forma prevista, atendendo a diferentes situações jurídicas.

Evidente que existem categorias *in genere* e categorias específicas, contendo as primeiras manifestações consideradas em tese e as segundas manifestações práticas exteriores. As primeiras aproximam-se da teoria geral do direito. As segundas pertencem exclusivamente ao Direito Administrativo.

22. Categorias gerais e específicas

Em princípio, na problemática, numa larga visão temos para exemplo o ato-regra, o ato-condição e o ato subjetivo. Bem observando fazem condições de colocação generalizante. O mesmo sucede com os unilaterais e os bilaterais.

Todos eles, contudo, falam de estrutura na formação, não dizendo do ato como pode ser, do revestimento peculiar, isto é, das espécies que assumem concreta exteriorização. Ou então que adotam figurações características de um decreto ou de uma portaria.

De pronto, num ato administrativo, a distinção material é de forma, do modo como ele ganha o mundo do direito, da roupagem que o envolve tocando à relação jurídica, a fim de verificar se o instrumento escolhido explica a decisão adotada.

No tocante à aplicabilidade, depois de *gerais*, os atos administrativos *particularizam-se*, já que não podemos deixar de distinguir os de alcance geral e aqueles atos baixados para efetivar decisões que num dado momento urgem ser exercitadas.

In genere, repetimos, temos o exemplo do ato-regra de caráter objetivo e geral, do ato-condição objetivo e subjetivo ao mesmo tempo. Ambos contrapondo-se ao ato subjetivo criador de situações jurídicas individuais, ou seja, individualizado nos propósitos.

Conceitualmente, os referidos atos *gerais* "são aqueles expedidos sem destinatários determinados, com finalidade normativa ou ordinatória, alcançando todos os sujeitos que se encontrem na mesma situação de fato abrangida por seus preceitos"¹³.

13. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 131.

Na categoria são atos que só depois de aplicados pela Administração deixam de ser abstratos ou impessoais. Daí porque uma decisão individualizada não se legitima contrariando um decreto geral, carecendo assim de força na produção dos efeitos.

Tanto o ato-regra como o ato-condição vigem indistintamente para todos de uma mesma sociedade política e também para todos de um mesmo agrupamento social. Modelos instrumentais temos na lei, nos regimentos, nos estatutos, nos atos constitutivos de pessoas jurídicas.

23. A conduta legal da Administração

Nos atos administrativos perfeitos o que importa necessariamente ao analista são os efeitos, porque só por meio dos efeitos jurídicos o ato passa a revestir-se de vida própria, a afirmar relação jurídica certa e legitimada.

Não houvesse efeitos nem vínculos motivantes causais, o ato administrativo não teria razão de ser. Mas para que os efeitos se produzam é preciso que o ato venha perfeito na sua formação, já que não vindo perfeito os efeitos fazem-se duvidosos.

A dúvida em face da aplicação da lei ou da norma predeterminada, quanto aos elementos que devem integrar o ato, remete o hermeneuta ao exame da relação jurídica estabelecida e da possibilidade impugnatória¹⁴.

A questão que se apresenta de importância fundamental tem sede na possibilidade impugnatória, onde a intenção na impugnação é atingir os efeitos jurídicos *anulando* ou deixando *sem efeito* o ato administrativo no todo ou em parte conforme o caso.

O regime impugnatório decorre do regime jurídico do ato administrativo. Todos os regimes nas origens harmonizam-se diante da relação firmada, colocando a Administração e as partes num mesmo nível de igualdade.

Consagrando na sua existência o ato administrativo como a permitida conduta legal da Administração, a idéia do ato público na prática vem ligada a duas colocações:

- a do ato corresponder a uma realidade nos limites afins com a lei;
- a do ato, não correspondendo, ficar passível de operações revisoras.

Por sua vez a chamada *conduta legal* da Administração, quando manifestada *in concreto*, não implica apenas conduta voluntária, mas um procedimento dependente da normal atividade administrativa.

14. Coube esse estudo ao distinto mestre espanhol Fernando Garrido Falla (*V. Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956), cujo trabalho não só diz com os direitos nacionais, constituindo elogiável contribuição ao direito público comparado. Por outro lado, “o dever de boa administração traduz-se num autêntico dever jurídico; não se trata de afirmar uma exigência técnica, uma imposição para alcançar um fim, pois isso suporia deixar aos agentes a liberdade de escolher os seus fins e a liberdade de os satisfazer ou não” (*V. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, p. 198).

Depende, sim, da formulação da ordem jurídica constituída, ou seja, de causas que não venham provocar alguma ofensa, violação ou lesão comprometendo no plano jurídico situações protegidas.

24. Unidade orgânica e categorias

A contribuição científica de lógica jurídica traz como aceitável doutrinariamente nos regimes:

- os atos administrativos “hão de conter manifestação de vontade”;
- “tem de provir da Administração Pública”;
- “devem ter caráter unilateral”;
- “hão de ser praticados no exercício de um poder público”;
- “devem produzir efeitos jurídicos num caso concreto”;
- por meio deles “a Administração há de realizar a sua função de prosseguir interesses postos por lei a seu encargo”¹⁵.

Na teoria geral dos atos jurídicos ocupam os atos administrativos posição inconfundível de unidade orgânica, embora hajam categorias que dentro do gênero procedem do conhecimento de fatos na relação Administração-administrados.

Tal tipo de relação, determinada na qualificação, nascida da conduta legal administrativa, não constitui fórmula abstrata porque caracteriza atividade que visa a produção de efeitos jurídicos num caso concreto.

Neste ponto, quando entra a doutrina ou, então, quando o ato necessita de avaliação, a questão fica restrita ao estudo da extensão dos efeitos e sua projeção no ordenamento jurídico.

Na categoria, cada ato administrativo, devendo produzir efeitos nos casos concretos, surgindo no entanto o ato aparentemente perfeito na formação, sobra ao analista avaliar resultados consequentes sobretudo no tocante à vida dos direitos.

Partindo da categoria, da tipologia que “consiste em individualizar modelos ou padrões pelas suas características normais”, dos efeitos no tipo de ato decorrem as possíveis lesões e os recursos contra decisões definitivas¹⁶. Ficam os efeitos como estudáveis e avaliáveis.

25. Os efeitos de direito

Em qualquer categoria os efeitos de direito são essenciais ao exame do ato administrativo. Não possuem as manifestações de poder público força executiva inobservando a lei. A observância da lei faz irrecusável condição imperativa.

A circunstância de que não existem atos que não produzam efeitos de direito e já que a Administração goza da faculdade de impor decisões, aos efeitos reduzem-se os meios capazes de verificação da lesividade.

15. Marcelo Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 109.

16. Marcelo Caetano, *op. cit.*, p. 122.

Não obstante a doutrina mantenha controvérsias, na prática do ato administrativo os efeitos surpreendem materialmente, cabendo ao estudioso não somente avaliar a validade mas também os elementos de formação e composição.

Além dos elementos, o que a ordem jurídica protege harmonizando cada ato com a lei é o direito ferido ou ameaçado de lesão, não somente a existência do ato fundado nos requisitos de validade ou que reúna os elementos de formação.

Não se desconheça que o conteúdo ou o objeto do ato administrativo “deverá ajustar-se às limitações que a ordem jurídica estabelece para qualquer relação jurídica”, conquanto os elementos determinem a tipicidade e a forma adequada¹⁷.

Não prevalece juízo de valor nos procedimentos administrativos sem detido exame das causas, das formas e dos efeitos de direito, ganhando importância, no processo de criação dos atos, a identificação entre o que a Administração quer e a permitida finalidade perseguida.

Por consequência, na prática administrativa, os efeitos dizem com a juridicidade e também com a normatividade da atuação, justificando-se o ato na razão dos fins, de uma finalidade que não vulnere situações jurídicas e não resulte em gravames produtores de lesividade.

26. Definição de ato administrativo

Toda e qualquer definição deve assentar na realidade jurídica positiva, fugindo quanto possível das abstrações teóricas ou das colocações especulativas. Uma definição, portanto, representa um enunciado realista e genérico na determinação conceitual.

Desintegrando o ato administrativo, verifica-se dedutivamente:

— “o ato administrativo pode definir-se como um ato jurídico realizado pela Administração com suporte no Direito Administrativo”;

— “pertence, genericamente, à categoria dos atos jurídicos que têm fundamento na teoria geral do direito e não em setores do ordenamento jurídico”¹⁸.

Toma caráter próprio o ato administrativo por dupla e originária circunstância:

— “do ponto de vista *subjetivo* realiza toda a atividade de administração”;

— “do ponto de vista *objetivo* está submetido ao Direito Administrativo”¹⁹.

17. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, v. 1, p. 333. “Neste momento, portanto, os motivos são encarados em si mesmos, e é nessa qualidade que imprimem uma certa fisionomia ao ato; este ponto de vista é o decisivo no controle de mérito” (V. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, op. cit., p. 238).

18. Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1970, p. 465.

19. Rafael Entrena Cuesta, op. cit., p. 466.

A submissão ao Direito Administrativo distingue claramente diferentes aspectos da larga atividade estatal, radicando poderes, órgãos e pessoas na competência à prática de atos permitidos no ordenamento jurídico e pertinentes ²⁰.

Ative-se a Administração na organização do Estado ou na descentralização administrativa, todas as funções que resultam em atos decorrem de sistemas no geral centralistas e autônomos, de regimes no geral hierarquicamente normatizados.

Todavia, o ato administrativo na organização estatal é sempre um fenômeno de natureza funcional, de características reguladas pelo direito público, importando em virtude da sua natureza jurídica a generalidade, a pluralidade e a singularidade.

Vem a ser, portanto, o ato administrativo aquele ato jurídico por meio do qual a Administração na organização política realiza sua vontade segundo fundamentos subjetivos, objetivos, causais e formais, onde a motivação previne a legitimidade e a finalidade na sua natureza jurídica.

20. Três colocações adotamos, de autoria do Professor *José Carlos Souza Silva*, tão bem posicionadas diante da realidade atual da ciência positiva do direito: a) "o direito não deve ser a vontade arbitrária do legislador ou do jurista ao elaborá-lo, assim como a jurisprudência não deve ser também a vontade arbitrária do juiz ao aplicá-lo"; b) "é indispensável a política jurídica na elaboração da lei, em que devem estar presentes três elementos fundamentais, o social, o racional e o técnico"; c) "é função, portanto, do legislador, ao descobrir o fato que reclama ordenamento jurídico, indagar o motivo, a propriedade, a extensão do preceito, emprestando-lhe a justa medida com a sua adequação à necessidade coletiva" (*V. Política jurídica Forense*, Rio de Janeiro, 1978, n. 13, p. 10-2). No Estado de São Paulo, o Decreto n. 1, de 11 de julho de 1972, estabelecendo normas para a elaboração de atos administrativos e fixando a competência para sua expedição, tem a seguinte redação:

"Art. 1.º Os atos administrativos, excetuados os decretos aos quais se refere a Lei Complementar n. 60, de 10 de junho de 1972, serão numerados em séries específicas, com renovação anual.

Art. 2.º Aplica-se, na elaboração dos atos administrativos, no que couber, o disposto na Lei Complementar n. 60, de 10 de junho de 1972.

Art. 3.º São atos administrativos de competência privativa:

- I — do Governador do Estado, o decreto;
- II — dos Secretários de Estado, a resolução;
- III — de órgãos colegiados, a deliberação;
- IV — de diretores gerais e coordenadores; de diretores e autoridades do mesmo nível; de autoridades policiais; de dirigentes de autarquias, bem assim de outras autoridades administrativas, quando esta for a espécie do ato estabelecido em lei, a portaria.

Parágrafo único. Os demais atos administrativos, tais como ofícios, ordens de serviço e outros, são de competência comum a todas as autoridades ou agentes da Administração, identificando-se pela sua denominação, seguida da sigla do órgão que os tenha expedido".

A citada Lei Complementar n. 60, de 10 de junho de 1972, fixa as normas técnicas "a serem observadas na elaboração de leis e decretos", dizendo no art. 2.º: "Nenhuma lei ou decreto conterà matéria estranha ao seu objeto, ou que não lhe seja conexas". Seria bom que, no Brasil, como não está acontecendo, todos os procedimentos ganhassem unidade terminológica e conceitual.

SUMÁRIO:

27. Posição e conhecimento dos atos administrativos.
28. Princípios e elementos do ato.
29. O princípio "subjetivo".
30. O princípio "objetivo".
31. O princípio "causal".
32. O princípio "formal".
33. O princípio "teleológico".
34. Princípios de base e de "boa" administração.
35. Princípios da "presunção" da verdade.
36. Os princípios e o Direito Administrativo.
37. Força executória e princípios.

CAPÍTULO III

Princípios informadores dos atos administrativos

27. Posição e conhecimento dos atos administrativos

Entre os atos jurídicos, os atos administrativos fazem na unidade categorias singulares, tendentes a perseguição de finalidades públicas na ampla atividade estatal.

Em face da organização política e constitucional, as fontes constitucionais são as que informam a atividade administrativa, diversificando-a conforme a finalidade e segundo a competência ¹.

Tomando um ato administrativo quando materializado, compete ao hermenêuta apreciar:

- o ato na sua posição dentro do ordenamento jurídico-administrativo;
- o ato num sentido de conhecimento do justificado querer administrativo.

Posicionar o ato na sua categoria será o mesmo que dar-lhe qualificação certa em razão do objeto possível. *Conhecer* o ato será o mesmo que avaliá-lo nos pressupostos de legitimidade.

Um ato administrativo, uma vez exteriorizado, faz categoria, podendo ficar posicionado por meio de *formas*, ou seja, de regulamentos, decretos, instruções, portarias, regimentos, resoluções ou circulares.

Conhecer o ato significa saber da sua natureza e finalidade, se a *forma* vem adequada aos fins, considerando na categoria os elementos que o devem integrar, entre eles a competência e o objeto lícito e possível.

1. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Da competência administrativa*, São Paulo, 1977.

Por isso, qualquer ato administrativo entra no mundo do direito criando relações e situações jurídicas pelo que diz e pelo que vem, depois de revestido de forma consentânea com os exatos propósitos públicos, após editado conforme a norma legal.

Posicionar e conhecer um ato administrativo é a primeira tarefa de esforço doutrinário, a fim de que nos conflitos a validade e a eficácia possam ser apreciadas, os vícios denunciados e os processos corretivos aplicados na preservação da ordem jurídica.

28. Princípios e elementos do ato

Por trás dos elementos que devem integrar o ato administrativo alguns princípios originários aparecem como determinantes na formação, isto é, como informadores do ato no tocante à posição e ao conhecimento.

Na realidade, é preciso distinguir para destacar, pois confusão nenhuma é possível entre os princípios e os elementos. Quanto aos *princípios* antecedem os elementos. Quanto aos *elementos* dimanam dos princípios.

O problema, na exata colocação, não é apenas terminológico, nem de pressupostos abstratos. Surge desde a intenção (vontade psicológica) até atingir a consumação do ato (decisão), da relação firmada e dos efeitos jurídicos.

Não importa que a doutrina, analisando o ato administrativo, tenha envelhecido mantendo temáticas irrealis, uma vez que basta simples investigação para concluir que a existência dos elementos subordina-se à permanência dos princípios.

Os *elementos* do ato administrativo jamais surgem sem manifestação anterior que traduza vontade de atuação administrativa, não porém uma vontade livre porque sustentada por princípios imperativos facilmente verificáveis.

Os *princípios* basicamente informadores projetam-se nos elementos, possuem caráter, substância e constituem operações intelectuais que depois se materializam na efetivação da vontade pública.

Como os princípios são *verificáveis*, os elementos são *constatáveis*. Os princípios remetem o analista aos elementos. Com respeito ao processo, é intelectual e só por consequência lógica a operação se materializa.

Entre os princípios já apontados, o subjetivo, o objetivo, o causal e o formal, vale o teleológico como aquele que transcende a lei e a norma jurídica, todos porém fundamentando originariamente o ato administrativo.

Junto dos elementos que partem da competência para atingir a motivação de serviço, o objeto lícito e possível, a forma, o interesse público e a legalidade fazem características concretas do ato nas categorias administrativas.

29. O princípio subjetivo

Na base originária do ato administrativo o princípio *subjetivo* compreende:

- o sujeito público-administrativo capaz na atuação administrativa;

— aptidão para a prática de atos no regime jurídico-administrativo.

Envolve os *sujeitos* na dinâmica de administração, concorre para legitimar o ato pelo exercício da função, dando ao poder público na atividade liberdade de fazer ou não fazer, de abster-se ou não diante do que a lei estabelece ².

Diz o princípio subjetivo com os interesses jurídicos administrativos que levam à necessária edição do ato. Na melhor concepção é o próprio poder público potestativo, procurando criar ou criando relações jurídicas.

Na sua existência o princípio subjetivo originariamente representa *função* e não ainda relações efetivas. Tem razão de ser na personalidade jurídica do Estado “ou como criação genuína do direito” ³.

O estudo, por isso, tanto do princípio da juridicidade como do princípio da legalidade só equaciona-se na sua origem pelo conhecimento do princípio subjetivo que encerra potestade na organização estatal.

Na verdade, aparecendo o princípio subjetivo como um conceito primário, a sua importância tem sustentação na força de quem possui competência para desencadear o processo de aplicação da lei e da norma.

Não se trata, entretanto, na essência, de validar o exercício de potestades jurídicas, mas de reconhecer que a manifestação da vontade só se promove na organização administrativa por meio de sujeitos de direitos responsáveis nas respectivas áreas de atuação.

A questão, todavia, em face da “heterogeneidade quantitativa e qualitativa” dos elementos do ato, coloca o princípio subjetivo num plano fundamental de importância, merecedor do apreço da doutrina e da ciência administrativa ⁴. Sobretudo pela observação das práticas administrativas.

30. O princípio objetivo

Decorre o princípio *objetivo* do princípio *subjetivo*, tão-somente porque a vontade pública consuma-se pelo conteúdo do ato administrativo que, como todo ato jurídico, exterioriza juízo apreciável de valor material.

Embora o conteúdo do ato dependa da sua natureza, da decisão administrativa dirigida à prestação de serviços, o princípio objetivo impõe conduta legal que submete a Administração a regime positivo de direito e a ordem jurídica.

Pelo princípio objetivo não se busca apenas determinar o conteúdo do ato, mas os elementos que o integram, a possibilidade, a licitude e a qualificação da finalidade, tendo em conta a natureza dos fins perseguidos.

2. Em parte é a posição de Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1970, p. 482-3.

3. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, v. 1, p. 224.

4. Massimo Severo Giannini, *Lezione di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 295.

O caráter jurídico do princípio objetivo não vem só ligado aos efeitos, porém ao “conteúdo da obrigação” que põe em relevo o princípio *causal* de raízes no princípio subjetivo ⁵.

Já que no Direito Administrativo o importante é o interesse público figurado, o fato determinante integra o ato na sua categoria jurídica, harmonizando o princípio subjetivo com o princípio objetivo ⁶, ambos buscando a unidade do ato administrativo.

31. O princípio causal

Queiram ou não, o princípio fenomenológico *causal*, não obstante a tímida doutrina tergiversar, no Direito Administrativo alcança enorme importância conjuntural desde que tenhamos em mira serviços e interesses públicos.

Mesmo podendo não ser um elemento do ato administrativo, como princípio domina a atividade administrativa nas vastas esferas decisórias permitindo que a Administração possa ou deva agir sempre que imperativamente motivada.

Entenda-se, por princípio causal, o porquê do ato administrativo, a razão que o justifica em cada caso, um fato que venha a exigir manifestação administrativa, um acontecimento marcado pela utilidade ou a necessidade pública.

Já que o “ato privado e o ato administrativo são atos jurídicos cuja diferença essencial se encontra na causa criadora dos mesmos”, logo o princípio causal advém do fato ou da norma de manifestação que tenha justificada procedência ⁷.

Daí porque não tem existência legítima ato administrativo que traga apenas como causa a indefinida vontade administrativa ou que na origem não possua antecedentes primários ou mesmo secundários, mediatos ou imediatos.

32. O princípio formal

Como vimos o princípio *causal* não consiste, somente, no consagrar o que a lei impõe mas o que é indispensável fazer ou o que a norma permite em determinadas circunstâncias.

Reconhecido o princípio causal, a formalização há de exprimir os motivos do ato, porque todo ato administrativo em qualquer categoria necessita atender ao princípio *formal*.

Em matéria de *forma* o Direito Administrativo consolidou figuras adotando para a expressão dos atos *modos* pelos quais a vontade administrativa se manifesta atendendo a regras casuísticas.

5. Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 72.

6. Renato Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1960, p. 308.

7. Fiorini, *op. cit.*, v. 1, p. 329.

No geral, forma e formalidades fazem conceitos distintos. A forma diz com a fisionomia externa do ato, conquanto as formalidades pertencem ao ritual na elaboração do ato. O freqüente, contudo, está na *forma escrita* do ato administrativo.

Explicando: as formalidades não podem confundir-se com a *forma* do ato. As formalidades, anteriores ao ato, “constituem uma parte do procedimento administrativo”⁸. A forma faz princípio formal, conquanto as formalidades conduzem à forma adequada.

Todas as formas, sem exceção, por força do princípio formal, traduzem uma exigência implícita. Portanto, não existe ato administrativo, sem uma forma que condicione a sua validade, ou que legitime o ato nos efeitos visando:

- a boa ordem interna administrativa;
- uma garantia para os administrados.

Melhor dizendo, uma decisão que para o particular é um fenômeno psicológico, para a Administração é um fenômeno jurídico, ou seja, de princípio formal assim equacionado:

- “sem forma não há decisão”;
- “sem forma não se pode clarear o fim perseguido”⁹.

Qualidade essencial aos atos administrativos, a *forma* por meio de um princípio formal individualiza a relação jurídica, dá solenidade às decisões, possui um aspecto intrínseco e outro extrínseco relacionados com a eficácia que afeta a validade.

33. O princípio teleológico

Como ciência jurídica com instituições próprias e princípios básicos, o Direito Administrativo, quando investiga o exercício da função pública ou analisa o ato que provém da Administração, há de sensibilizar-se pela influência do princípio *teleológico*.

Tratando-se de ação administrativa, da atividade estatal, da Administração subordinada a deveres administrativos, do interesse público impondo soluções, as chamadas *causas finais* ou teleológicas podem imprecisar os atos nos seus efeitos jurídicos.

Por outro lado, o ato administrativo, uma vez exercitado, pode chegar a sofrer causas imprevistas, consumir-se em virtude de estranhos fatos ocorrentes, desconforme com a finalidade, distante da previsão contida no momento temporal da edição.

A possível situação apontada, todavia nada comum nas práticas administrativas, pode consumir situações não previsíveis, já que a importância da finalidade movimenta a Administração e dá-lhe adequada legitimidade executória.

8. E. Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, v. 1, p. 458.

9. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 195.

A necessidade da Administração “perseguir o interesse público em cada uma das suas atuações” não evita circunstâncias emergentes causais ou de causas que venham a ser finais, embora relações anteriores estabelecidas não se tenham alterado ¹⁰.

A causa, quando final, “é exterior e pode até ser estranha à vontade administrativa”, pois uma vez afetada pelo tempo em virtude de necessidade a satisfazer força a Administração a adotar outras medidas legais diante de eventuais circunstâncias positivas ¹¹.

34. Princípios de base e de boa administração

Não houvesse heterogeneidade na função administrativa, atividade multi-forme que praticamente fazem-se atos administrativos, não existiriam princípios a justificá-los, *princípios* que não pertencem somente à teoria dos atos, porém ao Direito Administrativo.

Nisso é que os atos administrativos diferem dos atos privados, já que dentro da complexa atividade estatal as manifestações públicas são tão variadas, ou seja, de variadas formas adequadas à natureza de cada ato e de cada caso concreto.

Como observamos, da análise do ato administrativo surgem duas precisas indagações:

- qual o seu conteúdo?
- qual a sua finalidade?

Sem os dois elementos qualquer pesquisa perde o sentido de valor jurídico. Não só isso, porém. Compete a quem aprecia um ato administrativo, sobretudo aquele autor que o edita, situá-lo no regime peculiar, isto é, dentro dos princípios informadores.

Advirta-se que todo procedimento administrativo, principalmente em matéria de serviços públicos, vem submetido a critérios compromissados com o “bom” proceder da Administração, entre outros o do poder-dever, da igualdade, da especialidade e da legalidade ¹².

Já que a Administração via de regra tradicional pode rever os próprios atos, evidente que os princípios embora não coercivos atuem como garantia do ato perfeito, da boa gestão nos negócios públicos, do respeito pelos direitos constitucionalizados.

A consideração quanto aos princípios não é só um problema inserto na competência de órgãos e agentes, porque na teoria geral do direito traduz problema de conhecimento, de conduta pertinente razoável e moral, de comportamento subjetivo em face da ordem jurídica.

¹⁰ Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1970, p. 487.

¹¹ Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 191.

¹² J. Cretella Júnior, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 16-7. Consultar: Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, Interesse público e dever de boa administração, in *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, p. 179-205.

Quem dita um ato exercita uma atividade administrativa, não pode ignorar que as práticas decorrem de princípios, tudo numa precisa “relação entre os pressupostos do ato e o seu objeto”, ou sabendo que as decisões não escapam da tutela superior¹³, do ato que fica subordinado à lei e à norma.

35. Princípios da presunção da verdade

Presumir a verdade não é simplesmente reconhecer que a Administração sempre tem razão quando da prática de atos administrativos. Enquanto não provado o incorreto procedimento, todo e qualquer ato administrativo traz consigo a presunção de legitimidade.

Entretanto, não é de presunções que vive o direito, mas de realidades tangíveis nas relações jurídicas. A ninguém cabe duvidar da intenção pública, senão por meio da avaliação de dois momentos:

- aquele da edição do ato quando formalmente exteriorizado;
- aquele da projeção dos efeitos por meio da conseqüente execução.

A verdade do ato, como a legitimidade, depende dos elementos ou da perfeição *in casu* de cada ato, porque no direito público “as formas são garantias automáticas para assegurar o bom funcionamento dos serviços, evitando decisões irrefletidas, precipitadas ou insuficientemente estudadas”¹⁴.

Transposta a época “imperialista”, transformado institucionalmente o direito público, o ato administrativo deixou de ser “uma simples manifestação de autoridade”, pois ao converter-se em ato jurídico passa a resultante da lei na organização ou de fatos materiais¹⁵.

Atua, portanto, o *princípio da presunção* na sua base informal a fim de que o ato não seja discutido enquanto não haja impugnação, deixando, não havendo lesividade, a Administração dependente para responder ou não pelos eventuais prejuízos produzidos.

Vale a presunção da verdade ou de legitimidade quando os pressupostos não esbarram frontalmente na lei ou no preceito jurídico normativo, dependendo o interesse acaso ferido da possibilidade probante, da ausência provada de distorcida manifestação de vontade.

No momento da edição todo ato administrativo traz a presunção de verdade e legitimidade. Tal sentido presuntivo permanece até a verificação da forma e dos efeitos, até o instante da impugnação. A questão só deve ser apreciada em tese, em princípio dentro da ordem geral, e não restrita nos Estados de direito.

13. André Gonçalves Pereira, *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, Lisboa, 1962, p. 122.

14. Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, 1925, p. 277.

15. Leon Duguít, *Las transformaciones del derecho público*, trad. esp., Madrid, Cap. V, 1925.

36. Os princípios e o Direito Administrativo

Estado, Administração, função e atividade administrativa não constituem fenômenos estanques no desenvolvimento da vida social. Embora fenômenos fundados em realidades concretas nacionais, sofrem a influência de transformações inevitáveis nos modos de atuação e comportamento.

Em face das transformações, os mesmos conceitos doutrinários tomam outros significados, os princípios tradicionais assumem posições atualizadas impondo que o entendimento dos problemas correspondam aos novos fatos nas relações administrativas.

Direito público, o Direito Administrativo não fica estranho às situações de mudança como também não desconhece as chamadas crises institucionais, colocando o Estado na dependência de circunstâncias que refletem desenvolvimento e progresso jurídico.

Os mesmos idênticos princípios, ontem entendidos em razão de fatos temporais, hoje devem ser entendidos conforme o que representam diante do direito *posto* e das transformações acontecidas. Quanto à permanência dos princípios decorre do conhecimento dos novos fatos.

Essa permanência, principalmente no tocante aos direitos consagrados e à intervenção do Estado na economia, é uma questão cognoscitiva cuja importância reside:

— em respeitá-los determinativamente seja qual for o ordenamento jurídico-administrativo;

— em entendê-los na sua aplicabilidade em face das reguladas garantias jurídicas asseguradas.

Os critérios hermenêuticos a sustentar devem observar a posição da Administração nos seus limites¹⁶, os princípios na sua aplicação presente, e isto porque a rigor os fundamentos legais vêm manejados nos sistemas em harmonia com as adequadas técnicas administrativas¹⁷.

Mantidos os princípios, os enfoques conduzem ao conhecimento dos *fatos administrativos*, à existência de realidades que investigadas impõem nos diferentes sistemas coerência entre os processos ativos e o imperativo querer-poder jurídico da Administração.

37. Força executória e princípios

Já que os atos administrativos, sem exceção, pelo que pretendem, possuem real força executória, podendo a Administração “por ela mesma criar direitos para suas próprias decisões unilaterais” o respeito pelos princípios aqui nominados possibilita exaço no cumprimento das finalidades públicas¹⁸.

16. Massimo Severo Giannini, *La scienza dell'amministrazione*, Milano, 1957, p. 65 e s.

17. V. Leonard D. White, *Introduction to the study of public administration*, New York, 1949; W. F. Willoughby, *Principles of public administration*, Washington, 1927.

18. Marcel Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1950, p. 425.

A noção hoje em dia, em torno dos nomeados princípios, como iremos verificar integra o dever de agir com imparcialidade, submetendo o administrado e condicionando a Administração. A obrigação de obediência, a exemplo, não leva ao absurdo de consagrar decisões parciais, não justificadas de aplicação da norma.

Como “os efeitos dos atos administrativos estimam-se em relação com a força jurídica interna, na relação com o tempo durante o qual regem” sobre pessoas e coisas, a imposição unilateral de obrigações tem nos princípios condições de prevalência do interesse comum e geral¹⁹.

O privilégio da imposição unilateral de obrigações fica vinculado aos princípios, entendendo-se aqui por interesse comum e geral aqueles interesses da Administração com respeito à normalidade da atuação e também dos administrados particulares.

Por conseqüente, a segurança jurídica estaria ameaçada se os atos administrativos parcializassem decisões e efeitos atribuindo regalias a uns e não a outros, favorecendo a desigualdade e não a igualdade, convertendo o poder público em instrumento de soluções opostas aos interesses comuns e gerais.

Ultima ratio, os princípios, quando não respeitados, podem não atingir direitos, mas podem lesionar a ordem jurídica e os interesses da Administração, passando a exigir proteção tutelar diante de infrações possivelmente morais que não devem sancionar decisões consideradas excepcionalizantes²⁰. Antes de tudo está a ordem jurídica, depois a atividade administrativa.

19. Jaime Vidal Perdomo, *Derecho administrativo*, Cali, Colombia, 1977, p. 252-4.

20. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, O elemento moral na formação do ato administrativo — A linha moral na ação administrativa, in *O controle da moralidade administrativa*, São Paulo, 1974, p. 81-121. Na sábia lição de Rogério Guilherme Ehrhardt Soares: “administrar não é só, pois, propor meios a um determinado fim, mas propor, *de certo modo*, meios a um fim determinado” (op. cit., p. 189).

SUMÁRIO:

38. Princípios e valores supraconstitucionais.
39. Valores *supra* e constitucionais.
40. Princípios subjetivos gerais.
41. O princípio da hierarquia.
42. O princípio da continuidade.
43. O princípio da especialidade.
44. O princípio executório.
45. O princípio da exação administrativa.
46. O princípio da igualdade.
47. O princípio da legalidade administrativa.
48. O princípio da moralidade.
49. O princípio da tutela administrativa.
50. O princípio da responsabilidade.

CAPÍTULO IV

Princípios que representam valores fundamentais

38. Princípios e valores supraconstitucionais

Determinantes *ponderadas*, os princípios atuam sobre a vontade estatal contendo as manifestações administrativas. Cada um deles, num juízo de valor *ponderado*, dizem como os atos podem exercitar-se tornando justificada a atividade de administração.

Não há dúvida que os princípios constituem, hoje em dia, pressupostos de validade dos atos administrativos. Quase todos conduzindo de plano a duas apreciáveis situações:

- uma de controle da moralidade;
- outra de controle da legalidade.

Na primeira hipótese, obviamente não se trata da moral *comum* e sim da moral *jurídica*, porque a Administração há de comportar-se por meio de “regras de conduta promanadas de uma disciplina interior”, considerando o que convém, o justo e o injusto ¹.

Na segunda, do atendimento da lei e da norma, tem a Administração a maneira obrigatória de editar atos, porque descumprindo preceitos normados cai na ilegalidade, bastando afirmar que “a eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei” ².

Ambos os princípios, tanto o da legalidade como o da moralidade, não constituem apenas figurações doutrinárias. Nos Estados de direito incluem-se

1. Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, 1926, p. 197.

2. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1977, p. 68.

as manifestações administrativas, uma vez que o *bem comum* é a finalidade maior a ser perseguida, não cabendo à Administração senão obedecer o *legal* e revesti-lo do *moral*.

Sobretudo ao hermeneuta, da aplicabilidade dos atos administrativos não cabe só distinguir o legal do ilegal, mas separar o conveniente do inconveniente, o procedimento honesto do desonesto, o justo do injusto.

A questão, visando o interesse público ou o interesse individual, tem o seu gérmen na existência de valores supraconstitucionais, *valores superiores* ao próprio ordenamento jurídico, afetando diretamente a vida dos direitos, as fontes jurídicas originárias no processo de elaboração e aplicação das leis.

39. Valores supra e constitucionais

Considerando as fontes jurídicas originárias, “tais princípios vêm a constituir as linhas gerais de todo o ordenamento através do tripé direito *natural*, direito *tradicional* e direito *positivo*”, alcançando significação política, programática constitucional e dimensões administrativas³.

Embora possam aparecer formulados em locuções abstratas, não temos dúvida que fazem declaração programática constitucional, informando todas operações administrativas, colocando a Administração no papel ao mesmo tempo de executora de serviços e tuteladora de direitos nas relações estabelecidas.

Dos valores *supraconstitucionais* surgem inevitavelmente na organização político-administrativa os valores *constitucionais*, obrigando que o Estado-administrador se conduza nos limites da lei e conforme garantias asseguradas nos diferentes planos de vida social.

Tenha-se como valores *supraconstitucionais*: a liberdade, a justiça, a igualdade, a moralidade administrativa, o respeito aos direitos individuais invioláveis e o livre desenvolvimento da personalidade humana.

Considerem-se valores constitucionais: a obediência e a hierarquia, a submissão geral à ordem jurídica, a segurança, a legalidade e a tutela, a exação administrativa e a responsabilidade pública estatal.

A realidade, nas Constituições modernas, dá aos princípios “excepcional validade”, porque “são princípios extraídos do texto constitucional”, atendida a natureza e a significação de cada um deles, o respeito à lei e aos direitos pessoais invioláveis⁴.

Portanto, toda e qualquer manifestação administrativa, como também os atos que decorrem das operações administrativas, devem trazer na sua

3. Enrique Ruiz Vadillo, El anteproyecto de texto constitucional y su incidencia en el campo del derecho civil, *Documentación Jurídica*, Madrid, 1978, p. 17.

4. V. Enrique Ruiz Vadillo, op. et loc. cit., p. 25-7. Quanto ao esquema proposto em parte pertence ao distinto mestre espanhol. Vale, na projeção, por força de exatos posicionamentos, interessando ao Direito Administrativo como interessa ao Direito Constitucional e Civil.

formulação que vai da causa à finalidade condições que não afetem a norma na sua aplicabilidade, ou seja, a aplicação igual de uma mesma lei para os casos iguais ou semelhantes.

A isonomia, a igualdade de tratamento diante do ordenamento jurídico, não é tão-somente um problema de natureza administrativa, para ser um problema constitucional de legitimação da atividade de administração nas distintas esferas em que deve o Estado atuar para realizar serviços.

40. Princípios subjetivos gerais

Enquadram-se, nos subjetivos gerais, aqueles princípios que decorrem dos supraconstitucionais e constitucionais, entre eles o da continuidade na prestação dos serviços, o da especialidade no trato dos negócios administrativos e o executório materializando a vontade estatal.

Toda mecânica de “boa” Administração compreende-se na harmonia entre os princípios, parecendo à primeira vista que, em virtude da crescente atividade administrativa, não seja possível valorizarem-se as finalidades de serviço e ao mesmo tempo de justiça ou equidade.

Todavia, em se tratando de atos administrativos, pesam as fontes do Direito Administrativo, a Constituição e as leis, os princípios que traduzem normas fundamentais relativas à organização estatal e aos direitos e deveres individuais ⁵.

Ninguém desconhece que as Constituições modernas “contêm grande número de disposições relacionadas diretamente com o Direito Administrativo, muitas das quais são pilares fundamentais da disciplina e permitem que ela fique assentada em sólidas construções jurídicas” ⁶.

Analisados os princípios subjetivos gerais, as formulações doutrinárias jamais contrariam os elementos impostos no ordenamento jurídico, não obstante indecisões discrepantes que divorciam a atividade de administração da verdade das fontes constitucionais.

Estamos a saber que as transformações acontecidas no direito público, nos tempos atuais, revelam tendência marcada pelo sentido de jurisdicização da Administração, a fim de racionalizar o procedimento administrativo e assegurar as garantias constitucionalizadas.

41. O princípio da hierarquia

Muito pouco foi estudado pela doutrina o ato administrativo que, na organização e no regime de competência, deixa claro:

- a existência da necessária aptidão para o exercício da função;
- a competência condicionando a validade do ato e impondo limitações.

Considerando a hierarquia uma relação jurídica administrativa interna, por meio desta relação vinculam-se poderes, órgãos e pessoas, *poderes de*

5. E. Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. 1, p. 87 e s.

6. Sayagués Laso, *op. cit.*, t. 1, p. 90.

subordinação nas atribuições que na organização legitimam a atividade administrativa.

A relação hierárquica posiciona e qualifica o ato administrativo, diz com a autoridade que pode praticar o ato, porque tanto “a hierarquia como o controle administrativo coincidem” determinando a atuação nos limites da legitimidade ⁷.

O poder hierárquico, se assim podemos chamar, estrutura-se sempre por meio de instruções e ordens, de procedimentos que são atos administrativos manifestados, numa “relação de coordenação e de subordinação” que atingem decisões passíveis ou não de modificações ou reforma ⁸.

Na organização administrativa, as implicações de natureza hierárquica decorrem:

- da indispensável unidade de direção e tutela superior;
- do exercício de uma atuação revisora dos atos administrativos;
- da eventual existência de conflito em torno de atos conforme os deveres-funções.

Além disso, na prática dos atos, envolve o princípio da hierarquia o princípio da obediência, o dever jurídico de exação no exercício funcional, a validade, a legitimidade e, por conseqüência, a eficácia executória.

A hierarquia e o poder hierarquizado, o princípio supletivo de obediência integrante do princípio hierárquico, tomam sentido jurídico no funcionamento da organização estatal administrativa, distribuindo capacidade e competência, atribuições centradas ou descentradas, centralizadas ou descentralizadas.

42. O princípio da continuidade

No estudo dos atos administrativos, a ninguém será dado ignorar determinados princípios, sem o conhecimento dos quais falecem os regimes, na Administração descumprem-se as finalidades, os serviços realizados normalmente não se efetivam, isto é, dentro dos critérios de eficiência e continuidade.

Como somente os atos comandam os serviços, eficiência e continuidade assemelham-se na prática administrativa, não sendo de agora a preocupação com as regras que presidem a organização e o funcionamento dos serviços, sobretudo com respeito a duas situações:

- uma de funcionamento interno da Administração racionalizando poderes, órgãos e funções;
- outra de atividade externa a nível de serviços que se projetam por meio de diferentes modos de prestação ⁹.

7. Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1974, t. 1, p. IX-34.

8. J. Cretella Júnior, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 85.

9. E. Laferrière, *Juridiction administrative*, Paris, 1888; Gaston Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, Paris, 1911; V. E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1921; Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, México, 1934.

Logo, o princípio da continuidade vem intimamente ligado aos serviços públicos, provocando decisões que os mantenham regulares e contínuos, principalmente porque até hoje não se inventou outra maneira do Estado satisfazer seus fins e necessidades a não ser por meio do exercício de atos unilaterais ou bilaterais.

Significa, a continuidade como *princípio*, “que as necessidades públicas a cuja satisfação se destina o serviço não devem ser atendidas esporadicamente, mas de forma ininterrupta e constante”¹⁰, embora a disciplina jurídica admita regime de direito público ou privado conforme a natureza da atividade.

43. O princípio da especialidade

O princípio da especialidade dimana do desdobramento das funções estatais, das categorias dos serviços qualificados (planejamento, cultura, economia, obras, justiça, saúde, polícia, educação, bem-estar ou assessoramento) que impõem capacitação técnica ou científica no trato dos variados negócios públicos.

Abrange o princípio, nos vários aspectos, as diversas categorias funcionais, todo o pessoal que exercita atos ou responde pelas decisões, grupos por assim dizer profissionais não de caráter político que participam da Administração, uma vez que os atos não se consumam na edição e sim na projeção das finalidades perseguidas¹¹.

A especialização é de serviços e, portanto, de órgãos, pessoas e agentes; decorre do desempenho de atos específicos na organização, atos que não ficam exauridos no momento da vigência, mas que passam a depender da execução, requerendo na executoriedade procedimentos contínuos pertinentes.

Cresce de importância o princípio da especialidade nos serviços em geral, já que a execução equivale à eficácia, significa condição do próprio ato, uma postura administrativa que vai da edição aos efeitos jurídicos. Cabe porém ao analista conhecer:

— primeiro, o princípio que rege o recrutamento de pessoas físicas para funções de classe e singulares;

— segundo, o princípio que atende serviços com figurações jurídicas e não físicas¹².

Expressa o princípio da especialidade uma noção implícita assentada nas potestades administrativas, evitando o desnaturamento das funções públicas, procurando a suficiência do poder administrativo, tornando os procedimentos consentâneos para atender a vontade pública na decisão exteriorizada e nos efeitos pretendidos.

10. Mário Masagão, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1974, p. 269.

11. Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1970, p. 359 e s.

12. Guido Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, v. 1, p. 373.

44. O princípio executório

O princípio executório, a que a Administração se vê formalmente obrigada, conceitua tanto a executividade como a executoriedade, duas expressões que se assemelham diante dos mesmos propósitos jurídico-públicos.

É princípio porque, salvo exceções casuísticas, leva a Administração a estender sua atividade na perseguição dos efeitos pretendidos. Um ato, quando editado, não é apenas uma pintura gravada no papel, mas algo que “constitui uma intervenção” com exata projeção de validade jurídica ou não¹³.

Essa projeção de validade jurídica faz processo condicionante da atividade administrativa, criando relações objetivas ou subjetivas já que a produção de efeitos pode sofrer impugnação ou acarretar responsabilidade, resistências que exigem da Administração submetimento aos controles insertos no ordenamento jurídico positivo.

No melhor entender lógico, por força do princípio executório, “a execução do ato é o meio procedimental que o ordenamento positivo estabelece para efetivar o ato, atualizando a decisão administrativa”, dominando o princípio todo o processo de realização¹⁴.

Corresponde o princípio executório às operações que se efetivam por meio da função administrativa, não sendo de esquecer que não poucas vezes existem atos que pedem outros posteriores para cumprimento *in fine* das finalidades de serviços a prestar ou a serem prestados.

45. O princípio da exação administrativa

A exação, na terminologia jurídica ou mesmo dicionária, faz no Direito Administrativo exigência de pontualidade na ação, equilíbrio de propósitos, conhecimento e moralidade nas práticas administrativas. É um problema de exercício normal da função, ou seja, de cumprimento das obrigações funcionais.

Quem assim não procede com exação, editando atos irregulares ou viciados, atos só aparentemente com forma de legitimidade, está a fugir dos deveres administrativos inerentes às funções administrativas, repercutindo as conseqüências no ordenamento jurídico positivo.

Como todo ato tem de conformar-se com o direito, “a discrepância entre o ato e a norma repercute na responsabilidade”, passando a infração de preceitos a envolver direitos, a provocar projeções civis ou penais comprovada fique a malícia, a ignorância, a negligência ou o dolo¹⁵.

Atenta-se flagrantemente contra o princípio da exação administrativa:

13. Ernst Forsthoff, *Droit administratif allemand*, trad. franc., Bruxelles, 1969, p. 282.

14. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 2, p. 155.

15. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 218-20.

— quando o ato não expressar a *vontade* jurídica declarada ou contida na lei;

— quando o ato contrariar *faculdade* jurídica determinada de atribuições cometidas.

A responsabilidade que decorre da falta de exação ou do descumprimento dos deveres administrativos também surpreende:

— do mal desempenho das funções;

— dos delitos no exercício das funções;

— do desempenho com desvio ou abuso de poder;

— da culpa pessoal em serviço, criando situações infringentes internas ou lesivas externas.

A responsabilidade que vem dependente de infrações, erro, negligência ou omissão, é “inseparável do serviço” e do dever administrativo, vincula-se ao princípio de exação, *princípio* que não sofreu alterações de conteúdo desde a autonomia do Direito Administrativo ¹⁶.

46. O princípio da igualdade

Aparece o princípio da igualdade (equidade, para alguns) como ordenança de valor fundamental consagrada nos ordenamentos jurídicos, influenciando nas práticas administrativas por força de preceitos inalienáveis, a saber:

— “todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas” ¹⁷;

— “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando o dever prescrito por lei” ¹⁸.

Impõe o princípio da igualdade que, diante da mesma lei ou norma, na relação jurídica os casos iguais tenham igual tratamento ou que o comportamento da Administração não pode discriminar na aplicabilidade de preceitos em face de idênticos fatos (causas), dando a uns e a outros não.

Nos vários regimes de organização, o princípio da igualdade é um “princípio de justiça na Administração”, nato no Estado moderno e de direito, de garantia da legitimidade na ação administrativa, chegando para afirmar a igualdade de todos perante a lei ¹⁹.

Flui o princípio estudado da idéia-noção de justiça, porque como princípio deriva da lógica dos sistemas, do expressamente consagrado nas leis, “a fim de evitar que a igualdade abstrata da lei, na sua aplicação ao caso concreto, se traduza em desigualdade ou injustiça” ²⁰.

16. Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1919/1927, p. 222.

17. Constituição do Brasil (Emenda n. 1/69), art. 153, § 1.º.

18. Código Civil brasileiro, art. 15.

19. Raffaele Resta, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1974, p. 7.

20. Benjamin Villegas Basavilbaso, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1949, t. 1, p. 373; Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1977, t. 1, p. 134.

Reveste-se de importância por tratar “o igual aos iguais”, como “critério de aplicação do direito”, quando os casos se assemelham em razão da norma, identificam-se nos mesmos interesses e mesmas relações, afetando a igualdade o próprio princípio executório ²¹.

Fonte do direito, supletiva no entendimento hermenêutico, a igualdade, como elemento interpretativo para a solução de casos duvidosos, embora não seja uma questão de legitimidade, tira do ato administrativo parcial a tônica de justiça, colocando-o entre as manifestações carentes de exação administrativa ²².

47. O princípio da legalidade administrativa

A legalidade administrativa nos Estados de direito e no direito moderno “integra-se com os princípios e as garantias provenientes da lei fundamental e com os princípios de organização”, encontra-se implícita na ordem jurídica e no “exercício da potestade jurídica reconhecida ao poder administrativo” ²³.

Duas conseqüências se impõem como decorrentes da legalidade administrativa:

— a da legalidade administrativa protegendo a liberdade e os direitos individuais;

— a da juridicidade obrigando a correta aplicação das normas insertas na ordem jurídica.

Quando a Administração aplica uma norma ou dita um ato administrativo, “desenvolve atividade jurídica na qual interferem normas constitucionais e normas especiais”, todo um complexo jurídico normativo justificante da juridicidade e da legalidade ²⁴.

Na legalidade administrativa intervêm os seguintes pressupostos básicos que validam os atos administrativos:

— “toda atividade desenvolvida pela Administração deve ter sustentação em normas jurídicas, seja a fonte constitucional, legislativa ou administrativa”;

— “nenhuma norma ou ato emanado de órgão inferior poderá deixar sem efeito o disposto por outra de nível superior”, considerando a hierarquia das normas e dos poderes;

— “nenhum ato deixará sem efeito o disposto pela norma geral, pois o tratamento igual que caracteriza a atividade administrativa encontra sua verdadeira aplicação no princípio da igualdade”;

21. Cassagne, op. cit., t. 1, p. 134.

22. Basavilbaso, op. cit., t. 1, p. 374 e s.

23. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 229.

24. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 230.

— “toda norma administrativa, geral ou particular, deve ser produto jurídico de processo racional, isto é, com suporte nos preceitos legais, fatos e circunstâncias de causa”;

— “o poder de criar normas pela Administração de nada vale se não encontra a sua causa em fatos e normas que justifiquem a declaração decisória”²⁵.

Na verdade, em face do imposto pela ordem jurídica, em todos os momentos a Administração está subordinada às leis e às técnicas para sua realização, porque *sensu contrario* os atos administrativos quando não ajustados ao disposto no ordenamento jurídico invalidam-se na origem²⁶.

Constitui ilegalidade administrativa o fato da Administração exercer sua vontade fora dos pressupostos estabelecidos, contra o permitido no ordenamento jurídico editando atos cujos efeitos ficam prejudicados pela existência de vícios que atingem a normal execução.

48. O princípio da moralidade

Impossível compreender a Administração pública ou o Estado de direito na ação amoral ou imoral, exercendo práticas frontais contra a lei, parcializando interesses, desigualando situações, dando tratamento desigual a titulares de direitos iguais e comuns²⁷.

A imparcialidade, sem dúvida, não é um atributo da livre vontade administrativa, mas imperativo mandamental condicionante da Administração quando da prática de atos que envolvam interesse e direitos.

Imparcialidade e moralidade administrativa fazem colocações idênticas no vasto campo das atividades de administração, impondo à atuação pública legitimidade quanto aos meios e fins, características conformes com o ordenamento jurídico²⁸.

Na aplicação da norma nenhuma justificação jurídica ou política pode traduzir conduta aética, ferindo o princípio da moralidade, o princípio da igualdade diante da lei. O problema moral não é apenas de polícia, decoro ou repressão social.

Havendo uma regra, uma norma aplicável não se concebe em face de iguais situações ou de idênticas relações, que tenham aplicabilidade diversa nos casos concretos, distinguindo-se:

— a faculdade de impor restrições aos direitos individuais com a finalidade de salvaguardar a moralidade pública;

25. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 231-2.

26. Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1970, p. 115-6.

27. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Las prácticas administrativas y el control de la moralidad, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, trad. Prof. Ascencio Ezquiaga, Buenos Aires, 1977, n. 17, p. 30-8.

28. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *O controle da moralidade administrativa*, São Paulo, 1974, 1.^a parte.

— a obrigação jurídica de igual tratamento que vem do princípio fundamental de que todos são iguais perante a lei.

A problemática da moralidade na Administração, além de um problema fundamental e de lei aplicável, encontra sustentação na tradição do melhor pensamento doutrinário, a fim de que se mantenha o necessário equilíbrio com respeito às regras de direito no ordenamento jurídico ²⁹.

A moralidade administrativa, quando se trata da prática de atos administrativos, “constitui, hoje, em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração”, tendendo-se tal entendimento à vontade interior e às manifestações de efeitos jurídicos ³⁰.

Não é mais um princípio como se entendia no passado de disciplina interior administrativa, de postura reservada à Administração-poder, ligada ao conceito do “bom administrador”, mas uma posição dependente da aplicação de estáveis valores jurídicos ³¹.

Temos como “inegável que a moralidade administrativa integra o direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade”, já que as funções públicas não pertencem a homens e sim ao direito na organização política e constitucional ³².

Atos administrativos, oriundos da lei e da mesma norma, acaso exercitados dando alguma coisa a uns e negando a outros, reconhecendo o direito de uns e não de outros, ferem o princípio da moralidade e atingem pela falta de exação o próprio ordenamento jurídico.

49. O princípio da tutela administrativa

O princípio da tutela tomado na sua maior projeção envolve, com respeito a prática de atos administrativos:

— os meios administrativos de controle hierárquico, da Administração exercendo fiscalização sobre órgãos e pessoas;

— os meios de controle externo que visam os efeitos da atuação administrativa no plano de interesses e direitos.

O princípio em si da tutela ou da autotutela, de controle interno da Administração, visa manter todos e quaisquer atos dentro do permitido, nos limites apontados por lei, segundo os critérios de legalidade e de mérito.

29. Na literatura: Henri Welter, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Paris, 1929; J. T. Delos, *Le problème des rapports du droit et de la morale*, Paris, 1933; Guido Falzone, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953; Silvio Lessona, *La giustizia nella amministrazione*, Bologna, 1956; Nino Nava, *La crisi del diritto e l'etica della responsabilità*, Turim, 1959; Lon L. Fuller, *The morality of law*, London, 1964.

30. Hely Lopes Meirelles, op. cit., São Paulo, 1977, p. 69.

31. Maurice Hauriou, op. cit., Paris, 1926, p. 197.

32. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 71.

Assenta o princípio da tutela no princípio da responsabilidade, respondendo a Administração, porque na sua suficiência jurídica tem o poder-dever de alterar seus próprios atos, revogá-los ou anulá-los, evitando a criação de situações lesivas ³³.

Compreenda-se que,

— “editado o ato administrativo, é do interesse do Estado a perfeição da medida”;

— “perfeito, o ato administrativo tem integral eficácia, completou o ciclo de formação” ³⁴.

O princípio da tutela, de melhor expressão porque atende a autotutela, no mais das vezes significando o mesmo tipo de atuação, quando exercitado suprime resultados possivelmente danosos, anulando *de ofício* a eficácia com o desfazimento total ou parcial dos efeitos.

A tutela, sempre cautelar, exercida na base de funções ou de poderes hierarquizados, coloca a Administração no regime administrativo que lhe é próprio com respeito à prática de atos, podendo ativar-se na organização mediante supervisão ou mesmo intervenção.

Quanto à “supervisão deve, não só tomar em conta os aspectos da conveniência e da oportunidade da gestão, como velar pela legalidade dos atos em que se traduza”, evitando assim atividades infringentes da lei, inconvenientes ou inoportunas ³⁵.

No direito brasileiro, a tutela administrativa assume dois posicionamentos:

— o de controle;

— o de supervisão.

No primeiro exemplo, o de controle, a tutela “deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos”. No segundo, o de supervisão, a tutela “exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle da atividade dos órgãos subordinados ou vinculados” ³⁶.

O alcance, nas conseqüências, da tutela administrativa, fixados nas leis os meios de exercício, atinge o ato administrativo nos efeitos produzidos ou a se produzirem, já que a Administração responde pelos danos efetivos, avaliáveis e individualizados com relação a pessoas.

33. A tutela, “o controle administrativo se apresenta *preventivo*, na fiscalização, e *repressivo* na correção; esta, auscultando o interesse público, far-se-á pelo *desfazimento* ou pela *sanatória* do ato inquinado” (v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 168).

34. J. Cretella Júnior, Da autotutela administrativa, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 108:47, 1972.

35. Marcelo Caetano, *Princípios fundamentais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 503.

36. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Comentários à reforma administrativa federal, in *Exegese do Decreto-lei n. 200*, São Paulo, 1975, p. 87-103.

50. O princípio da responsabilidade

O princípio da responsabilidade administrativa incide diretamente sobre o ato imperfeito, irregular, marcado de vícios. Para aferição da responsabilidade o que fica em exame de apreciação é o ato na sua formação e projeção de efeitos jurídicos.

Não importa mais para avaliação da responsabilidade administrativa tudo quanto a doutrina levantou neste século em matéria de culpa ou de risco, pois o problema não se coloca somente na obrigação de indenizar ou na reparação dos danos produzidos³⁷.

A lesividade que decorre do ato administrativo conduz a duas situações jurídicas, ambas as situações bastante características, nenhuma delas porém estranha ao direito posto:

— uma resultante das leis fundamentais, as Constituições, quase todas elas orientadas no sentido da responsabilidade objetiva³⁸;

— outra marcada nas leis privadas, os Códigos Civis, afirmando o princípio da responsabilidade quando os atos causarem danos a terceiros³⁹.

Na verdade, a doutrina nada pode dizer contra a lei, muito menos especular uma vez provada a lesividade, porque é do ato administrativo editado que se avalia a existência ou não da lesão, a infringência da norma adequada e a natureza da permitida atuação.

A reparação do dano faz apenas conseqüência, ficando a Administração na obrigação de ressarcir, desde que o ato praticado vulnere situações jurídicas internas ou externas:

— as internas, que correspondem propriamente ao ato na sua formação, estrutura e efeitos;

— as externas, quando o ato embora legítimo e bem formado apareça lesivo de interesses ou direitos.

37. Estude-se, na doutrina, as posições hoje históricas: Rudolf Bullrich, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1920; Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1927; Renato Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1956; René Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Paris, 1957; Carlos A. Pareja, *Responsabilidad del Estado*, Bogotá, 1962; Julio Isidro Altamira Gigena, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1973. Lembre-se, no Brasil alguns trabalhos notáveis: Amaro Cavalcanti, *Responsabilidade civil do Estado*, Rio de Janeiro, 1905; Onofre Mendes Júnior, *Natureza da responsabilidade da administração pública*, Belo Horizonte, 1951; José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, 1954.

38. Na Constituição do Brasil, Emenda Constitucional n. 1, de 1969, art. 107: a) “as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros”; b) “cabará ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

39. Pelo Código Civil brasileiro, art. 15: “as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano”.

Portanto, o problema da responsabilidade administrativa é de origem jurídica fundamental e legal, não bastando para determinar a validade de um ato “examinar se existe algum preceito jurídico que proíba e sim se existe algum que o torne válido”⁴⁰.

Não existindo preceito permissivo, a responsabilidade que supõe presença de pessoa ou agente, respondendo pelo ato, resulta da ação que passa a dolosa ou culposa, chegando a intenção para caracterizar o dolo e a negligência para qualificar a culpa.

Existindo preceito, apresentando-se o ato na forma da norma legal, a responsabilidade administrativa que advém é inevitável quando da atuação resultarem prejuízos avaliáveis, haja abuso de poder ou desvio de finalidade viciando o ato de ilegalidade.

A responsabilidade administrativa, quando conseqüente da proteção devida aos administrados, constitui princípio fundamental do Direito Administrativo, já que as normas relativas ao exercício da função pública obrigam a uma conduta legal e concreta.

O Estado é administrativamente responsável:

- por todo e qualquer ato que praticar;
- pelos prejuízos que do ato decorrerem.

Essa é a tese geral quando do não-cumprimento das obrigações, diante do regime jurídico que legitima os atos administrativos, atos que antes de lesivos podem ser sanados ou convalidados, revogados ou anulados, revistos sem exigirem a proteção corretiva de controle tutelar.

40. Juan E. Palma Jara, Consideraciones sobre el contenido del principio de la legalidad administrativa, *Anuario de Derecho Administrativo*, Santiago, Universidad de Chile, 1:175, 1975/1976.

SEGUNDA PARTE

- **Os atos administrativos na organização administrativa**
- **Licitude e validade dos atos administrativos**
- **Vícios que maculam os atos administrativos**
- **Os elementos na realidade dos atos administrativos**

SUMÁRIO:

51. Os atos na dimensão dos efeitos.
52. Procedência e finalidade.
53. As regras nos princípios.
54. Organização e fenômeno administrativo.
55. Esquema dos atos na organização.
56. Atos de gestão interna.
57. Atos gerais de administração.
58. Atos na organização geral.
59. Atos externos e internos.
60. A hegemonia da lei nos elementos do ato administrativo.

CAPÍTULO V

Os atos administrativos na organização administrativa

51. Os atos na dimensão dos efeitos

Abandonando os históricos esquemas complexos demasiadamente teorizantes e desprovidos de realidade, já tendo ganho o Direito Administrativo qualificações de positividade, não é o momento mais de estéreis discussões em torno da formação e da estrutura dos atos administrativos.

Respeitados os condicionamentos de organização administrativa, os regimes que dão funcionamento às instituições, os atos administrativos urgem ser entendidos como manifestações de vontade pública que se projetam dimensionadas no universo das relações jurídicas.

Embora na organização político-administrativa os atos se assemelhem na formação e na estrutura, o alcance deles cobre áreas superiores e inferiores, valendo cada ato pela significação dos efeitos jurídicos na extensão da competência e da natureza dos serviços.

Pela *procedência* o ato administrativo, como ato jurídico da Administração, assume nas origens o que a doutrina chama de atos de administração central, local e institucional, conforme *zona* de influência a que pertencem os sujeitos na organização¹.

1. Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1970, p. 472-3. "Quer isto dizer que nunca a atividade da Administração pode assumir um relevo jurídico autônomo como *fato*; toda ela há de esgotar-se na esfera dos *atos*, e os únicos fatos que pode praticar são os que têm um caráter subordinado em relação àqueles que resultam da necessidade de dar uma execução ao ato jurídico realizado" (v. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, p. 134-5).

Da organização, portanto, ou dos regimes administrativos, a exemplo do Brasil e de outras nações, os atos surgem como federais, estaduais e municipais, sensibilizando nos desdobramentos os poderes, os órgãos e as entidades integradas nos diferentes pólos de atuação, serviços públicos diretos e indiretos.

52. Procedência e finalidade

Dentro de círculos maiores ou menores, concêntricos e desconcêntricos, os atos administrativos distinguem-se:

- pela *procedência*, conforme poder, órgão ou pessoa;
- pela *finalidade*, conforme o interesse público e o serviço a prestar.

Importa a procedência para a determinação da esfera de ação, para o estudo da medida de poder atribuído, das faculdades cometidas. Na finalidade, encontra a função administrativa sua razão de ser. O objetivo concreto do que pretende satisfazer a Administração.

Indaga-se, no tocante à procedência, de que poder, de que órgão, de que entidade ou pessoa nasce o legítimo atuar administrativo. Preocupa, na prática, de onde os atos surgem e para que chegam, passando o *sujeito* a elemento de validação e conhecimento jurídico.

O problema, de antemão assim colocado, não é apenas de classificação, nem mesmo de categorias. Aparece, na organização, condicionando basicamente a atividade administrativa. Levando em conta a vontade do sujeito, o ato jurisdicionaliza-se.

A questão, bem equacionada, num complexo organizacional de unidade e heterogeneidade, “tem nas instituições a sede originária”, aparecendo as figuras jurídico-administrativas a partir da sua “base genérica” e de processo formativo².

Somente daí, atendendo a plano fundamental, os princípios de direito público dominam o Direito Administrativo em virtude de diretrizes que dão substancialidade aos atos administrativos, vinculando potestades, o interesse comum e o serviço estatal.

53. As regras nos princípios

O Direito Administrativo atual, na sua evolução institucional e diante da extensão das atividades estatais, tem na Ciência da Administração o estudo dos *atos*, das razões causais, dos imperativos públicos determinantes e só depois conceituais.

Nos sistemas, e por certo nos regimes, o ato administrativo não se apresenta carente de fundamentos originários. Pelo contrário, precisa primeiro ser explicado por meio dos princípios que o informam e consoante regras científicas, a saber:

2. Jesus Luís Abad Hernando, *Autonomía conceptual de las instituciones administrativas*, Córdoba, 1967, p. 93.

- de conhecimento das realidades;
- de adequação às finalidades;
- de previsão relativa a fatos ³.

Na boa Administração, antes da atuação ou da prática de atos, o importante é conhecer o *real*, saber como a máquina administrativa funciona e deve funcionar, adequar as normas às finalidades, porque o poder público responde pelos objetivos que o submetem à organização e à ordem jurídica.

Em face das regras indicadas, o chamado *poder administrativo* deve ter presente dois fatores ponderados:

- o da função (atividade) administrativa;
- o da missão (finalidade) administrativa ⁴.

O ato administrativo, portanto, não é o ato livre nem arbitrário desde suas origens. Como instrumento de realização dos fins públicos, harmoniza a vontade com o fato e a lei, impondo à Administração na preparação das decisões obediência a outras duas regras que fazem *previsão*:

- a de continuidade nos serviços;
- a de possibilidade executória.

Todavia, na elaboração das decisões que devem preceder aos atos, as *formas* posteriores necessitam atender a natureza do procedimento administrativo, porque no momento da formalização o que está em jogo são os princípios informadores, o direito posto e a ordem jurídica.

As regras contidas nos princípios, uma vez elaboradas as decisões que se transformam em atos, constituem valores subjetivos já que tais valores jamais se abstraem dos fatos objetivos.

54. Organização e fenômeno administrativo

O fenômeno administrativo, colocada a Administração no centro dele, “manifesta-se com significação própria e sujeições intrínsecas”, forçando o analista em face da dinâmica dos fatos adequar os atos às formas que expressam a função ⁵.

Se a Administração na organização faz sistema que movimenta estruturas, o fenômeno administrativo é funcional e de atos, um *fenômeno* quantificador de decisões que deixam de ser válidas quando as técnicas criativas afastam-se dos princípios e das regras.

Acontece, por isso, que o Estado de direito deve ter em conta, “não obstante as potestades administrativas”, nunca absolutas e ilimitadas, po-

3. Charles Debbasch, *Science administrative*, Paris, 1971, p. 7-8.

4. Charles Debbasch, *op. cit.*, p. 26.

5. Pedro Delfino, *Introducción a la teoría de la administración*, Buenos Aires, 1967, p. 77.

rém conformadas basicamente, as limitações que lhe são impostas no ordenamento jurídico ⁶.

Considerando a atividade administrativa, os atos públicos que se podem produzir, não há como não compreender que a Administração representativa do Estado “contém uma pluralidade de sujeitos, uma base territorial, uma capacidade para atuar e uma organização própria” ⁷.

Observando a organização na sua dinâmica, ela é a própria Administração, não mera criação imaginativa que justifique abstrações especulativas, já que materialmente faz viver poderes, órgãos, pessoas e entes descentralizados dos mais variados conteúdos.

Com respeito aos atos administrativos na organização, submetidos a condições de unidade e funcionalidade, desdobram-se na realidade de objetivos pré-normados, buscando finalidades nas relações conforme a natureza da atividade e os limites da competência.

55. Esquema dos atos na organização

Posicionar, numa ótica visando na origem os atos administrativos na organização estatal, e portanto na conseqüente organização administrativa, só é possível partindo de métodos simplificadores e de enquadramentos gerais, embora pareçam inviáveis as esquematizações incriticáveis.

Para conhecimento de como funciona a Administração ou de como se distribuem as funções na organização, todo e qualquer esquema há de vir fundado em premissas originárias que digam com as bases constitucionais do Direito Administrativo ⁸.

A observação a fazer é de organização e funções, ou seja, de funções na organização salientando as características compostas, sobretudo nos regimes federais de influência das normas de maior categoria jurídica que oferecem os *modelos formais* de competência constitucional e administrativa.

Como logo adiante se verifica, os poderes com funções de índole executiva, legislativa ou judiciária, na organização política, “constituem a Administração pública em sentido objetivo” ⁹. Todos os poderes passando a desempenhar atividades — atos categorizados, criadores e reguladores de relações jurídicas.

6. Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1977, t. 1, p. 71.

7. Cassagne, *op. cit.*, t. 1, p. 156-7.

8. Consultar, no pensamento doutrinário: Domenico Mariani, *Diritto amministrativo e costituzionale*, Roma, 1951; Georges Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, Paris, 1954; Franz Meyer, *Administrative organization*, London, 1957; García Trevijano Fos, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Madrid, 1957; Giorgio Bertí, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Milano, 1968; Giuseppino Treves, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 1967; Martín Useros, *La organización y sus principios institucionales*, Murcia, 1960; Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Da competência administrativa*, São Paulo, 1977.

9. Rafael Entrena Cuesta, *op. cit.*, p. 25.

Releva notar, pela importância, não esquecendo a origem fundamental dos atos administrativos, que os atos estão na essência de todas as atividades públicas, exteriorizando processos dinâmicos sem os quais os poderes na Administração geral não têm movimentação, as funções na organização dividida não concretizam finalidades de serviço.

Este é o esquema simplista dos atos administrativos nas funções fundamentais:

Atos Administrativos	}	do Poder Executivo	{ de gestão interna gerais de administração
		do Poder Legislativo	{ de gestão interna de leis criadoras de atos
		do Poder Judiciário	{ de gestão interna de decisões atos-jurisdicionais
Atos na organização geral	}	simples, complexos e coletivos	
unilaterais e bilaterais			
discricionários e vinculados			
constitutivos e normativos declaratórios e executórios			

Conforme os caracteres, o peso da finalidade específica do ato administrativo, não sendo possível senão qualificar as principais espécies, o objeto faz a tônica jurídica determinante¹⁰.

Permanecem, no entanto, no campo especulativo classes e tipos que muito pouco interessam ao analista, tão-somente porque integram-se nas apontadas categorias jurídicas básicas.

56. Atos de gestão interna

São estes atos comuns a todos os poderes, órgãos e pessoas integradas numa determinada e constitucional jurisdição administrativa. A *gestão interna*, entendida como atuação de limites orgânicos figurados, pertence à fenomenologia administrativa que decorre da amplitude das complexas funções estatais.

10. "... fiz agora a conta das classes e tipos de atos a que, no final de quarenta anos de edições sucessivas do meu *Manual de direito administrativo*, eu tinha chegado e verifiquei que lá se encontram 23 classes de atos e 14 tipos" (v. Marcelo Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 123).

Como o fenômeno administrativo no procedimento *interna corporis* particulariza-se a partir dos poderes constitucionais, a divisão do trabalho administrativo faz imperativo funcional articulando por meio da competência objetivos predeterminados.

O problema, tal como se apresenta ao investigador, pode ser ou não ser autonomia, mas é de poderes, funções e faculdades. A gestão interna faz condições de vida nos organismos públicos, sejam estes poderes, órgãos centrados ou entes descentralizados. Constitui *auto-administração* consoante faculdades outorgadas para distintos efeitos.

Na gestão interna, os atos administrativos condicionam-se às finalidades institucionais, não obstante manterem na forma e na essência as mesmas figuras-tipos. Sobretudo com respeito ao conteúdo, a atividade é característica, dirigida a exercer-se dentro de esferas reservadas de decisões executórias ¹¹.

O enfoque aqui tem origem de fundamento constitucional, a seguir da organização política para regular as atribuições dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, principalmente no tocante às obrigações internas administrativas, regradas por força do exercício obrigatório de funções qualificadas ¹².

Cumprir finalidades assinaladas na ordem constitucional e no ordenamento jurídico caracteriza a gestão interna e os atos que lhe são pertinentes nos limites da jurisdição administrativa.

57. Atos gerais de administração

Na esfera das funções executivas, os atos gerais de administração constituem todos aqueles atos de efeitos externos marcados de interesse comum, não se considerando na origem como tais os que decorram de processo legislativo e os que realizam atividade judiciária jurisdicional.

Separadas as funções, as diferenças que ocorrem fazem-se de direito material, pois a função de legislar ou de julgar na esfera judicial em tese antecede ou procede o ato administrativo ou de administração, não vinculando os poderes entre si ¹³.

11. Julio A. Prat, Los elementos esenciales en el ordenamento jurídico positivo, in *Derecho administrativo*, v. 2, t. 3, p. 110-7.

12. Das Constituições decorrem as competências. No Brasil, a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, que dá funções aos poderes, dá as premissas de organização interna administrativa. Aliás, a questão não é apenas de técnicas operacionais, mas de autonomia na gestão dos negócios internos. A matéria, antes de ser administrativa, é de fundo constitucional, dominando todas as Cartas escritas do mundo contemporâneo.

13. Recaredo F. de Velasco, El acto administrativo y el acto jurisdiccional, in *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 145-6; Juan Carlos Cassagne, La función administrativa y la teoría de la separación de los poderes, in op. cit., Cap. II, p. 73-7, n. 6.

Portanto, há para considerar, entre os atos executivos gerais de administração:

- os comuns de finalidade direta e limitada;
- os de relação vinculativos de pessoas e coisas;
- os inter-administrativos.

Os primeiros simplesmente constituindo declarações de vontade. Os segundos, dependentes de direitos ou obrigações recíprocas. Os terceiros na hierarquia, regulando atividades inter-orgânicas ou inter-administrativas.

Quanto ao alcance, os atos administrativos gerais aparecem:

- do se ditar ordens ou soluções internas com projeções externas, da outorga de funções ou atribuições permitidas em lei e na organização;
- do se aplicar decisões legais no regime que for próprio aos serviços públicos e conforme a natureza dos mesmos.

Depreende-se do exposto que a conduta da Administração não é apenas voluntária, porque para a prática de atos tem de vir ajustada à organização e à lei em cada caso concreto, à competência e à norma aplicável.

58. Atos na organização geral

Tomada a Administração no sentido global ou estrito, na amplitude dos seus propósitos ou nas suas limitações orgânicas de plano, os atos administrativos categorizam-se como exatas manifestações formais de caráter unitário.

Qualquer dos poderes e órgãos podem exercitar atos simples ou complexos, unilaterais ou bilaterais, discricionários ou vinculados, constitutivos ou normativos, declaratórios ou executórios, dependendo os instrumentos do regime jurídico-administrativo adotado.

As categorizações, mesmo quando genéricas, não excluem a existência de atos de valor secundário com suporte em atos de valor essencial, a conhecer nas figuras das comunicações, das circulares, das notificações ou das instruções, criações menos importantes que os decretos e as portarias.

Já que cada instrumento serve a um determinado fim, dos atos conceituados como *gerais* chegamos aos atos de conteúdo individualizado que necessitam da participação particular para conhecimento ou que exigem medidas supletivas indispensáveis à perseguição dos efeitos¹⁴.

Todavia, de valor essencial ou secundário, os atos administrativos possuem uma finalidade a perseguir, sejam quais forem as modalidades adotadas, as formas por que venham revestidos ou as maneiras como se projetam criando relações jurídicas.

14. Recaredo F. de Velasco, ainda bastante atual em inúmeras colocações, chama atenção para o exame do conteúdo do ato, para a importância da formulação e para as razões de causa, op. cit., p. 165-9.

59. Atos externos e internos

Entretanto, observando a Administração ativada, verifica-se que o estudo de dois planos está a exigir atenção no ordenamento jurídico-administrativo:

- um *externo*, onde os atos produzem efeitos com relação a terceiros;
- outro *interno*, onde os atos visam movimentar a organização administrativa.

O problema não traduz livre critério de apreciação doutrinária, tão-somente porque apresenta a Administração na organização atuando para fora e para dentro, baixando atos de serviço comum e atos de comando hierárquico, atendendo uma dupla capacidade de exercício obrigatório dos deveres públicos.

As operações, quer externas ou quer internas, não constituem simplesmente pressupostos, mas condições inerentes à própria ação administrativa. No entanto, traçando diretrizes num ou noutro sentido, fica a Administração submetida a controles, à lei e às regras de competência na organização.

Realmente, não é difícil destacar a finalidade do ato administrativo, sua natureza e os poderes nele contidos. Porém não é fácil, isto sim, anatomizar os elementos, a direção que eles previnem, os efeitos permitidos diante dos fatos, da ordem jurídica e da lei compatível.

Cumpra, todavia, na ação externa ou interna conhecer que os atos podem surgir individualizados ou com destinação coletiva, a fim de satisfazer específicas exigências públicas ou para regular condições de funcionalidade de órgãos carentes de adequado desempenho administrativo¹⁵.

Além disso, desdobrando faculdades e prerrogativas, a Administração por meio de atos de efeitos externos ou internos pode conceder, permitir, autorizar, aprovar, dispensar, ocupar ou requisitar, cada caso *in concreto* manifestado, na falta de norma específica, de acordo com as normas gerais de direito.

60. A hegemonia da lei nos elementos do ato administrativo

As manifestações que contemplam o Direito Administrativo são manifestações jurídico-administrativas, *manifestações* criadas pela larga atividade administrativa, tendo como fontes compulsórias:

- a lei formal na sua expressão exata de aplicabilidade jurídica e procedimental;
- na falta de lei as disposições aplicáveis contidas no ordenamento jurídico positivo.

A hegemonia da lei toca tão profundamente o Direito Administrativo que a Administração sempre “deve atuar ajustando-se estritamente às

15. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, v. 1, p. 487.

regras de direito”, porque, não o fazendo, “a atividade passa a ilícita e aparece a responsabilidade”¹⁶.

Uma vez que a Administração “desenvolve sua atividade debaixo da Constituição e da lei”, os atos por ela exercitados mesmo na discricionariedade “surtem dos textos constitucionais e legais de forma expressa ou implícita”¹⁷.

Não basta, na organização em funcionamento, “a existência de uma vontade estatal válida”, porque “dita vontade exterioriza-se mediante uma declaração fundada em formas legais”, por meio de *formas corretas* resultantes de elementos integrados que permitam a validade e a eficácia¹⁸.

Falho nos elementos, o ato administrativo ou que vem da Administração pode viciar-se diante da finalidade passando a impugnável ou revisável conforme a extensão dos efeitos produzidos. O ato impugnável perde a estabilidade, porque não fica definitivo.

Quanto aos elementos, são imprescindíveis na formação e na estrutura dos atos administrativos, atendendo, no entanto, que os atos não podem negar sua origem, o ordenamento jurídico, os princípios informadores e as regras que no interesse público estimam o valor dos princípios.

16. Enrique Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, v. 1, p. 283.

17. Sayagués Laso, *op. cit.*, v. 1, p. 405.

18. Sayagués Laso, *op. cit.*, v. 1, p. 434. “Será, portanto, *legítimo* um ato administrativo sempre que esteja de acordo com os preceitos que o regulam com vista à tutela dum determinado interesse público. Com este conceito não se esgotam as possibilidades de qualificação jurídica da atividade administrativa” (v. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *op. cit.*, p. 260-61).

SUMÁRIO:

61. Condições primárias na avaliação dos atos.
62. Governo e Administração.
63. Verificação da licitude.
64. Boa fé e interesse público.
65. Verificação da ilicitude.
66. A relevância da licitude.
67. A importância da validade.
68. Orientação analógica e direito.
69. Legitimação e eficácia.

CAPÍTULO VI

Licitude e validade dos atos administrativos

61. Condições primárias na avaliação dos atos

Antes do exame dos atos administrativos nos seus elementos integradores, já que tais atos na essência constituem uma espécie do gênero *atos jurídicos*, neles a licitude e a validade fazem valores antecedentes marcados no ordenamento jurídico positivo e constitucional.

A doutrina, muito ciosa com o estudo da projeção dos atos administrativos, procura mais atender os elementos que propriamente certas condições primárias como a licitude e a validade, que independem dos elementos para a avaliação da justeza da vontade na manifestação administrativa consentida.

Na verdade os atos administrativos, não de momento considerando razões de causa e finalidade, para que sejam analisados juridicamente não escapam da tradição civil ou do que o direito positivo consagrou, embora a Administração possua na sua larga esfera de atividades franquias para a realização de fins públicos¹.

No entanto, as franquias ou potestades jamais violentam a natureza do ordenamento jurídico quando o ato chega permitindo a aquisição, o resguardo, a transferência ou a extinção de direitos, vem impondo medidas que alteram posições ou situações anteriormente protegidas.

De igual maneira não procedem divergências doutrinárias, porque a validade não sendo só problema do Direito Administrativo vem exigir a

1. Dario Foligno, La formazione dell'atto amministrativo, in *L'attività amministrativa*, Milano, 1966, p. 57.

existência de agente capaz, objeto lícito, forma prescrita e não defesa em lei, sem o que a atuação administrativa não encontra suporte no mundo dos direitos ².

Tenha-se como certo que, com respeito aos atos administrativos, a licitude e a validade não diferem substancialmente de como se apresentam no direito privado, pois do contrário a Administração estaria livre para impor decisões à margem da ordem jurídica, ou seja, sob critérios exclusivos e autoritários.

62. Governo e Administração

Para a Ciência da Administração, como para a Ciência Política, principalmente no tocante aos regimes constitucionais, torna-se inevitável:

- harmonizar governo e administração;
- ter o governo, nos sistemas representativos, como fenômeno político transitório;
- conhecer a Administração, na organização, como fenômeno estável e permanente.

No tocante à Administração cabe ao analista examinar os meios possíveis pelos quais se desenvolve a atividade administrativa, averiguando o grau de poder administrativo exercitado, relacionando a conduta pública com os pressupostos de licitude e validade.

Aliás, além da legalidade, prevalecem as regras de boa administração que envolvem sobretudo a licitude e a validade dos atos administrativos, regras compatíveis com o ordenamento jurídico, relevantes para a aferição de fatos condicionantes da vontade administrativa.

Tão vinculado está o poder de governo às práticas administrativas que os chamados *atos de governo*, não vindos para qualificar questões políticas, sem dúvida confundem-se com os atos administrativos, já que resulta praticamente impossível separar os campos de atuação diante da organização constitucional ³.

Impossível a separação, os atos de governo são atos administrativos porque carecem de “uma natureza jurídica específica que justifique sua existência”, impondo-se a discricionariedade como a nota distintiva dominante em virtude dos efeitos ⁴.

Embora editados para questões políticas, dentro de menor ou maior área de discricção, no geral também são atos regrados o suficiente para movimentar a Administração nos limites do que a lei afirmar originariamente e válidos na finalidade pretendida.

2. Código Civil brasileiro, arts. 82 e 129.

3. Georges Teissier, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1906, p. 126.

4. Gaston Jèze, *Principios generales del derecho administrativo*, trad. esp., Buenos Aires, 1948, t. 1, p. 414.

63. Verificação da licitude

Pressuposto ou pré-requisito, num regime jurídico ordenado de garantias jurídicas, a licitude decorre do ato coerente com o fato, da intenção manifestada de acordo com a lei e tendo a norma como diretriz básica da atuação administrativa.

No direito, o lícito, o moral, o possível e o certo fazem atributos básicos nas relações jurídicas. Decorrem, nas relações jurídicas, do fato e da finalidade perseguida, do que a lei dita ou a norma diz na sua aplicabilidade igual, justa e racional.

Sabemos que, no direito brasileiro, produto de construções universais, “o ato jurídico e, por conseguinte, o ato administrativo, deve ser lícito por definição”, não proibido por lei e sim editado quando “expressamente autorizado por ela”⁵.

Para haver licitude é preciso que o ato administrativo:

- não infrinja na sua aparência formal a norma jurídica;
- não venha incompatível com a função administrativa.

Tendo em apreço, o efeito jurídico e o efeito prático do ato, o fato e a finalidade na prestação de serviços, “o oposto da licitude é a *ilicitude*”, bastando “o *ilícito civil* para tornar inválido o ato administrativo”⁶.

Portanto, a licitude valida o ato, ao passo que a ilicitude invalida o ato. O problema, na realidade, não envolve competência específica nem a capacidade de atuar, porém contagia o conteúdo do ato viciando a vontade no momento exteriorizada.

Sem dúvida, resulta indispensável que na falta de licitude não prevaleçam:

- a presunção de validade;
- nem a presunção de legitimidade.

Tão ligada vem a questão da licitude ao problema da validade, que a ilicitude pode levar à declaração de invalidade. Já hoje em dia não se concebe a simples *presunção* de que a Administração sempre atua de boa fé e no sentido do interesse público.

64. Boa fé e interesse público

Alegar boa fé em oposição à norma não faz conduta legal adequada. Nem o interesse público, sem a figura do serviço a prestar, protege a declaração de vontade. As duas circunstâncias não se legitimam fora de concreta e determinada finalidade.

5. José Cretella Júnior, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 288.

6. Cretella Júnior, *op. cit.*, p. 288.

Colocado o problema da vontade no Direito Administrativo, quando exercitada “não surge de maneira muito diferente do que acontece no direito privado”, devido à prevalência da vontade real sobre a vontade declarada “por mais que a declarada não contradiga o ordenamento jurídico”⁷.

A licitude, por isso, carreando a validade, qualifica determinativamente a natureza da finalidade do ato, não bastando a simples presunção quando apenas assentada num juízo de valor psicológico. O que não se pode é alterar as posições partindo da ilicitude quando prejudicial de direitos.

Quando afirmamos que resulta indispensável na falta de licitude afastar o que apenas se presume, estamos a afirmar que tanto a validade como a legitimidade nos casos de ilicitude não configuram exação legal na prática dos atos administrativos.

Diante da clareza da lei, da explicitude da norma, boa fé significa indubitado erro de fato, senão também erro de direito, acontecendo o interesse público não vir concretamente figurado. Não havendo lesão, no entanto, a questão não tem alcance jurídico.

65. Verificação da ilicitude

Não bastasse tudo quanto ficou afirmado, também a preocupação doutrinária não tem sede na licitude e sim na *ilicitude*, no fenómeno real do *fato ilícito* produzindo lesividade. Até certo ponto é razoável a distinção assim equacionada:

- a ilicitude torna o ato nulo;
- a ilegitimidade produz o ato anulável;
- a inoportunidade leva ao vício de mérito.

Embora a doutrina tergiverse, obscureça o pensamento doutrinário, torna-se importante considerar na atuação administrativa:

- a norma de relação;
- a norma de ação;
- a norma, não-jurídica, incidente no poder discricionário⁸.

No segundo caso, de executividade pela atuação, o resultado é de ato nulo na sua existência porque decorrente de fato ilícito, de apurável defeito do ato por força de ilicitude, trazendo conseqüentemente a ilegitimidade como fenómeno ligado à licitude e à validade.

Com respeito à norma de relação impondo conexão entre os sujeitos, a ligação entre causa e finalidade constitui o vínculo da finalidade com o direito, da vontade real com o interesse público, da atividade administrativa com os permissivos legais.

7. Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978, p. 270.

8. Dario Foligno, *L'attività amministrativa*, Milano, 1966, p. 167-9.

Apenas, no Direito Administrativo o problema se propõe dentro de critérios bastante sutis, porque não é tarefa fácil num mesmo ato distinguir para separar a licitude da validade e da legitimidade, desde que o ato tal como se apresenta afete interesses gerais.

66. A relevância da licitude

É sabido que, “quando se diz ato administrativo não se institui um ato distinto do que na essência é o ato jurídico regido pelo direito privado ou qualquer outra classe de direito, porque o ato jurídico será sempre jurídico, distinguindo-se somente pelo regime normativo que ampara sua existência”⁹.

A relevância da licitude e da validade reside precisamente no serem os atos administrativos *atos jurídicos*, resultantes de concepção unitária que não desmerece os *administrativos*, embora apareçam como produto de função específica atribuída ao poder público.

A presuntividade, todavia, quanto à licitude e à validade não passa de uma hipótese atendível nunca em caráter absoluto, considerando-se em tese que o ato administrativo perfeito não surge de presunções, mas de valores que representam adequadas manifestações concretas.

Em suma: todo ato que procura produzir efeitos jurídicos, inclusive os atos administrativos, há de vir *lícito* nos seus propósitos e *válido* nas finalidades permitidas, já que o exercício da função na organização afeta o variado comportamento público e de serviços.

67. A importância da validade

A importância da validade por sua vez decorre do poder conferido e do exercício da função pertinente, não havendo mais razão para distinguir os atos administrativos pela sua origem, quando o que prevalece são os critérios de organização política e administrativa.

No Direito Civil normatizado residem os suportes jurídicos doutrinários que passaram ao Direito Administrativo, impondo:

— que a validade do ato administrativo requer agente capaz, objeto lícito e forma prevista em lei;

— que a validade das declarações administrativas de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir;

— que não vale o ato administrativo que deixar de revestir forma especial determinada em lei¹⁰.

De igual maneira, as nulidades a serem apreciadas dimanam das normas positivas privadas transportadas para o Direito Administrativo, determinando:

9. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, v. 1, p. 271-2.

10. A inspiração de posicionamento doutrinário vem da origem e da tradição civilista. No Código Civil brasileiro, os arts. 82, 129, 130 e 145.

- que é nulo o ato administrativo praticado por pessoa sem capacidade funcional;
- que é nulo quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto;
- que é nulo quando não vier revestido de forma prevista em lei;
- que é nulo quando forem preteridas solenidades essenciais à sua validade.

A questão, no Direito Administrativo, é de conceitos jurídicos e não de dependência científica ¹¹. Ficando a finalidade pública como o elemento fundamental de valor qualificado e determinante da plena atividade administrativa.

68. Orientação analógica e direito

O *quid* da questão está no distinguir na *finalidade* os efeitos jurídicos esperados, todavia, no limite de certas regras públicas ou de direito público, a saber:

- no que diz com a executoriedade que é inseparável do ato administrativo;
- no tocante aos motivos de anulação, revogação, modificação ou extinção.

Falando de licitude ou validade temos de aceitar que “a lei civil tem um valor positivo, como lei que é, pois nada se opõe à sua aplicação extensiva, por analogia, em matéria administrativa” ¹².

O *quid* da questão, porém, não se restringe apenas à orientação analógica, mas aos fundamentos gerais do direito, aos princípios que na prática decorrem imperativos da teoria geral do direito.

A validade, a bem dizer, é apenas uma pressuposição e não uma presunção inavaliável, pois toda manifestação de vontade deve vir “conforme o direito e por estar este tutelado para alcançar o seu fim” ¹³.

A tônica do fim público ou da finalidade não impede que o ato possa ser inquinado de vícios de validade, impugnado ou revisado para afastar a ilegitimidade motivante de nulidade ou anulabilidade.

Por isso, as duas condições primárias de licitude e validade, geradas dos fundamentos do direito positivo, quando inexistentes, ferem a legitimidade da manifestação administrativa, prejudicando o ato que surge viciado total ou parcialmente.

11. Para Rafael Bielsa, no Direito Administrativo, “as normas do Código Civil têm um valor científico indiscutível” (v. *Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo*, Buenos Aires, 1923, p. 78).

12. Bielsa, op. cit., p. 83.

13. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, v. 1, p. 576.

Se a ilicitude compromete o ato sobretudo a nível de conduta moral, a invalidade vicia o ato com a violação da norma, ambas as situações quando concretas, caracterizando-se como espúrias, já que na projeção ganham flagrante ilegitimidade.

69. Legitimação e eficácia

Na organização administrativa, tanto a licitude (fator moral) como a validade (fator formal), pressupõem duas condições jurídicas de legitimação:

- uma do estudo da existência da legitimidade;
- outra de verificação de ilegitimidade.

Na primeira, o problema a equacionar deve ser de competência para a prática do ato. Na segunda, da sua não-conformidade com a lei. O ato, portanto, para ser legítimo, ou legitimar-se, há de expressar licitude e validade.

A ilicitude não decorre apenas da não-conformidade legal, mas também da inoportunidade e da iniquidade. A invalidade, da forma do ato, da incompetência, do excesso de poder ou abuso de direito.

A licitude como a validade, a fim de que o ato administrativo venha legitimado, obrigam completa observância da norma legal provocando a análise de exigências intrínsecas para que haja plena eficácia¹⁴.

Como da análise um problema leva a outro, a eficácia do ato administrativo resulta da licitude e da validade, e, portanto, por consequência da legitimidade depois de reunidos os elementos que se completam na executoriedade.

Eficaz, com a garantia jurídica da eficácia, é o ato perfeito. E *perfeito* é aquele ato administrativo preenhe de licitude, validade e legitimidade, pronto para entrar no mundo do direito e produzir os esperados efeitos.

14. Oreste Ranalletti, *La garanzia della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1937, p. 130; Renato Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1951, p. 38.

SUMÁRIO:

- 70. A eficácia na executoriedade.
- 71. Critérios positivo e negativo no exame do ato.
- 72. Vício na manifestação de vontade.
- 73. Defeitos dos atos administrativos.
- 74. Natureza dos vícios nos atos administrativos.
- 75. A competência como medida de valor.
- 76. Vícios da vontade.
- 77. Os vícios e os elementos do ato.
- 78. Os vícios na falta de exação.
- 79. Os vícios que afetam o conteúdo do ato.
- 80. O erro e o dolo.
- 81. Coação, simulação e fraude.
- 82. A posição no Direito Civil.
- 83. As colocações no Código Civil.
- 84. Responsabilidade por ato administrativo.

CAPÍTULO VII

Vícios que maculam os atos administrativos

70. A eficácia na executoriedade

A eficácia na executoriedade procede de uma série de sucessivos fatores-elementos que influem na formação do ato administrativo perfeito, isto é, daquele ato que sem vícios entra no universo jurídico a fim de cumprir permitida finalidade pública.

Sobretudo nos atos administrativos, com mais rigor que nos atos jurídicos comuns do direito privado, não de ser estudados os poderes conferidos à Administração, ou seja, o problema da legalidade *substancial* ou da legitimidade *in sensu lato*¹.

Evidente que, nas relações jurídicas públicas, tal como ocorrem nas relações privadas, existem diversas causas geratrizes que viciam os atos administrativos afetando a sua validade, e, portanto, comprometendo a sua legalidade.

Embora a importância diante das finalidades públicas não seja a mesma, os vícios que perturbam a eficácia na execução surgem quase que os mesmos que acontecem nas relações privadas, atingindo em substância a legalidade e num senso mais largo a própria legitimidade.

Repetimos que, “tal como ocorre nas relações de direito privado, o ato administrativo não pode ter a mesma força, o mesmo vigor, quando

1. Renato Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1951, p. 92-3.

a manifestação de vontade vicia o ato em sua essência, em seu objeto, atinge a substância do próprio ato”².

Com isso, ou em virtude de vícios que maculam os atos administrativos, a eficácia fica prejudicada e a executoriedade carente de condições, porque da execução podem surpreender lesões ou possibilidades nulificadoras.

71. Critérios positivo e negativo no exame do ato

O pensamento doutrinário, no tocante aos vícios do ato administrativo, desde há muito consolidou exatas posições jurídicas, devido aos direitos protegidos diante da eficácia e da executoriedade das decisões públicas.

Essa colocação, quanto aos vícios, excluindo a finalidade que vem da natureza do ato, mas observando a finalidade lesiva de direitos ou interesses, caracteriza-se por meio do estudo da manifestação de vontade administrativa.

A juízo da melhor doutrina e do que na prática acontece, as formulações críticas avaliam o ato administrativo:

- na sua validade integral e total;
- nos vícios prejudiciais que dão ensejo à nulificação.

Na primeira hipótese vinga um tipo de exame *positivo* e na segunda um exame de tipo *negativo*, sendo que em ambos os processos avaliatórios a preocupação reside na separação entre o ato *completo* nos elementos e o ato *incompleto* por falta de um dos elementos.

Esquemáticamente, do exame *positivo* surgem algumas premissas definidoras e qualificadoras:

- a de que o ato expresse uma vontade jurídica;
- a de que o ato represente atribuições jurídicas de poder;
- a de que o ato respeite os níveis de hierarquia;
- a de que o ato não lesione um direito fundado em preceito jurídico.

Nas três primeiras premissas a falta de exação administrativa dá lugar à nulidade geral, absoluta ou formal. Na última, de conteúdo pessoal, a nulidade é objetiva já que a Administração não pode violar direitos assegurados³.

72. Vício na manifestação de vontade

A invalidade, em princípio, decorre de vícios na manifestação de vontade, pois todo e qualquer ato administrativo deve concretar-se jamais falho dos distintos elementos que concorrem para a sua formação⁴.

2. Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 173.

3. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 316-20.

4. Juan Carlos Cassagne, De los vicios en particular, in *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978, p. 267 e s.

Deformado o ato na sua origem torna-se inidôneo, perdendo a eficácia e passando a ineficaz, tendo sempre em conta que a noção de invalidade vem vinculada à noção de ato imperfeito, ato cuja finalidade resulta duvidosa nos efeitos.

Há os que falando em *estado patológico* do ato administrativo separam os vícios de vontade, dando a cada vício característica própria na problemática, adotando categorias que não diferem das consagradas pelo direito privado ⁵.

Na verdade, novamente, estamos diante de uma sólida herança do Direito Civil, porque no direito público os vícios que afetam a vontade assinalam circunstâncias exteriores que podem gerar direitos ou lesões, interesses ou prejuízos nas relações provocadas.

Todavia, considerando como voluntária a conduta da Administração, ficamos sabendo que o *querer administrativo* expressando uma vontade não provém apenas de fatores psicológicos, mas de um conjunto de condições que demandam licitude e validade ⁶, da lei e dos serviços a prestar.

73. Defeitos dos atos administrativos

O vício, nos atos administrativos, em geral é um defeito que sendo prejudicial violenta a unidade harmônica dos elementos, invalidando o ato exercitado no todo ou em parte.

Devendo um ato administrativo para revestir-se de valor jurídico ser produzido em consonância com a lei, acaso atacado de vícios não terá força executória nem condições de legítima existência.

Só haverá validade quando o ato reúne os requisitos legalmente exigidos para a produção dos seus efeitos específicos, isto é, “quando se conforma com o padrão traçado pela lei para o tipo a que corresponde” ⁷.

Não somente os requisitos (elementos) são indispensáveis à manifestação de vontade e à formação do ato, como também que os componentes não venham sofridos de vícios que imperfeioam o ato atingindo-o na sua estrutura.

Os *defeitos*, contaminadores dos atos administrativos, observam-se:

- da indicação dos vícios que ferem a vontade na sua expressão real;
- da inexistência de elementos que regulam a formação do ato em cada caso concreto.

Muitas vezes não vale a legalidade do fim a atingir caso o ato não venha livre de vícios e integrado nos elementos, os *vícios* induzindo possível conduta inadequada e os *elementos* falhos no complexo estrutural.

5. Juan Carlos Cassagne, *op. cit.*, p. 271.

6. Marcelo Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 112.

7. Marcelo Caetano, *op. cit.*, p. 131.

Defeituoso, portanto, é aquele ato administrativo sofrido de vícios ou carente de elementos, aparecendo os vícios quando verificados como fatores antecedentes que afetam os elementos substancialmente e nos efeitos que se produzirem.

74. Natureza dos vícios nos atos administrativos

Tomado um ato administrativo exercitado, cabe ao hermeneuta analisar a natureza dos vícios para bem apreciar o ato na sua perfeição ou nas imperfeições, a fim de que a validade seja considerada e a legalidade constatada.

Antes da verificação de existência ou não dos elementos, os vícios preponderam e quando denunciados atuam isolados prejudicando o ato embora bem formado constitutivamente, nulificando-o já na origem e por consequência na projeção dos efeitos.

Os vícios que devem ser apurados na sua intensidade e que determinam a invalidade do ato correspondem:

- a uma condição subjetiva;
- ao conteúdo do ato;
- ao motivo;
- às formalidades; e
- à finalidade.

Não só por isso, porém, porque dos vícios decorrem uma intenção, uma maneira imprópria de agir, um desejo deliberado ou não conduzindo à incompetência, ao dolo, ao erro, à coação, à simulação, à fraude ou à insuficiência de forma.

Com respeito aos variados vícios, *vícios* que atingem o ato administrativo como ato jurídico que é, o que importa está na natureza deles e de cada um, na sua dependência e conformidade com o direito posto e à ordem jurídico-positiva estabelecida⁸, valendo, antes do ato, a ordem jurídica.

75. A competência como medida de valor

Na organização, a incompetência faz vício de competência por ser esta uma condição subjetiva por excelência, proibitiva da livre ação administrativa, impeditiva da livre manifestação de vontade⁹.

Problema de função ou de reguladas atribuições, a competência possui natureza objetiva quando derivada da lei, constituindo a incompetência

8. Julio A. Prat, *Los actos y los contratos administrativos*, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, v. 2, t. 3, p. 173-82.

9. V. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Da competência administrativa*, São Paulo, 1977.

vício essencial da vontade porque entre os demais vícios desnatura o poder conferido e tira da atividade sua condição vinculante à lei na organização administrativa ¹⁰.

Merece do analista acurado exame porque a incompetência, viciando o ato, não significa somente falta de exação ou excesso funcional, mas desrespeito à quantidade de poder que na Administração “a lei atribui às pessoas, órgãos ou agentes públicos para manifestar sua vontade” ¹¹.

Duas situações, na doutrina, impõem destaque:

— em se tratando de vontade, do querer administrativo, não se deve apenas aferir a competência na razão das limitações legais, mas na razão também das fontes legais;

— na problemática da organização institucional, o regime estabelecido não é outro senão aquele de princípio assentado na própria organização político-administrativa.

Não são livres, pois, as chamadas *operações de vontade administrativa*¹², a não ser quando lastreadas nos permissivos constitucionais, já que a incompetência viciando o ato produz efeitos incompatíveis com a natureza jurídica da função.

76. Vícios da vontade

Na terminologia jurídica a expressão *vícios* é a que melhor diz com os defeitos originários na estrutura dos atos administrativos, considerando que a teoria dos vícios no Direito Administrativo relaciona-se com a das nulidades no Direito Civil.

Ao analisar as nulidades nos seus aspectos peculiares, o Direito Administrativo no plano geral do direito não foge de conhecer que a infalibilidade da Administração comandada por homens falíveis não é um valor de validade ou mesmo de legitimidade.

Daí porque, sobretudo no tocante à responsabilidade, o erro, o dolo, a coação, a simulação e a fraude podem como vícios originários atingir o ato mesmo perfeito e o sujeito do ato diante de circunstâncias provadas e das conseqüências jurídicas.

O que se quer, num ato administrativo, não é apenas aparência de perfeição que possa decorrer da integração dos elementos, mas aferição da boa conduta interna administrativa e que a vontade declarada não esteja marcada de dúvidas quanto ao interesse público.

10. Na doutrina: Rafael Aranz, *De la competencia administrativa*, Madrid, 1967, p. 32; Jean Rivero, *Droit administratif*, Paris, 1973, p. 224; Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1965, t. 2, p. 522; Renato Alessi, *Sistema istituzionale di diritto amministrativo*, Milano, 1953, t. 1, p. 321.

11. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 103.

12. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, op. cit., p. 30-60.

Da intenção ou da vontade exteriorizada provém ou podem provir os principais vícios, como por exemplo o erro, o dolo, a coação, a simulação e a fraude, *vícios* cuja apuração independe dos elementos de formação ou da própria natureza do ato ¹³.

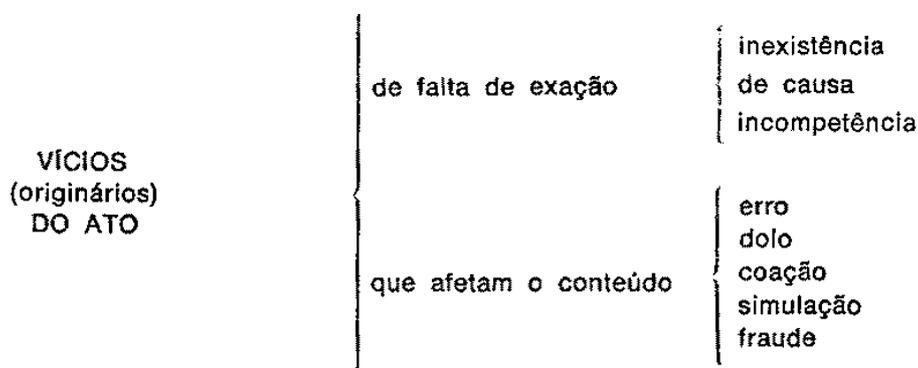
A nosso juízo, na prática, são os vícios que atingem a vontade os de maior importância. Não se deve desconhecê-los, porque o problema da vontade no Direito Administrativo é da maior transcendência quando submete a Administração ao direito posto.

77. Os vícios e os elementos do ato

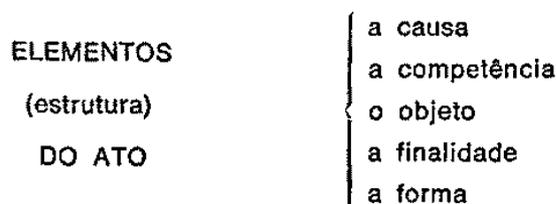
A melhor técnica hermenêutica de apreciação dos atos administrativos, tendo em conta a origem deles e a projeção que desfrutam no mundo do direito, será a de separar os vícios dos elementos dando a cada fenômeno posição que a doutrina não desconhece embora procure simplificar afetando realidades na relação jurídica fundamental.

Sem dúvida, existem *vícios*, como existem *elementos*. Os vícios dizem com a vontade manifestada. Os elementos com a estrutura nos regimes. Os vícios prejudicam os atos na fonte funcional. Os elementos legitimam-no no processo de formação. Os vícios não constituem requisitos. Os elementos são o mesmo que requisitos.

Clarificando, vale o esquema abaixo:



Como vale, também, analisando qualquer ato administrativo na formação e estrutura, o realismo do seguinte quadro esquemático:



13. Juan Carlos Cassagne, op. cit., p. 269.

Estudando os vícios, principalmente os da vontade, verifica-se que a doutrina aceita as mais diversas colocações¹⁴. Uma integrando os vícios nos elementos, outras tomando os elementos absorvendo os vícios, embora todas as colocações apontem nos atos a existência de vícios e de elementos a serem analisados separadamente.

Todavia, o método racional, sobretudo para quem observa a dinâmica na atividade administrativa, está em reconhecer que os atos viciados na origem ou falhos na formação são todos eles atos passíveis de validação ou anulamento.

78. Os vícios na falta de exação

Exação não é uma simples palavra abstrata no Direito Administrativo, pois compreende adequado comportamento lícito e conduta legal no exercício da função. Faz problema de obrigação-dever, de subordinação à lei e à ordem jurídica, de cumprimento das regras implícitas de boa administração.

Ao poder público cabe, por meio de seus agentes e órgãos, a não-infringência das normas aplicáveis, o respeito pelas determinantes de serviço, não podendo por isso agir sem causa ou motivo, realizar atividade fora do regime prescrito de competência funcional.

Tenha-se por exação na prática dos atos administrativos, dentro dos pressupostos que validam o *querer administrativo* na organização, a correta obediência na atividade aos antecedentes causais condicionantes:

- um primeiro impondo harmonia intencional entre a realidade e a lei;
- um segundo exigindo correspondência entre o ato e a norma;
- outro terceiro de puro dever jurídico no sentido da escolha da decisão pertinente.

A idéia da existência de causa, de justa motivação para a prática do ato administrativo, tem suporte na legitimidade imposta pela causa, isto é, numa razão de essência jurídica, numa motivação que não tem fundamento só na vontade do agente, mas numa provocação exterior resultante de situações determinantes¹⁵.

A causa, tal como a finalidade, assenta em duas premissas lógicas:

- quando responde pelo *porquê* do ato;
- quando atende o *para que* do ato administrativo.

A causa imprecisa, não qualificada, indefinida, não gerando obrigações, constituindo falta de exação, vicia o ato na sua origem já que tem relação

14. Aqui temos duas preciosas contribuições: Massimo Severo Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*. Milano, 1939; Umberto Fragola, *Gli atti amministrativi*, Torino, 1952.

15. Na literatura especializada: Pietro Bodda, *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Turim, 1933; Maria Rivalta, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milano, 1960.

com a finalidade e com ponderadas razões determinantes que dimanam de normas ou de fatos naturais ¹⁶.

De igual maneira sucede com a incompetência que ilegitima o ato na organização, incompatibilizando o sujeito com a função, tendo em vista que a violação da competência pode carrear a invalidade do ato ¹⁷, a ilicitude no uso das atribuições que se compreendem no limite de regras cujo significado traduz legalidade.

79. Os vícios que afetam o conteúdo do ato

Vícios verificáveis, os que afetam o conteúdo do ato administrativo, pertencem a categorias que dominam o direito privado. A questão, em exame, resume-se:

- na natureza jurídica própria dos atos administrativos;
- no regime jurídico que tem por finalidade o interesse público.

Tão importantes como os vícios de falta de exação, os vícios da inexistência de causa ou de incompetência que podem suscitar conduta ilegal, os demais nomeados também maculam os atos administrativos provocando a ilegalidade.

Localizado o *erro*, a investigação serve para saber se foi espontâneo ou intencional, de fato ou de direito, porque se foi intencional (provocado) leva ao dolo já que o agente procedeu motivando voluntariamente lesões na ordem jurídica ¹⁸.

Do erro espontâneo ou intencional (provocado), culposo ou doloso vamos dizer, decorrem as figuras do erro de fato ou do erro de direito, ambas envolvendo valores negativos que prejudicam a validade e a eficácia dos atos administrativos.

Basta considerar, na boa doutrina, diante da prática:

- “há erro de fato quando há ignorância ou conhecimento imperfeito de uma situação de fato”;
- “e erro de direito quando tal ignorância ou falso conhecimento se refere a uma regra de direito” ¹⁹.

Com respeito ao dolo completa-se quando faz inevitável a sanção jurídica, quando o ato não expressa o dizer da lei repercutindo em consequências penais e responsabilidade conforme a natureza da infração e em face do descumprimento das obrigações.

16. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, v. 1, p. 331.

17. Fiorini, *op. cit.*, p. 321.

18. Marcelo Caetano, *Tratado elementar de direito administrativo*, Lisboa, 1941, v. 1, p. 255.

19. André Gonçalves Pereira, *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, Lisboa, 1962, p. 164.

80. O erro e o dolo

O erro, todavia, pode ser retificado deixando de subsistir ou pode ser apreciado pela Administração, ao passo que o dolo assinala um *vício* que afasta a legitimidade mesmo revogado nos efeitos porque a atuação dolosa conflita-se com o conteúdo diante da juridicidade.

Também o erro, embora possa ser retificado, enquanto não o for efetiva invalidez manifesta, de igual maneira que o dolo, induzindo ao erro ou caracterizando má fé, conduz à ilegalidade que afeta os elementos de validade do ato administrativo.

Sucedem que o conceito de dolo no Direito Administrativo pressupõe conduta irregular e danosa, comportamento decisório que pela intenção formalizada exige responsabilização funcional em virtude de prejuízos provocados contra a ordem jurídica, ou seja, a responsabilidade solidária ou não conforme os regimes adotados.

Não obstante as construções teóricas façam-se imprecisas na determinação do erro ou do dolo, os juízos de apreciação configuram arbitrariedade na manifestação da vontade, levando por consequência à nulidade absoluta do ato administrativo.

O erro refere-se, assim, ao objeto imediato do ato²⁰. O dolo, à intenção que cause um dano importante²¹. As duas hipóteses, quando ocorrentes, nulificam o ato na sua origem e na produção dos efeitos.

A análise, portanto, da invalidez dos atos administrativos, havendo provado erro ou dolo verificado, deve partir do exame separado dos efeitos no tocante à Administração e à posição do administrado, pois o importante está em ajustar a atividade estatal ao direito posto.

81. Coação, simulação e fraude

A situação dos administrados ante atos viciados chamados também de *irregulares*, sobretudo diante da inexistência de disposições expressas reguladoras, só pode levar o hermeneuta a buscar regras analógicas no Código Civil referentes aos sistemas de nulidades.

Passam os elementos inspiradores civis a fundamentais no Direito Administrativo já que os textos legais privados sensibilizam de plano o direito, isto é, influenciando nas relações firmadas onde a Administração aparece como pessoa jurídica embora pública.

Dois pressupostos harmonizam o pensamento doutrinário:

— quando a vontade administrativa venha afetada por erro, dolo, coação, simulação ou fraude, o ato torna-se inválido, não obstante a Administração poder convalidá-lo;

— atingido o conteúdo por que o ato não se ajusta às normas jurídicas vigentes, o ato é ilícito e nulo não permitindo a convalidação.

20. Cassagne, op. cit., p. 279.

21. Julio A. Prat, op. cit., v. 2, t. 3, p. 176.

Por isso, todos os vícios que afetam o conteúdo do ato são distorções da vontade real que envolvendo apenas uma simples declaração além do erro e do dolo podem dar substância à coação, à simulação e à fraude, figuras que constituem violência ou arbítrio.

Tanto a coação submetendo o agente, como a simulação e a fraude decorrentes de circunstâncias voluntárias são variantes da invalidade que na problemática aponta duas situações:

— os atos marcados de vícios, erro ou dolo, coação, simulação ou fraude não são revogáveis e sim anuláveis;

— a revogação diz respeito aos atos lícitos e a anulação aos irregulares, viciados originariamente de ilicitude.

Partindo da premissa de que nenhum ato pode produzir lesão jurídica a direito reconhecido, os vícios como defeitos formais comprometendo o ato pela ineficácia podem provocar não só nulidades mas também medidas ressarcitórias ²².

Nos modos de gestão, o vício qualquer que seja já constitui uma lesão, senão do administrado, da própria ordem constituída. Surpreendendo como violência ou arbítrio nas figuras da coação, da simulação ou da fraude, torna o ato carente de força jurídica ²³.

Os vícios nominados, de modos de gestão, invalidam a legitimidade, negam a competência, permitem o excesso de poder e consagram a violação da lei ²⁴. Quando verificados nos efeitos comprometem a eficácia ²⁵.

No Direito Administrativo a *coação* surge da ação de obrigar ou compelir alguém na hierarquia a praticar ou não determinados atos, viciando a vontade e tornando anulável a decisão. Constitui influência negativa ou positiva a efetivar decisões carentes de vontade legal.

A *simulação*, na prática do ato administrativo, induz a vontade ao erro, caracteriza declaração enganosa da vontade na sua realização e em face da intenção tendente a produzir efeitos diversos do que a lei ou a norma indicam. A vontade real não é a vontade manifestada.

Na *fraude*, permanece a malícia ou a má fé, a intenção de violentar um preceito de lei ou a norma é fenômeno de ilicitude tanto no Direito Civil como no Administrativo, surtindo o ato ilegal e lesivo da ordem jurídica. Aqui a vontade manifestada não é a vontade real.

22. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 220.

23. Marcel Waline, Comment un acte administratif perd sa force juridique, in *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1950, p. 433-7.

24. Aldo M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1954, p. 258-60.

25. No direito peruano (Regulamento Administrativo, art. 45), são nulos de pleno direito os atos administrativos: a) editados por órgãos incompetentes; b) contrários à Constituição e às leis ou que contenham um impossível jurídico; c) os editados prescindindo das normas essenciais de procedimento e da forma prescrita por lei (v. Gustavo Bacacorzo, *Reglamento de procedimientos administrativos*, Lima, 1975, p. 89).

82. A posição no Direito Civil

Não existe verdade mais realística do que esta: “a existência jurídica do Estado, a realização do seu processo e a forma de manifestar-se criam um sistema jurídico estatal que se rege por um regime administrativo”²⁶.

Conseqüentemente, “as normas de direito privado que concorrem para integrar o ato jurídico não destroem a essência da função de poder administrativo que as aproveita e as aplica” nas relações jurídicas vinculantes²⁷.

Não preocupa que a adesão da doutrina não seja unânime, pois a realidade aí está para demonstrar que toda atuação quer privada ou quer pública correspondem a concepções unitárias universalmente sistematizadas.

A tônica, no Direito Administrativo, como nos demais ramos do direito, é de função, de conteúdo e de finalidade, isto é, aqui de *fim público* qualificando na organização o interesse, a utilidade, o serviço e o funcionamento das instituições²⁸.

Se os critérios, nos diferentes sistemas, fazem-se distintos, não são porém descoordenados. E isso porque, as nulidades, tendo em conta a natureza dos atos jurídicos, apresentam aspectos que harmonizam as posições de direito privado com as colocações de direito público²⁹.

Quanto ao Direito Civil, pelas suas instituições, queira ou não, tem anterioridade naqueles conceitos que se completam no Direito Administrativo, porque também as relações públicas assentam nos princípios gerais do direito, *princípios* seculares que não são exclusivos dos Códigos Civis.

83. As colocações no Código Civil

A matéria em foco, se não é semelhante é assemelhada, vingando a função e a finalidade como condições fundamentais. A *função* infere-se da organização. A *finalidade* do que, na organização, pretende o poder público administrativo.

Definida a função por meio do agente capaz e a finalidade pelo serviço a prestar, numa visão de síntese, os atos administrativos, por serem atos jurídicos, sofrem nos sistemas das mesmas implicações de validade e de eficácia.

26. Bartolome A. Fiorini, op. cit., v. 1, p. 277.

27. Fiorini, op. cit., v. 1, p. 277.

28. Rafael Bielsa, *Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo*, Buenos Aires, 1923; Imre Szabó, *Les fondements de la théorie du droit*, Budapest, 1974.

29. Basta a preocupação doutrinária para afiançar a influência do Direito Civil na formação do Direito Administrativo. Senão, vejamos: Gaston Jèze, Georges Vedel, Jean Rivero, André de Laubadère, Guido Zanobini, Oreste Ranelletti, Francesco D'Alessio e Umberto Fragola, entre os mais interessados em defender a autonomia do Direito Administrativo, embora mantenham para a invalidade premissas que no fundo não divergem das privatistas. Todavia, não é a questão da autonomia científica que está em jogo, mas um problema de princípios que atinge a todos os sistemas jurídicos. No passado, a mesma atenção, tiveram, Otto Mayer, Maurice Hauriou, Adolfo Posada ou Ernst Freund. Esconder verdades básicas não é o papel da doutrina e nem do pesquisador científico.

Por extensão no direito ou analogia no conhecimento hermenêutico, os atos administrativos para serem válidos dependem de licitude e da capacidade, ficando ao que vimos passíveis de anulação:

- quando da existência de erro ou ignorância;
- quando houver dolo;
- quando provada a coação, a simulação ou a fraude.

Diante do princípio-regra fundamental são anuláveis os atos jurídicos e, portanto, os atos administrativos, “quando as declarações de vontade emanaram de erro substancial”, considerando-se “erro substancial o que interessa à natureza do ato, o objeto principal da declaração ou alguma das qualidades a ele essenciais”³⁰.

Os atos jurídicos e também os administrativos são anuláveis por dolo quando este for a sua causa, obrigando que o dolo quando acidental resolva-se por “perdas e danos”, dada a intenção direta ou indireta de ferir direitos protegidos ou então negar a ordem jurídica estabelecida³¹.

A coação, entretanto, no Direito Administrativo, para viciar a manifestação de vontade há de vir lesiva ou danosa, iminente ou receável, ameaçando o normal exercício de um direito e provocando por dependência atuação ilícita³².

A simulação, todavia, em face da distorcida manifestação da vontade será defeito do ato administrativo quando houver intenção de prejudicar ou de violar disposição de lei, afetando direitos ou carreando lesões jurídicas³³.

Com respeito à fraude, a figura quando se apresenta traz onerosidade, presunção de garantias feridas, relação que compromete o ato pela existência de má fé na atividade administrativa, não valendo o ato que deixar de revestir forma determinada em lei ou desviado intencionalmente da finalidade legal³⁴.

A matéria, contudo, não é somente administrativa, porque também envolve a problemática constitucional³⁵. Pela tradição e nos princípios mandamentais assegura-se ao administrado proteção contra a ilegalidade ou contra o abuso de poder na prática de atos administrativos de autoridade.

84. Responsabilidade por ato administrativo

Como assinalamos, da prática de atos administrativos, a responsabilidade não é a civil e sim a responsabilidade *estatal administrativa*, uma vez que

30. Código Civil brasileiro, arts. 86 e 87.

31. Código Civil brasileiro, arts. 92 e 93.

32. Código Civil brasileiro, arts. 98 e 101.

33. Código Civil brasileiro, arts. 103 e 105.

34. Código Civil brasileiro, arts. 129 e 130.

35. Constituição (EC 1, de 1969), art. 153, § 21.

a Administração quando responde na relação aparece como pessoa jurídica de direito público ³⁶.

Tal figura de responsabilidade, “também denominada do Estado ou dos entes estatais por atos e fatos administrativos”, diz que a Administração é sempre responsável “por todos os eventos danosos derivados de execução da atividade administrativa” ³⁷.

Quando se fala de responsabilidade administrativa estatal não se pretende ver a Administração responsabilizada por atos regulares, sim, por irregulares ou imperfeitos geradores de atentados à lei e aos direitos. O que se tem em mira é o *ato lesivo*.

No ordenamento jurídico positivo, entretanto, torna-se indispensável considerar que só os danos inseparáveis da função administrativa traduzem responsabilidade e reparação. Destaque-se que a noção de responsabilidade é noção de medida ligada ao interesse geral.

A responsabilidade, no direito público, como a responsabilidade, no direito privado, reclama três condições convergentes:

- uma do fato gerador de danos;
- outra da existência de ato ou fato danoso;
- mais outra de imputabilidade do dano a uma pessoa determinada ³⁸.

Em face do ato exercitado, o dano *certo* há de alcançar uma situação juridicamente protegida, sobretudo nas hipóteses de incompetência, vícios prejudiciais do ato, violação da lei, falta de causa ou desvio de poder.

A determinante da compatibilidade com a lei na atividade administrativa, “de que a lei é superior à vontade da Administração e se impõe a ela, sendo por conseguinte nulos ou anuláveis os atos que contrariarem a lei”, é que faz a responsabilidade ³⁹.

Há responsabilidade, exigindo reparação, se vigorando a regra de compatibilidade com a lei:

- a Administração exercitar atos não permitidos por lei;
- no seu comportamento exceda-se além do limite da conduta legal.

Não importa, havendo danos projetados, o que possa significar a atividade administrativa, o exame da espécie de lei ou norma, porque não é o sentido material ou formal das decisões que estão em jogo, mas o ato prenhe de lesividade, carente de condições para finalizar-se.

36. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Responsabilidade estatal administrativa, in *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 339-50.

37. Julio A. Prat, La responsabilidad del Estado, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, v. 2, p. 15-16.

38. Julio A. Prat, op. cit., v. 2, p. 33.

39. André Gonçalves Pereira, op. cit., p. 38.

SUMÁRIO:

- 85. Os cinco elementos do ato administrativo.
- 86. Os elementos numa seqüência lógica.
- 87. A causa motivante do ato.
- 88. A causa na base da relação.
- 89. Causa e regime de competência.
- 90. Competência e objeto.
- 91. Objeto e finalidade.
- 92. Finalidade e forma.
- 93. A forma nos atos administrativos.
- 94. Elementos do ato e comportamento administrativo.

CAPÍTULO VIII

Os elementos na realidade dos atos administrativos

85. Os cinco elementos do ato administrativo

Os elementos do ato administrativo na sua estrutura e realidade, embora a doutrina tome caminhos tergiversantes, são apenas *cinco*, que aparecem visíveis e de concreta constatação na dinâmica institucional.

Já é tempo, considerando a larga experiência no trato das questões administrativas, do pensamento doutrinário abandonar o campo especulativo a fim de reconhecer posições lógicas tornadas exatas nas formulações objetivas ¹.

1. Na especialização, entre alguns notáveis administrativistas que abordam a temática do ato administrativo, consulte-se: Recaredo F. de Velasco, Alcino Salazar, Arnaldo de Valles, J. Cretella Júnior, Manuel Maria Diez, Fernando Henrique Mendes de Almeida, Agustín A. Gordillo, Themístocles Brandão Cavalcanti, José Roberto Dromi, Régis Fernandes de Oliveira, Paul Duez, Juan Carlos Cassagne, Ugo Forti, André Gonçalves Pereira, Miguel Seabra Fagundes, Fernando Garrido Falla, Raffaele Resta, Julio A. Prat, Umberto Fragola, Oreste Ranelletti, Alberto Ramón Real, Maria Rivalta, Renato Alessi, Bartolome A. Fiorini, Dario Foligno, Raffaele Jusso, Roberto Lucifredi, Michel Stassinopoulos, todos sem exceção, embora o brilhantismo das contribuições trazidas, marcando posições pessoais ou repetindo análises históricas, quando na verdade de há muito os critérios objetivos são os dominantes. Quase o mesmo acontece nos cursos ou nos manuais que de tão numerosos desde a autonomia do Direito Administrativo deixamos de mencionar por impossível. Todavia, voltando-se o estudioso para o conhecimento dos tratados e dos compêndios, verificará que as discordâncias existentes não assentam em construções práticas ou que as teorias não representam senão complexos posicionamentos divergentes. Direito hoje *positivo*, o Direito Administrativo está a exigir harmonia entre os pressupostos e a realidade do ordenamento jurídico, construções que, abandonando o campo especulativo, observem a natureza real dos fenômenos jurídico-administrativos.

Colhendo os bons frutos doutrinários do que se pensou e disse em matéria de atos administrativos, acontece não ser impossível afastando as divergências, dar à problemática cunho de sentido lógico e de conhecimento prático.

A partir do começo do século, pelo menos nos países mais vividos juridicamente, as diversas tendências foram se aproximando, as colocações doutrinárias melhor adequando realidades, permitindo ao analista soluções positivas às equações administrativas ².

Atualmente, por isso, em virtude da evolução positiva do Direito Administrativo, das suas instituições e das amplas relações jurídicas, tornou-se possível determinar com rigor nos atos administrativos os elementos de estrutura e composição.

A bem ver, observando os atos administrativos na realidade, as diversas fases que do início da formação lhe dão estrutura, sem desmerecimento das variadas construções teóricas, é de reconhecer neles a existência de *cinco* elementos que integrados trazem a unidade.

Desintegrando um ato administrativo entrado no mundo do direito, a verificação conduz à presença concreta de uma *causa* motivante, de uma condição *competência*, do que se contém no *objeto*, o que pretende na *finalidade* e o valor do revestimento na *forma*.

86. Os elementos numa seqüência lógica

Jamais existe, no universo dos fenômenos jurídicos, uma atuação efetiva sem causa, uma atividade sem motivação, um ato que na origem não tenha sua razão de ser. Por isso a *causa* é o primeiro elemento do ato jurídico e do ato administrativo.

Provocada ou não, uma causa motivante sempre está presente impulsionando a vontade, seja essa causa psicológica, de livre apreciação, negativa ou positiva, fundada na lei ou na norma, em fatos que se transformam em atos ou em exigências que partam do interesse público ³.

Da causa, no ato administrativo, a seqüência depois faz lógica no processo de formação da vontade, porque sem uma causa a competência não é ativada, nem exercita o ato quem não tenha poder para tal no quadro da organização estatal.

2. Destacam-se pela grandeza da sua obra: Maurice Hauriou, Otto Mayer, Santamaria de Paredes, Gaston Jèze, Rafael Bielsa, Santi Romano, Garcia Oviedo, De Valles, Goodnow, Alibert, Laband, Leonard D. White, Moreau, herdeiros de experiências que transmitiram aos pósteros a fim de que se pudesse aos poucos compreender a valiosa herança deixada por Montesquiéu, De Gerando ou Colmeiro. Foi precisamente a geração do começo do século *vinte*, nem todos aqui lembrados, a que possibilitou o entendimento da mecânica estatal e da necessidade de contensão dos poderes administrativos.

3. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 188.

Na seqüência, processo lógico, a causa liga-se pela competência ao objeto do ato, à finalidade posterior a atingir, ganhando esse ato então forma qualificada. Formado, o ato começa a produzir efeitos já que eficaz, não contendo porém vícios impugnáveis.

87. A causa motivante do ato

Evidentemente que a causa quando surge aparece:

- por razões psicológicas de livre apreciação;
- por motivos jurídicos na procura da finalidade;
- por necessidade de interesse público a satisfazer.

Sem confundir com motivos, a causa é a primeira condição de validade do ato administrativo, porém somente a causa sem o suporte legal não faz legitimidade na atuação administrativa. Prevaecem, entretanto, os motivos causais, provindos da lei ou de fatos.

Tomada a causa como razão lógica do ato administrativo ou como elemento relevante do ato público, a noção de causa “é simultaneamente um elemento de fato e um elemento legal, é o fato determinante da categoria jurídica do ato”⁴. Daí sua importância originária fundamental⁵.

Explica-se a causa no Direito Administrativo pelo seu entendimento específico, como uma situação objetiva de fato e de direito que “está na base do ato administrativo”, ou seja, na sua origem justificando circunstâncias finalísticas⁶.

Sempre no fundamento originário do ato, a causa compreende “um interesse público típico”, um efeito jurídico igualmente típico, um interesse e um efeito sem o que a Administração não legitima sua atividade⁷.

Não se confunde nunca com a finalidade, porque a causa “é uma relação de adequação entre os pressupostos do ato e o seu objeto”⁸. Ao passo que a finalidade tipifica o ato e particulariza a atuação diante de uma situação de fato ou de direito.

88. A causa na base da relação

Afirma-se no mundo dos fenômenos sociais e naturais:

- não existem efeitos sem causa;
- não existem causas sem efeitos.

4. Umberto Fragola, *Gli atti amministrativi*, Torino, 1962, p. 27-8. São bastante sutis as diferenças entre causa e motivo (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 141).

5. André Gonçalves Pereira, *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, Lisboa, 1962, p. 117.

6. Georges Vedel, *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Toulouse, 1934, p. 361.

7. Pietro Gasparri, *La causa degli atti amministrativi*, Padova, 1942, p. 46.

8. André Gonçalves Pereira, *op. cit.*, p. 122.

A primeira hipótese é a que melhor serve ao direito e, portanto, aos chamados fenômenos jurídicos. Não havendo uma *causa*, condição essencial nas relações de base, inexistem efeitos a avaliar e nem projeções existem sensibilizando a ordem jurídica.

Na segunda, tão lógica e racional quanto a primeira, sobretudo no Direito Administrativo, considerando a atividade estatal, os efeitos devem corresponder às causas, estejam as causas na lei, na utilidade, na necessidade, no serviço ou no interesse público.

O ato administrativo quando impulsado tem origem num motivo-causa, numa verdade que faz base na primeira relação, ficando irrelevante distinguir a causa do motivo, este, o *motivo*, surgindo apenas como sucedente razão determinante.

A rigor, “os motivos apresentam-se como razões determinantes, provenientes de normas ou de fatos naturais, cujos efeitos determinam o conteúdo do objeto do ato administrativo”, tudo tendendo à satisfação de fins públicos ou à satisfação de vários fins concorrentes ⁹.

Só depois da avaliação da causa ou, se quiserem, dos motivos determinantes é possível a apreciação da competência, do objeto, da finalidade e da forma, pois todo ato administrativo como qualquer outro ato jurídico há de provir de distintas imposições causais.

Do elemento *causa*, portanto, desde que avaliada fica estabelecida a relação de base ou o nexa que explica a legitimidade do ato, a razão da existência do ato, ou seja, a exação do comportamento administrativo quando sustentada em poderes conferidos.

89. Causa e regime de competência

A competência, na organização, em virtude da natureza do ato administrativo, depende da existência da causa ¹⁰. A causa em si, definindo a atividade, envolve a juridicidade da atuação, na dinâmica estatal, significando capacidade de agir.

A inclusão da competência como elemento essencial do ato administrativo decorre:

- de poder que só da lei pode resultar;
- por consequência, do princípio da legalidade administrativa.

É a competência, na sua expressão normativa, jurídica e constitucional, condição de eficácia do ato administrativo, um limite que no plano originário causal sujeita a Administração:

9. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, v. 1, p. 331.

10. Neste livro: Cap. I, 6; Cap. II, 14; Cap. V, 52; Cap. VII, 75. Na temática: Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Da competência administrativa*, São Paulo, 1977, Primeiro Caderno, Cap. I; Segundo Caderno, Cap. II; Terceiro Caderno, Cap. I; Quarto Caderno, Cap. II, p. 3, 89, 119 e 207.

- conforme a matéria;
- conforme a função;
- conforme a jurisdição.

Ratione materiae ou objetiva traduz separação concreta de funções. Segundo as funções, provém na organização e na hierarquia de atribuições pertinentes. Na jurisdição, a questão é territorial, de divisão do trabalho e circunscrição administrativa ¹¹.

De poder, de agentes da Administração ou de agentes administrativos, de órgãos ou de pessoas, a competência impõe diante do ato exercitado respeito pela causa e obediência à finalidade, validando a vontade que tem de ser jurídica e possível.

Havendo a causa motivante do ato ativa-se a competência valorando o objeto, criando conteúdo na manifestação volitiva, dando à atividade condições de licitude, legitimidade, juridicidade e legalidade.

90. Competência e objeto

A soma dos elementos informadores do ato administrativo pode constatar-se de dois processos lógicos de análise:

- um *desintegrador* quando o ato examinado já entrou no mundo do direito e passou a produzir efeitos;
- outro *integrador* a partir da causa motivante até a formalização e o alcance da finalidade.

Na prática, tanto se observe o ato realizado como o ato por realizar, concretamente aparecem os cinco elementos todos entrosados, ordenados e comprometidos entre si, no mais das vezes de fácil verificação analítica.

Assume relevância, entretanto, a tipicidade do objeto, porque após firmada a competência ganha substância material ou conteúdo próprio, pois como elemento intrínseco vincula a faculdade de agir à norma e à finalidade, dizendo a que vem o ato nas obrigações criadas.

Obviamente, aceitando o objeto na acepção de *conteúdo do ato*, com referência àquilo que no ato se contém, pelo objeto figurado o analista adquire senso de qualificação a fim de categorizar a espécie e colocá-la na exata posição relacional ¹².

São os elementos dos atos administrativos *momentos* diferentes, até certo ponto de sutis e de complexo destaque na seqüência de formação da vontade, mas *momentos* exteriormente constatáveis quando um ato sofre processo desintegrante de análise.

11. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 191-5.

12. Na doutrina italiana, para bom exemplo interpretativo, a freqüência do termo *conteúdo* aplica-se com relação ao *objeto*, acontecendo que as mesmas expressões sejam usadas comumente. É o que se depreende das contribuições de Guido Zanobini, Oreste Ranalletti, Ugo Forti ou Umberto Fragola, todos procurando tirar conhecimento objetivo do papel que o Direito Administrativo realiza em face da ciência jurídica e do ordenamento jurídico positivo.

Para distinguir um elemento do outro basta anatomizar qualquer ato separando um a um os elementos, dando a cada momento na formação o valor explicativo que possuem, isto é, um valor de juízo correspondente ou a definir isoladamente nada mais que o essencial.

Todavia, nenhum elemento possui autonomia nem pode possuir, porque devem aparecer vinculados ou dependentes, respeitados na análise de lógica jurídica a causa motivante, a competência cometida, o objeto-conteúdo, a finalidade e a forma.

91. Objeto e finalidade

Pelo objeto-conteúdo, o ato administrativo na sua categoria fala de finalidade ou de um *fin* que vem inserto no próprio objeto, de tal maneira harmoniosa que a noção de causa encontre por meio do objeto a real finalidade a perseguir.

Pois bem, se o objeto está intimamente ligado à finalidade, a causa como fonte também está na origem conciliando os elementos em torno de algo visado, de alguma coisa ponderada que diz com o interesse público ou de serviço público.

O fim-finalidade afeta, por isso, o conteúdo e a forma do ato, refletindo necessidade de qualquer natureza, jurídica, econômica ou intelectual, que se quer satisfazer, condição causal essa implícita encadeando os elementos em torno de soluções ¹³.

A finalidade, no entanto, já que o objeto não esconde licitude e possibilidade, há de ser predeterminada, longe de ser ambígua porque se relaciona com o aspecto funcional do ato representado pelo interesse público ou o bem comum ¹⁴.

Tal critério de análise, sobre a finalidade no instante da edição do ato administrativo, constitui "o marco da função administrativa e do ordenamento jurídico", passando a envolver o princípio da legalidade sempre atuante nos efeitos jurídicos ¹⁵.

Na instrumentação do ato, a finalidade exterioriza o objeto, traduz executoriedade na exigibilidade, tudo porque o fim do ato é inerente ao mesmo, no qual o caráter público não prejudica os elementos integrados e que buscam efeitos formalmente definidos.

A afirmação, também, de que a finalidade do ato deve ser moral, embora a moralidade não seja um elemento componente, destaca juízo de valor meritório diante do que possa ser isonômico, justo, eqüitativo ou de satisfação comum dos interesses públicos ¹⁶.

13. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 191; Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso cit.*, p. 143.

14. Juan Carlos Cassagne, *La finalidad*, in *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978, p. 222-3.

15. Cassagne, op. cit., p. 223.

16. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *O fato moral no ato administrativo*, in *O controle da moralidade administrativa*, São Paulo, 1974, p. 81-94.

Realmente, da finalidade surtem os efeitos, a maneira de como o ato harmoniza-se com a causa e o objeto, logrando formalizar resultados não diversos dos permissivos legais, sem defeitos que o maculem de vícios quanto aos fins predeterminados.

92. Finalidade e forma

Contudo, a importância para o analista está em conseguir distinguir os elementos, cada um deles na sua tônica característica, tomando qualquer deles no seu aspecto singular, a fim de que a finalidade receba a forma adequada.

Como a causa reflete poder jurídico, também a finalidade constitui força de poder “conferido pelo ordenamento jurídico”¹⁷. Não se pode, assim, dissemelhar os quatro primeiros elementos essenciais, deixando a finalidade carente de roupagem formal.

Com respeito à *forma* quando escrita “assume importância decisiva”¹⁸. Destina-se a concluir um ato administrativo dando-lhe efeitos coercivos e declaratórios, *efeitos* que decorrem válidos da perfeição no procedimento adotado.

Pela *finalidade*, o que se procura, por meio da *forma*, é dar sentido ao objeto do ato. Passa, por assim dizer, a constituir um resultado que “determina o efeito jurídico produzido pelo ato”, legitimando na extensão a manifestação da vontade¹⁹.

Evidentemente, não obstante divergências doutrinárias “da forma depende o efeito jurídico do ato”²⁰. Só pela forma ou formalização o ato administrativo adquire condições de executoriedade e passa a existir. A forma é, portanto, “elemento preponderante de validade”²¹.

A identificação da forma com a causa, a competência, o objeto e a finalidade faz do problema da forma uma questão de alta relevância em virtude de a manifestação da vontade ganhar significado exterior e tornar o ato possível e definitivo.

93. A forma nos atos administrativos

Mesmo que tenhamos a forma como processo de *instrumentação formal* dos atos administrativos, tal não significa que não existam *distintas formas* de criação normativa capazes de dar fisionomia às variadas manifestações da vontade.

17. Giovanni Miele, *Principii di diritto amministrativo*, Padova, 1953, v. 1, p. 131-2.

18. Dario Foligno, *L'attività amministrativa*, Milano, 1966, p. 125. Aliás, o mestre italiano aponta apenas três elementos na formação do ato administrativo, a causa, o conteúdo e a forma (op. cit., p. 68).

19. Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris, 1935, p. 34.

20. “Entre outras razões que fundamentam a maior importância da forma em Direito Administrativo do que em Direito Privado está a garantia da legalidade no exercício da ação administrativa” (v. Tito Prates da Fonseca, *Lições de direito administrativo*, São Paulo, 1943, p. 321).

21. Tito Prates da Fonseca, op. cit., p. 322.

Sabemos que, “a palavra *forma* não poderá ser erradicada jamais do Direito Administrativo, porque todo o direito é formal”, embora devamos distingui-la pela função jurídica que o ato realiza ou corresponde exteriormente ²².

Por outro lado não se deve considerar a formalização do ato como problema de simples terminologia, mas sim como resultado de manifestações jurídicas que, ao cumprirem funções, resguardam a validade dos atos administrativos.

Na verdade, querem as manifestações, quando formalizadas, dar a conhecer o objeto do ato administrativo ²³, a sua finalidade e a sua conformidade com os efeitos que visam produzir, porque:

- na *causa* podemos ter uma relação de legitimidade;
- na *forma*, um valor conseqüente de validade jurídica.

As diversas formas entre os atos administrativos hão de corresponder aos efeitos que pretendem produzir ou às situações jurídicas que pretendem criar, assunto que abordaremos na devida oportunidade ²⁴.

Na temática, muito embora as formas dos atos não estejam suficientemente sistematizadas, como a forma escrita, porém, faz o comum nas manifestações jurídicas, o que importa ao observador reside no estudo do comportamento dos sujeitos públicos, na perseguição de efeitos administrativos.

94. Elementos do ato e comportamento administrativo

A atuação dos sujeitos, das pessoas que desenvolvem atividade administrativa na organização estatal, interessa à ordem jurídica e ao Direito Administrativo, tão-somente porque por meio da função são os que praticam atos concretos qualificados.

Essa a razão pela qual o comportamento administrativo e a conduta legal dos agentes não consagram o ato administrativo imperfeito ou falho nos elementos, provocando situações:

- de validade ou invalidade;
- de licitude ou ilicitude.

Tanto o binômio validade ou invalidade, como o binômio licitude ou ilicitude dizem com o comportamento administrativo e a conduta legal dos agentes ²⁵. Refletem posições de falta ou não de exação jurídica, decisões tomadas que podem:

- ferir o próprio regime administrativo ordenado juridicamente;

22. Bartolome A. Fiorini, *op. cit.*, v. 1, p. 335.

23. Fiorini, *op. cit.*, v. 1, p. 237-8.

24. Tito Prates da Fonseca, *op. cit.*, p. 323-4.

25. Giovanni Miele, *Il comportamento dei soggetti*, in *op. cit.*, v. 1, p. 11-186.

— criar lesividade no tocante a interesses ou direitos protegidos.

Do exame em profundidade do ato administrativo é que se verificam as circunstâncias maculantes da legítima atividade, os vícios que geram recursos impugnativos ou criam as evitáveis situações contenciosas²⁶.

A simples vontade, por isso, não basta para o atuar público, porque é preciso que a vontade manifestada não venha sem causa e não atente contra o princípio da legalidade na Administração, concorrendo para a efetivação de atos danosos, viciosos ou viciados.

Na realidade do problema os atos administrativos justificam-se na plena eficácia atendidos os elementos que nele se integram, quando:

- condicionados a fatos;
- submetidos à lei ou à norma;
- circunscritos a regime de ação.

Observando os elementos na seqüência lógica em que surpreendem, os chamados vícios que conduzem à imperfeição dos atos para apuração da ilegalidade são a falta de causa, a incompetência, a forma viciada, sem falar na violação da lei que afeta o objeto.

No próximo capítulo, em colocações de síntese analítica, serão apreciados os elementos do ato administrativo em seu ângulo negativo, já que o positivo diz com o ato perfeito e capaz de produzir normais efeitos jurídicos.

26. Neste livro, Cap. VII, 84. Considerando lei argentina, da Província de Mendoza (n. 3.909/77), vem claro com respeito ao objeto-conteúdo do ato: Art. 30. O objeto ou conteúdo do ato é aquilo que este decide, certifica ou opina. Art. 31. O objeto não deve: *a*) estar proibido pela ordem jurídica; *b*) estar em discordância com a situação de fato regrada por normas; *c*) ser impreciso ou obscuro; *d*) ser absurdo ou impossível de fato. O art. 32 ficou assim escrito: "O conteúdo do ato não poderá contrariar no caso particular disposições constitucionais, legislativas, sentenças judiciais, nem vulnerar o princípio da irrevogabilidade do ato administrativo".

TERCEIRA PARTE

- **Análise intrínseca dos atos administrativos**
- **Atos de governo ou atos políticos**
- **Atos administrativos discricionários**
- **Os atos institucionais**

SUMÁRIO:

- 95. Pressupostos negativos.
- 96. Causa e falta de causa.
- 97. Causa e motivação.
- 98. Interpretação do ato administrativo.
- 99. Posições de interpretação.
- 100. As maneiras interpretativas.
- 101. As soluções administrativas.
- 102. Interpretação e lei.
- 103. Vontade administrativa e lei.
- 104. Clareza do ato e vontade manifesta.

CAPÍTULO IX

Análise intrínseca dos atos administrativos

95. Pressupostos negativos

Nos dois capítulos anteriores firmamos o que se deverá entender por vícios ou elementos, os *vícios* maculando os atos administrativos e os *elementos* compondo os atos desde a origem até sua final unidade orgânica.

Obviamente há um lado inverso ou negativo, permanecendo pressupostos que valem ser analisados para conhecimento do inadequado comportamento administrativo ou em face da inexata conduta legal, clareando colocações que na prática não são fortuitas.

Somente entenderemos o ato perfeito na origem e acabamento conhecendo o ato imperfeito ou carente pelo menos de um dos elementos essenciais. A tarefa, no entanto, resulta da necessidade de apreciar o ato como ele no momento se apresenta, perfeito ou imperfeito.

Dois pontos, contudo, na interpretação do ato valorizam a lógica na apreciação:

- o da lei ou da norma que antecedem a prática do ato;
- o da causa determinante provocando a edição do ato.

Quanto à causa deve ser entendida como observamos diante do fato ou diante da lei¹. Com respeito à lei ou à norma há o dever imperativo de

1. Na temática consulte-se, embora as posições não venham harmoniosas: Renato Alessi, *La revoga degli atti amministrativi*, Milano, 1956; Juan Carlos Cassagne, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Buenos Aires, 1971; Bartolome A. Fiorini, *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, 1969; Raffaele Jusso, *Motivo e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Milano, 1963; Maria Rivalta, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milano, 1960.

submissão. Resta saber quando o ato independe de uma causa concreta ou pode ser efetivado sem alguns dos elementos essenciais.

As hipóteses, *in casu*, são previsíveis em alguns tipos de atos que se enquadram entre os administrativos, mas que na categoria denominam-se atos de governos ou atos institucionais, ambos a serem estudados em capítulos separados.

96. Causa e falta de causa

A causa, como elemento essencial, faz requisito positivo. A falta de causa, um pressuposto negativo. Existindo o ato não deve o analista furtar-se do exame dos aspectos positivos e negativos, pois só assim é possível falar de legitimidade ou ilegitimidade, de licitude ou ilicitude.

Todavia, investigar a inexistência de causa não é uma tarefa de fácil indagação. A falta de um dos elementos pode conduzir à ilegalidade, não obstante o problema da causa ser tão sensível que adentra o fenômeno da vontade no entendimento de fatos que representam causas.

Se essencial, a causa tem de vir ligada ao fato e à lei, dando conteúdo declarativo à vontade². Assim não acontecendo, a vontade chega divorciada da causa, improcedendo a atuação administrativa.

Difícilmente, um ato administrativo sem motivação, faltoso num dos elementos essenciais, pode revestir-se de perfeição. A motivação, em razão da causa, “se bem faz o conteúdo do ato, está também relacionada com a forma”³.

Portanto motivo ou motivação como se queira incluem-se no conceito de causa, porque todo ato há de ter uma finalidade, uma causa jurídica exteriorizada justificando a ação administrativa e, por consequência, garantindo a legitimidade.

97. Causa e motivação

Só pela integração dos elementos depois formalizados o ato pode ser examinado elemento por elemento, apreciado no seu procedimento constitutivo já que o procedimento impugnatório adentra a perfeição ou não do ato não tocante à validade⁴.

Pela causa e da motivação surgem alguns *porquês* imprescindíveis à avaliação dos atos administrativos:

— permitindo a comprovação de que o ato emitido está de acordo com antecedentes de fato e de direito que constituem sua causa jurídica;

2. Dario Foligno, La formazione dell'atto amministrativo, in *L'attività amministrativa*, Milano, 1966, p. 57-141.

3. Luis Enrique Chase Plate, *La motivación del acto administrativo*, Asunción, 1978, p. 11.

4. Alberto Ramon Real, La prueba administrativa, *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*, Montevideo, 1:90, 1977. Nosso livro, *A prova administrativa*, São Paulo, 1973, p. 71-88.

— facilitando as questões atinentes à interpretação do ato diante do que objetiva realmente atender;

— abrigoando a possibilidade do controle administrativo ou jurisdicional com respeito à exatidão dos motivos causais ⁵.

O problema, na devida colocação, não é só de conveniência doutrinária, mas de pura hermenêutica jurídica, pois na esfera recursal o que fica examinado vai decorrer dos meios de prova, da interpretação certa para conhecimento da finalidade e da reclamada tutela ⁶.

Sobretudo a tutela, quando exercitada para o controle do ato ou quando para a proteção do administrado, tem um juízo de valor inestimável porque decorrente da ordem jurídica, quer exteriorizem-se os atos como irregulares ou mesmo regulares.

98. Interpretação do ato administrativo

Geralmente, os meios de prova promanam do ato administrativo posto sob controle, da interpretação do ato pelo que representa e da finalidade que visa perseguir. Considerando que, na sua quase-totalidade os atos trazem a *forma escrita*, não é difícil o papel do intérprete.

Basta ao intérprete, sem dúvida, por meio do exame da finalidade, buscar a causa e a motivação. Ganhando *forma*, o ato que já precisa uma intenção permite-se a exame na aplicabilidade. Qualquer investigação há de procurar a motivação ou a causa.

Duas verdades ganham relevo na temática:

— uma de que toda atividade administrativa persegue sempre o interesse público;

— outra de que os atos administrativos regulam interesses gerais e também particulares.

Na interpretação, ou por ela, não se procura apenas apreciar a finalidade, a existência ou não do interesse público. Não é propriamente a conduta da Administração perseguindo fins que está em análise de crítica objetiva.

Tomado o ato administrativo formalizado, toda interpretação traz alguns destaques:

— o de processo de formação;

— o de regime jurídico;

— o de categoria conforme o objeto.

Diante do que a forma impõe como valor, qualquer investigação aponta nos elementos caracteres próprios a cada um deles, *caracteres* que instrumentam distintos instantes da formação do ato.

5. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1969, t. 2, p. 332.

6. Luis Enrique Chase Plate, *op. cit.*, p. 15.

O que se quer, então? É tirar dos cinco elementos do ato administrativo o que representa a causa, a competência quando específica, o que o objeto qualifica e a que corresponde a finalidade.

Se existem distintas formas de atos, há nos elementos, em cada um deles, caracteres peculiares, dando sentido à causa, nome ao objeto e definição à finalidade. Pelos caracteres, nos elementos, os vícios também podem ser denunciados.

No mais das vezes, o problema é de tipos, uma questão de tipologia, de método analítico no exame intrínseco dos elementos essenciais, de essência íntima e objetiva do ato ⁷. Ou seja, de metodologia segundo critérios que sustentem a perfeição procedimental.

99. Posições de interpretação

Permanecendo dúvidas sobre o teor da manifestação da vontade ou sobre a extensão dos efeitos, “torna-se então necessário determinar o sentido exato do ato administrativo”, aclarando-se mediante o exame dos caracteres a intenção quanto às formalidades intrínsecas e a forma adequada ⁸.

Já que na dúvida, só pela interpretação, é possível determinar “o sentido exato do ato administrativo”, embora possam haver presunções de legitimidade ou legalidade, cabe ao intérprete:

- dizer das palavras que se expressam formalizadas;
- conhecer das circunstâncias que possibilitaram a edição do ato.

Mesmo em se tratando de atos discricionários, haja ou não liberdade de agir ou faculdade conferida, as decisões não podem indeterminar o objeto e nem desprezitar formalidades a serem observadas.

Interpretar, portanto, constitui aqui apreciação de valor que atinge os efeitos jurídicos, considerando que o ato não venha claro, com significado preciso, venha estando a exigir conhecimento concreto para sua normal execução ⁹.

Não só isso porém, porque no Direito Administrativo interpretar é discutir o sentido correspondente ao ato, desde que o ato não esteja claro,

7. Dario Foligno, op. cit., p. 72. Nos vários aspectos doutrinários, consultar: Massimo Severo Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, p. 21-36.

8. Marcelo Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 155.

9. Na sua obra clássica, de 1939, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, o mestre Massimo Severo Giannini secularizou na doutrina pressupostos interpretativos difíceis de sofrer alterações, pois ao que sabemos foi o primeiro na especialização a recomendar a necessidade de uma análise intrínseca do ato administrativo. Embora a expressão seja nossa, na sua adaptação foi inspirada pelo distinto professor da Universidade de Roma.

nem evidente “na extensão e qualidade dos efeitos jurídicos produzidos ou a produzir”¹⁰. Na verdade, um ato público não pode agasalhar incertezas.

100. As maneiras interpretativas

Todavia, como todo ato administrativo vem com força executória desde o momento da edição, ocorre que a necessidade da interpretação nas hipóteses duvidosas deve partir:

- primeiro, de quem praticou o ato e sabe das razões que o motivaram;
- segundo, nas controvérsias quem pode corrigir o ato nos distintos regimes ordenados.

Em princípio, portanto, a interpretação cabe à própria Administração, a fim de que justifique decisão que não resulte bastante clara. Depois sim, da aplicabilidade surgem os meios externos, os corretivos da atuação administrativa¹¹.

A doutrina, no entanto, à qual compete velar pela perfeição dos atos, exerce papel de alta importância quando da análise intrínseca dos atos: denuncia pressupostos negativos que prejudicam pela dúvida o exercício das potestades administrativas.

Colocado o problema da interpretação em termos práticos, tendo em vista que os interesses representados pela Administração não possam subordinar-se, prevalecem maneiras de conhecimento e de entendimento, já consagradas:

- todo *conhecimento* do ato deve ter sentido literal conforme a letra e o rigor das palavras;
- todo *entendimento* deve resultar da motivação determinante conforme a natureza imperativa da causa¹².

Logicamente, assim, em face do conhecimento e do entendimento, a interpretação pode acontecer declaratória, modificadora ou corretiva, levando a medidas de convalidação, revogação ou mesmo extintivas dos efeitos do ato.

101. As soluções administrativas

As maneiras interpretativas como estão propostas decorrem de apreciação crítica e não só de lógica jurídica, porque a Administração que responde pelo ato pode livremente convalidá-lo, revogá-lo ou extingui-lo.

Da convalidação surge a declaração de que o ato continua a existir, conquanto que da revogação ou da extinção o ato desaparece para dar lugar ou não a outro ratificador dos propósitos administrativos.

10. Manuel Maria Diez, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1977, v. 1, p. 291; Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, v. 2, t. 3, p. 197.

11. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 270.

12. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 271.

Em qualquer hipótese, interpretado o ato, desaparecida a dúvida ou não, depende da vontade da Administração dar as soluções, afastar os vícios apontados ou responder pelos efeitos.

Atendendo que a Administração “sempre atua na base do interesse público protegido pelo ordenamento jurídico”, o ato administrativo como manifestação concreta e atual há de vir claro, nunca abstrato, jamais incerto na finalidade¹³.

Não obstante a interpretação *textual* conforme a letra e o rigor da palavra apareça como a mais comum no tocante aos atos administrativos, não faz ela a maneira única de lisura na análise da provável exatidão jurídica.

O problema interpretativo, não sendo apenas de linguagem, exige não raras vezes no seu equacionamento compreensão *extratextual* para a verificação da vontade com respeito à finalidade ou do objeto no que diz com a forma escrita.

102. Interpretação e lei

Na verdade, antes de qualquer posicionamento crítico “para interpretação do ato administrativo, impõe conhecer a norma jurídica em que assenta e mesmo o sistema jurídico a que se liga”, porque nada se realiza sem que a lei autorize¹⁴.

Cumpra ao intérprete, da análise textual ou extratextual, procurar distinguir:

- com que poderes específicos o ato foi praticado;
- se o foi no exercício de poderes vinculados; ou
- se foi no exercício de poderes discricionários.

Duas importantes razões jurídicas orientam o razoável proceder interpretativo quanto aos atos administrativos:

- uma de verificação “da causa ocasional ou motivo, e a causa final, tendo em vista sua categoria e o agente que o praticou”;
- outra de conformação “com o interesse geral e o interesse próprio que o caracteriza, segundo sua natureza peculiar”¹⁵.

Porém antes de tudo deve estar presente a lei ou a norma, pois para ilegitimar-se o ato administrativo há de afrontar o próprio regime, provado o excesso de poder ou o abuso de direito.

Ademais, tantas são as sutilezas nas práticas administrativas que ao intérprete muitas vezes não resta outra solução senão do confronto entre o

13. Julio A. Prat, op. cit., v. 2, t. 3, p. 197.

14. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, v. 1, p. 532.

15. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, op. cit., v. 1, p. 533.

ato e a lei ¹⁶. Muito embora na aparência implicações não desmereçam o ato na sua qualificação jurídica.

103. Vontade administrativa e lei

Pois bem, desde a formalização, o ato administrativo busca definição jurídica qualificadora. Daí o alcance da interpretação diante da motivação e da intenção, já que a Administração pode cometer erros ou equívocos na aplicação do texto legal ¹⁷.

Evidente que a importância da interpretação contando com a possível existência de pressupostos negativos somente aconselha o controle interno ou externo com a exteriorização concreta da vontade, sejam os atos regulares ou irregulares ¹⁸.

Examinar, portanto, os elementos e o que neles intrinsecamente se contém é trabalho hermenêutico, é tarefa intelectual de conhecimento dos atos administrativos, esforço de adequação da atividade administrativa ao ordenamento jurídico e aos regimes constituídos.

A qualificação jurídica, a verificação real dos fatos e a estimativa do mérito correspondem a uma análise autêntica do ato administrativo, *análise* que em cada caso concreto coloca a Administração dentro ou fora da ordem jurídica, na legalidade ou na ilegalidade ¹⁹. Em responsabilidade, pois.

104. Clareza do ato e vontade manifesta

Na hipótese da qualificação jurídica o que se deve observar é a clareza do ato em face da vontade manifesta, a íntima identificação do ato com a lei que lhe dá suporte, a motivação fática com a finalidade e os efeitos esperados.

Quanto ao exame do mérito, o conhecimento dele integra um juízo de oportunidade ou conveniência, provocando divergências no pensamento doutrinário apenas em razão de atividade que a Administração efetiva materialmente ²⁰.

16. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Las prácticas administrativas y el control de la moralidad*, trad. de Ascencio Esquiaga, Buenos Aires, 1977, *RADA*, 17:34.

17. Luis Enrique Chase Plate, *op. cit.*, p. 16.

18. Chase Plate, *op. cit.*, p. 17.

19. Manuel Maria Díez, *op. cit.*, t. 1, p. 295.

20. Neste ponto, o do mérito, as questões controvertidas dizem respeito à possibilidade de exame ou não já que o mérito é para muitos a parte inatingível do ato administrativo. Mas ao intérprete, cuja tarefa é de unidade na análise crítica, as divergências de posicionamento doutrinário pouco interessam, tendo em vista que toda e qualquer interpretação pode ser textual ou extratextual, "buscando obter o significado do ato" (v. Julio A. Prat, *op. cit.*, p. 199). O problema dos vícios, desvios ou violação da lei são outros tantos problemas que não de merecer cautelas hermenêuticas.

De início o que importa na interpretação do ato administrativo tem sede no exame do significado do texto formalizado, na perquirição de que a manifestação da vontade não contrariou permissivos legais ou desvirtuou o interesse chamado *público*.

Antes da vontade administrativa está a expressa vontade da lei. Cabendo ao intérprete nas contradições suprir deficiências ou falhas cometidas, observar com referência ao Direito Administrativo as regras jurídicas estabelecidas.

SUMÁRIO:

- 105. A posição do problema.
- 106. Atos de império e de gestão.
- 107. Características dos atos de império.
- 108. As questões de governo ou políticas.
- 109. A função na base dos atos.
- 110. Juridicidade e legalidade constitucional.
- 111. Natureza e regime jurídico.
- 112. Administração e poder político.
- 113. A tônica da discricionariedade.

CAPÍTULO X

Atos de governo ou atos políticos

105. A posição do problema

Difícil de afirmar que os atos políticos ou de governo não envolvam o poder administrativo e a própria atividade estatal administrativa, muito embora o alcance da finalidade estabeleça distinções conforme a natureza dos objetivos perseguidos.

Na verdade aqui vale uma robusta indagação, a de que “se os chamados atos de governo ou políticos se enfeixam entre os atos administrativos”, tão-somente por que no geral fogem do controle jurisdicional e não possuem tutela na hierarquia?¹

No entanto, só por meio de procedimentos administrativos eles se realizam e ativam ganhando posição relacional na ordem jurídica, efeitos que não se consumam senão por força de circunstâncias executórias na área própria da Administração estatal.

Estamos de pleno acordo, em face da organização administrativa que decorre da organização constitucional, da inexistência de oposição entre os atos políticos ou de governo e os atos administrativos, já que de um modo geral sensibilizam o Estado-poder².

De certa maneira na fenomenologia das atividades públicas, diante de causas que exigem atos que produzam efeitos, os atos de governo ou políticos serão atos de *império* ao passo que os demais serão atos de *gestão* na antiga e clássica definição histórica, hoje só nas duas situações aplicáveis.

1. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, v. 1, p. 416.

2. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *op. cit.*, v. 1, p. 417.

106. Atos de império e de gestão

A distinção, que faz categorias determinantes específicas, conduz a dois conceitos jurídico-administrativos:

— os atos de *império* que são os que a Administração pratica no uso de prerrogativas *especiais* que independem no momento da edição de tutela ou de controle;

— os atos de *gestão*, os que a Administração exercita no uso de prerrogativas *comuns* na organização para atingir fins exclusivos de serviço público.

Atendendo a juridicidade, sobretudo a natureza dos efeitos, as causas e os fatos que aparecem condicionantes, a unilateralidade da atuação, tais atos consubstanciam na extensão três propósitos na executividade:

— ambos possuem critérios finalísticos não obstante a diferença de conteúdos;

— ambos não fogem dos elementos essenciais a todos os atos administrativos;

— os políticos ou de governo porém como os de império prenes de discricionariedade.

Em razão da finalidade perseguida, afora os evidentes pontos de harmonia com os atos administrativos, os atos de governo são *sinônimos* dos atos políticos³. São essencialmente discricionários, adquirindo essa qualidade porque inerente à natureza que os caracteriza⁴.

Na teoria e prática dos atos administrativos, colocar os atos de governo ou políticos entre os atos de império significa dar ao conceito o adequado alcance jurídico, dimensão categorizada quanto ao objeto e às finalidades.

107. Características dos atos de império

Voltar à velha divisão clássica, abrangente na doutrina anciã das situações de poder administrativo, destacando os atos de império pelas suas características de conteúdo, nada mais fazemos que facilitar o posicionamento dos atos de governo ou políticos.

O problema hoje em dia não é propriamente de divisão, mas de distinção e conceituação diante de imposições realísticas, tendo por mira a ordem constitucional e administrativa, o que na verdade representam os atos de governo ou políticos.

Se não é problema de divisão e sim de distinção, o que se quer buscando inspirações históricas é dar categoria própria a certos atos como os de governo ou políticos; tão controvertidos no plano administrativo embora tenham atributos executivos⁵.

3. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 170.

4. Oreste Ranalletti, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, n. 215.

5. Na verdade os conceitos atuais não são os mesmos dos dois séculos passados, os que estão nos sérios estudos de Batbie e Laferrrière. Com as transformações

Tais atributos, pelas características, nascem do exercício funcional da autoridade constituída, da percepção de causas que dizem com o Estado-poder, do *jus imperii* justificando manifestações de vontade, do poder de soberania atividado nas esferas administrativas.

Não se trata, entretanto, de reviver de plano uma divisão condenada pela doutrina, mas de aceitar uma distinção que serve na teoria à prática de certos atos jurídicos, uma vez que são comuns os pontos de convergência entre Administração e Estado, entre poder administrativo e poder político.

Evidentemente, atos de governo ou políticos são aqueles atos que a Administração exercita como poder público, não como gestora de bens e serviços. A controvérsia, contudo, está em saber se tais atos são suscetíveis ou não de tutela e controle.

Colocam-se, assim, como veremos, os atos de governo ou políticos ao lado dos atos institucionais e discricionários, nos quais as tônicas destacam relativa liberdade condicionada de ação e execução.

108. As questões de governo ou políticas

Apenas no campo doutrinário, com repercussões na esfera jurisprudencial, “desde o advento do Estado de direito”, permanece o problema relativo ao “grau de controle” sobre os efeitos dos atos de governo ou políticos ⁶.

Todavia, nos regimes constitucionalizados e no direito positivo o problema é de lei e de aplicação legal, diversificando colocações explicáveis na doutrina, mas dependentes na projeção de princípios que regram a organização constitucional e a atuação administrativa.

Não subsistem, por isso, critérios únicos que dominem os diferentes regimes, pois os atos de governo ou políticos embora “atos administrativos ante o objetivo que têm em mira” quando surgem aparecem motivados por circunstâncias consideradas superiores ⁷.

Nos estados de direito, as questões que se propõem do exercício dos atos de governo ou políticos são três:

- a da inexistência de controle pleno;
- a da possibilidade de controle relativo;
- a do limite dos atos às normas legislativas.

sofridas pelo direito público, o sentido de ato de império ampliou-se, tomou outras características. Recorrendo a Batbie (v. *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, 1861) ou a Laferrière (v. *Cours de droit public et administratif*, Paris, 1860), depreende-se não forçando circunstâncias fáticas que os atos de governo ou políticos quando praticados não passam de atos de autoridade, de império, de poder.

6. Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978, p. 139.

7. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, op. cit., v. 1, p. 418.

Na primeira hipótese, nos distintos regimes constituídos, fica afastada a idéia da intervenção jurisdicional. Na segunda, o problema nos regimes é de exame da legitimidade do ato. Na terceira, da existência de lei ou norma, permissivas da atuação.

Impossível, portanto, a não ser que preexistam claras disposições constitucionais, o exame dos atos de governo ou políticos, tão-somente porque na problemática as questões envolvem poderes intocáveis ou um limite de apreciação quanto a direitos subjetivos.

109. A função na base dos atos

É válida a afirmação de que os atos de governo ou políticos são atos administrativos por “provirem do Poder Executivo”⁸. Na base deles tem sede a função administrativa, uma atuação pública condicionada a regras de comportamento jurídico.

Também vale a indagação sobre o que se entende por questões de governo ou políticas, quando as questões ao surgirem afetam direitos individuais protegidos? Significa que pela projeção os atos possam violentar situações jurídicas tuteláveis? Parece que não.

Incontestavelmente, os atos de governo ou políticos estão a merecer reparos substanciais, harmonizando a doutrina no tocante aos direitos protegidos⁹, tirando o pensamento doutrinário das indecisões que desnaturam os ordenamentos jurídicos positivos.

Se o que traz relevo é a função na base dos atos, uma *função* desenvolvida por meio do poder administrativo resulta arbitrária qualquer concepção que afaste referidos atos do ordenamento jurídico mesmo quando oportunos ou convenientes.

Acentua-se atualmente diante dos atos de governo ou políticos uma antiga tese que sustenta a vigilância no funcionamento dos poderes e o rigor na aplicação das leis, entendido que governar e administrar fazem um mesmo fenômeno conjuntural¹⁰.

Lamentável que até hoje, em virtude da existência de funções, não fosse possível firmar orientação concreta aproximando o ato de governo do ato

8. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1969, t. 1, p. 397.

9. Na doutrina francesa: Marcel Waline, *Droit administratif*, Paris, 1963, p. 217-20; Francis Paul Bénoit, *Le droit administratif français*, Toulouse, 1968, p. 418-22; André de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1970, p. 143-50.

10. As reservas cautelares vieram de Georges Teissier (v. *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1906, p. 41-2), sem querer procurar conhecer a unidade do poder estatal. Já Paul Duez (v. *Actes de gouvernement*, Paris, 1935, p. 36) deixava com o Conselho de Estado a orientação jurisprudencial a fim de que se qualificassem os atos de governo.

administrativo, já que toda investigação não foge dos mesmos elementos essenciais originários e informadores¹¹, de todo ato, no seu conteúdo, ser jurídico.

110. Juridicidade e legalidade constitucional

Atendendo que ao estado de direito ou estruturalmente *jurídico* correspondem três tipos de atos legítimos atinentes às três funções estatais, a da lei, a judicial e a do ato administrativo, “outra classe de atos não existe porque não existe uma quarta função jurídica estatal”¹².

Daí porque, no melhor entendimento:

— os atos de governo ou políticos são atos jurídicos que se incluem dentro da atividade administrativa;

— os atos de governo ou políticos juridicamente pela formação são iguais aos atos administrativos;

— os atos de governo ou políticos são também atos administrativos ditados pelo Poder Executivo;

— os atos de governo ou políticos diferem dos atos administrativos em razão da causa e da finalidade.

Seja qual for o regime político, os atos de governo ou políticos procedem “de uma manifestação direta e executória da lei fundamental”, das Constituições que lhes dão efeitos exteriores, limitações no cumprimento dos objetivos previstos¹³.

Em tese e na prática, os atos de governo ou políticos não podem ser editados falhos de juridicidade e carentes de legalidade porque superando o autorizado e permitido fazem-se afrontosamente inconstitucionais.

111. Natureza e regime jurídico

Como os chamados atos de império, os atos de governo ou políticos decorrem necessariamente:

— da natureza da personalidade jurídica do Estado;

— do regime jurídico que regular a atividade administrativa.

Portanto, em face da finalidade perseguida, a distinção que houver dos atos administrativos funda-se em situações que têm raízes legais e constitucionais, em motivações que na realidade assentam nos princípios básicos de organização político-constitucional.

O interesse de governo ou político não tem sustentação acaso as decisões que se formalizarem por meio de atos não encontrem amparo constitucional ou legal, tal como acontece com os chamados atos discricionários.

11. Ernst Forsthoff, *Tratado de derecho administrativo*, trad. esp., Madrid, 1958, p. 68+6.

12. Bartolome A. Fiorini, *op. cit.*, t. 1, p. 399.

13. Fiorini, *op. cit.*, t. 1, p. 402.

Inclusive, chame-se a atenção para o fato de o Poder Executivo não trabalhar fora da juridicidade ou distante da legalidade, tanto nas relações internas como nas relações internacionais¹⁴, ganhando importância a personalidade jurídica estatal e o regime estabelecido de atuação administrativa.

Para que os atos de governo ou políticos tenham legitimidade não de vir iguais aos demais atos administrativos, com uma causa dominante, válidos na competência, definidos no objeto e na finalidade, sobretudo revestidos de forma adequada.

112. Administração e poder político

Por força dos atos de governo ou políticos sabemos que o Estado por meio da Administração intervém editando prescrições gerais, baixando normas coercivas, exercitando o *jus imperii* na medida que interesses superiores o exijam.

Convém, entretanto, notar que nesses tipos de atos há visível preponderância do Estado objetivando os interesses coletivos, a estabilidade das instituições, a segurança social, a ordem pública interna, surpreendendo com especial relevo os atos de polícia.

Realizados no desempenho de funções político-administrativas, quando a Administração age por via da autoridade política pratica atos de governo ou políticos, de *império* portanto como consequência da unidade do poder estatal.

No ordenamento constitucional, o exercício de atos de governo ou políticos traduz poder que o Estado possui com suporte no direito, pois do contrário não será soberano nem terá condições decisórias capazes de guardar a própria ordem que representa.

Na extensão dos propósitos públicos, os atos de governo ou políticos dependem da atuação do poder administrativo, tendo como referência:

- a harmonia entre os sistemas de direito e os sistemas administrativos;
- a submissão ao direito;
- o princípio da legalidade.

Em matéria de governo ou de política, no entanto, a Administração vem possuída de uma certa autonomia¹⁵, embora não seja completamente livre para dispor dos meios nem bastante livre para não conhecer do direito posto e do princípio da legalidade.

113. A tônica da discricionariedade

Resulta inquestionável que a discricionariedade é a tônica ou a nota dominante nos atos de governo ou políticos¹⁶. Dado o caráter qualificador com que são exercitados e as finalidades que pretendem necessariamente atingir.

14. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 404.

15. Charles Debbasch, *Science administrative*, Paris, 1971, p. 37-9.

16. Juan Carlos Cassagne, op. cit., p. 159.

Destarte, os atos de governo ou políticos não se exteriorizam sem amparo legal. Assemelham-se aos atos discricionários, embora com eles não se identifiquem porque diante de causas não são atos livres na escolha ou na eleição das finalidades ¹⁷.

De igual maneira, os atos de governo ou políticos, como os atos discricionários têm como obrigação jurídica perseguir em todas as suas manifestações um concreto interesse público a fim de não se transformarem em atos arbitrários ¹⁸.

No conteúdo e forma surgem como atos legais não obstante não se exclua a possibilidade do desvio de ordem constitucional, já que tais atos de governo ou políticos na sua maioria atuam no campo das relações internas ou das relações internacionais ¹⁹.

Na verdade, a distinção essencial entre o ato de governo ou político e o ato administrativo é meramente teleológica, pois ambos pretendem satisfazer o interesse público não oferecendo diferenças quanto ao regime jurídico-administrativo ²⁰.

Vamos, portanto, no capítulo seguinte ao estudo dos atos administrativos discricionários, estes na sua expressão de valor jurídico não tão discricionários como parecem, não menos regrados que evitem a tutela e o controle diante da lei.

17. Massimo Severo Giannini, *Lezione di diritto amministrativo*, Milano, 1950, p. 39-42; Jean-Claude Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, 1956, p. 25-7; Georges Vedel, *Droit administratif*, Paris, 1964, p. 189-92.

18. Georges Vedel, *op. cit.*, p. 189.

19. Bartolome A. Fiorini, *op. cit.*, t. 1, p. 406.

20. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1965, t. 2, p. 697.

CAPÍTULO XI

Atos administrativos discricionários

SUMÁRIO:

- 114. Discricionariedade e legalidade.
- 115. Os princípios de legalidade administrativa.
- 116. A indeterminação da norma.
- 117. Poder discricionário e ato administrativo.
- 118. O ato administrativo discricionário.
- 119. Localização da discricionariedade.
- 120. Os atos discricionários na prática.
- 121. Elementos do ato discricionário e fim legal.
- 122. Atos obrigatórios e facultativos.
- 123. Objeto dos atos discricionários.

114. Discricionariedade e legalidade

Nem sempre a terminologia no direito público ou na ciência política é a mais precisa na maneira de refletir exatas situações jurídicas. Nada há, no entanto, de maior complexidade, no tocante aos atos de governo ou políticos. Por si só expressam atuações definidas, posicionamentos qualificados.

Todavia, com respeito aos atos discricionários, sugerem aquilo que não são, a existência de um poder aberto por traz da atividade administrativa, uma liberdade de ação de que a Administração não desfruta, nem pode desfrutar diante do ordenamento constitucional e do regramento jurídico.

No entanto, como “a grande maioria dos atos administrativos comporta uma medida variável de discricionariedade e de vinculação”, a rigor deveríamos falar “em discricionariedade do ato ou discricionariedade do poder”¹. Não em ato discricionário tipificando a natureza de certo atuar administrativo.

Na verdade, a imprecisão conceitual decorre de especulações doutrinárias quanto aos meios e finalidade, não deixando o ato chamado *discricionário* de possuir todos aqueles elementos dos atos administrativos *comuns*, ou seja, de causa, competência, objeto e forma.

Compete, por isso, ao hermenêuta, tomado um ato *in concreto*, extrair dele a vontade discricionária, a causa determinante da discricionariedade,

1. André Gonçalves Pereira, *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, Lisboa, 1962, p. 263.

o limite de liberdade que se dá à Administração para realizar objetivos públicos conforme pressupostos qualificados ².

Tais pressupostos, contudo, fazem-se de poder, de um poder que resulta necessariamente da lei ou da ordem jurídica, de fatos que afetam finalidades onde os critérios decisórios são apenas admissíveis na oportunidade que venha conseqüente de um dado momento conjuntural.

Nada supera, nos sistemas ou regimes jurídicos, a legalidade institucionalizada, a existência de ordenamento jurídico ao qual se ajusta a legalidade administrativa, já que a juridicidade domina o exercício da função pública. Logo, não há qualquer tipo de oposição entre discricionariedade e legalidade.

115. Os princípios de legalidade administrativa

Inegavelmente, a legalidade na atividade administrativa, como estudamos em capítulos anteriores e vamos analisar mais adiante, estabelece princípios básicos não estranhos no funcionamento da organização às colocações discricionárias.

As posições, com respeito aos atos administrativos, inclusive no que dizem com os atos discricionários, considerando a função, a finalidade pública e os interesses afetados, só podem ter fundamento em normas jurídicas.

Enunciam-se os princípios, dando substância aos atos administrativos no geral e aos atos discricionários em particular, assim condicionados:

— “toda atividade desenvolvida pela Administração deve encontrar sempre sustentação em normas jurídicas, qualquer que seja a fonte, constitucional, legislativa ou administrativa”;

— “as normas jurídicas regem tanto a atividade interna como externa da Administração por serem inerentes ao princípio da juridicidade”;

— “na hierarquia normativa, nenhuma norma ou ato emanado de órgão inferior poderá deixar sem efeito o disposto por outra de nível superior diante da unidade dos sistemas e da ordem jurídica”;

— “nenhum ato particular deixará sem efeito o disposto por norma geral, atendendo o tratamento igualitário que caracteriza toda atividade administrativa”;

— “todo ato particular deve estar de acordo com a norma geral, embora provenha de órgão de hierarquia normativa inferior, inclusive na descentralização”;

2. Para orientação doutrinária: León Michoud, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Paris, 1913; Massimo Severo Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; Bartolome A. Fiorini, *La discricionabilidad de la administración pública*, Buenos Aires, 1948; Afonso Rodrigues Queiró, *O poder discricionário da administração*, Coimbra, 1948; Juan Francisco Linares, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958; Jean-Claude Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, 1959.

— “toda norma administrativa, geral ou particular, deve ser produto jurídico de processo racional, resultar de preceitos legais, fatos, condutas e circunstâncias geradoras”;

— “o poder de criar ou de aplicar normas pela Administração nada vale se não encontra sua causa em fatos ou normas que justifiquem a decisão que declara”;

— “para o Direito Administrativo, todos os atos gerais e particulares devem ter uma causa, razões motivantes, porque atos não podem existir sem a devida causa”;

— “todos os atos administrativos podem ser controlados jurisdicionalmente, isto porque o direito é razão e justiça dentro da norma”³.

Quanto à legalidade administrativa, repudia atos que não executam a lei, aqueles atos discricionários falhos de conteúdo jurídico, carentes de causas ou motivos provados, editados na função, porém fora das regras de adequada conduta legal.

116. A indeterminação da norma

Regrados ou discricionários, os atos administrativos hão de configurar na exteriorização os princípios da juridicidade e da legalidade. Não são os processos criadores que afastam a Administração da lei e da norma jurídica.

As maneiras de criação, tanto dos atos regrados como dos atos discricionários, “não exclui que tenham iguais origem na juridicidade e na legalidade”⁴, não valendo apenas a indeterminação da norma para justificar a discricionariiedade administrativa.

A indeterminação da norma, sem dúvida, pode provocar a discricionariiedade, mas o importante reside na causa e na finalidade, porque mesmo indeterminada a norma preexiste, podendo ser aplicada por motivações públicas, legitimando assim a intervenção sem quebra do suporte normativo.

O problema, na realidade, quando indeterminada a norma, situa-se na procura das causas, “na localização do poder discricionário”, isto é, na harmonia entre a causa e a finalidade, na afirmação de um ato que resulta de imposta obrigação administrativa⁵.

Considerando o objeto, tendo em conta o conteúdo do ato, o que se pode chamar “substância do ato”, o fundamental está na escolha da deci-

3. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, v. 1, p. 231-3.

4. Fiorini, *op. cit.*, v. 1, p. 235.

5. Jean-Claude Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'acte administratif*, *Le pouvoir discrétionnaire*, Paris, 1959, p. 15.

são com força de vontade, num juízo de conhecimento capaz de validar a atuação administrativa ⁶.

Em momento algum, a vontade manifestada pode vir divorciada de motivos justificantes, porque há sempre uma causa anterior ao ato ⁷. Condições objetivas limitando o poder de ação discricionária ⁸, condições que fazem imperatividade pública.

117. Poder discricionário e ato administrativo

Variáveis as condições, o importante na prática está em fixar:

— uma noção precisa de poder discricionário decorrente de causas e finalidades com a intenção de saber o que pretende a Administração;

— uma relação entre poder discricionário e ato administrativo tendo em mira os elementos constitutivos do ato e que lhe dão natureza na categoria jurídica.

Qualquer noção, porém, para ser *precisa*, necessita de colocações concretas já que o Direito Administrativo hoje constitui “um sistema de normas materiais, uma disciplina das esferas de competência, dos poderes jurídicos da Administração em relação aos particulares” ⁹.

O que se quer evitar é o arbítrio em face do ordenamento jurídico. O que se quer preservar é a legalidade na Administração. Sobretudo proteger o ato administrativo na sua criação regular e dentro da organização político-administrativa ¹⁰.

Construção autônoma, a do poder discricionário é daquelas que surpreendem sempre a inteligência doutrinária, exigindo colocações intelectivas amplas ou menos amplas, onde as limitações não excluem certa margem de liberdade, nas quais as restrições não contrariam a finalidade pública que a lei confiou à Administração ¹¹.

6. Jean-Claude Venezia, op. cit., p. 19-22. “Quando se fala em discricionariedade, o que se tem em vista é uma especial qualificação dum poder, a liberdade de escolha do conteúdo do ato em si ou na sua dimensão; quando se fala em legalidade ou mérito, o que se pretende significar é a adequação dum ato a determinados padrões” (v. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, p. 216-7).

7. Jean-Claude Venezia, Le pouvoir discrétionnaire et les motifs de l'acte administratif, in op. cit., p. 23-31.

8. M. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Paris, 1949/1950, p. 335-447.

9. Afonso Rodrigues Queiró, op. cit., p. 215.

10. Juan Francisco Linares, op. cit., p. 41, 113 e 247.

11. Haja visto, na Alemanha, os valiosos estudos, de Paul Laband, George Jellinek, Fritz Fleiner, Othmar Bühler, Rudolf von Laun, Ernst Zitelmann ou Otto Mayer; na França, as notáveis contribuições de León Michoud, Maurice Hauriou, Roger Bonnard, Marcel Waline, Georges Renard, Leon Duguít ou Georges Vedel; na Itália, as lúcidas posições de Oreste Ranelletti, Ugo Forti, Guido Zanobini, Raffaele Resta, Enrico Presutti, Massimo Severo Giannini ou Federico Cammeo.

Sucedem com o poder discricionário que, não podendo a Administração desenvolver atividades a não ser para a realização de finalidades públicas, ele somente se atua subordinado à lei e tendo como limite fatos ligados a interesses públicos figurados, pois o escopo de toda atuação administrativa é o atendimento dos fins estatais.

Encontra-se, por isso, o poder discricionário numa esfera reservada onde a Administração pode ou não exercer atos, adotando soluções possíveis vinculadas ao ordenamento jurídico, ligadas a determinado comportamento administrativo.

Sujeita a limitações, a discricionariedade embora dê categoria a tipos de atos administrativos não faz deles declarações que possam produzir lesões, muito menos efetivas decisões que afetam o poder administrativo dependente da lei ou subordinado à ordem jurídica.

Situa-se a discricionariedade entre alternativas legais “juridicamente diferentes” porque trata do “poder de escolher o meio *mais* apto e *melhor* para atingir o fim da lei”, situada que vem “não influenciada pelo legislador” para por meio de atos decidir conforme a conveniência ou mesmo a oportunidade ¹².

Submete a seus elementos o ato administrativo chamado *discricionário* porque a discricionariedade “não é um poder arbitrário e ilimitado” ¹³, valendo como fundamental a causa de interesse público e a finalidade que permite a escolha de meios jurídicos alternativos.

118. O ato administrativo discricionário

Na verdade, não estimando o valor da lei, o ato administrativo discricionário, produzindo um resultado não permitido, descaminha o próprio poder de ação discricionária, passando a nulo nos efeitos, a viciado por desvio ou excesso de poder.

Em princípio, nenhum controle vinga quanto à escolha dos meios, porque a questão como se propõe é tão-somente de causa, finalidade e devidos efeitos. O que apenas há é uma questão de condicionamento jurídico ¹⁴, de livre apreciação no silêncio da lei ou na adoção de medidas motivadas pela necessidade administrativa.

Na tradição doutrinária fazem-se discricionários os atos que pertencem à ordem política ou de governo, os pertinentes aos superiores serviços gerais estatais ¹⁵, os que pela transcendência têm caráter tutelar na hierarquia administrativa, os que ocorrem fundados numa prestação devida ocasional ou permanente ¹⁶.

12. Afonso Rodrigues Queiró, op. cit., p. 107.

13. Afonso Rodrigues Queiró, op. cit., p. 109.

14. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 152.

15. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 159.

16. Juan Francisco Linares, op. cit., p. 65.

Pela sua natureza, os atos administrativos originários de poder discricionário decorrem também da impossibilidade do legislador prever situações imprevisíveis ou de indicar os modos de ação ¹⁷, levando a Administração ao dever de agir, usando de prerrogativas que lhe são inerentes a fim de legitimar certos *interesses* por força de certos *meios* não contrários ao direito.

Considerada a função como um poder-dever, cabe à Administração editar atos gestores do interesse público utilizando dos modos legais ao seu alcance desde que ocorram circunstâncias ou condições de fato, *causas* que nas diversas situações justifiquem o ato administrativo ¹⁸.

Se por conseqüente está sempre atuante com sua presença o princípio da responsabilidade, tanto os atos administrativos comuns como os atos discricionários quando danosos exigem reparos tutelares, licitude, objeto possível e finalidade declarada.

119. Localização da discricionariedade

Estamos a ver que poder discricionário, atividade discricionária e discricionariedade são expressões equivalentes no Direito Administrativo. O que importa na projeção dos efeitos é o ato que decorre pela sua natureza de razões e causas antes indeterminadas.

Está claro que, nos regimes ordenados de garantias jurídicas asseguradas, não hajam atos totalmente discricionários. O problema se coloca no interesse público, na oportunidade do exercício administrativo e nos modos de agir ¹⁹.

Por outro lado, bem observando, não há como negar a existência de um poder discricionário, nem autoritário e nem arbitrário, *poder* que oferece à Administração opções e alternativas, vários modos e formas de atuação administrativa ²⁰.

Ninguém desconhece na organização estatal, no funcionamento dos serviços públicos *vazios* enormes a serem preenchidos. *Fatos* que acontecem sem previsão normativa, medidas urgentes a tomar diante do silêncio da lei ou da imprecisão da norma.

Embora o poder discricionário, ou o ato discricionário não expressem rigorosos conceitos dogmáticos, a discricionariedade é praticamente uma realidade, porque na sua esfera provê a Administração do que o legislador não previu, deixando opções para decisões com base no direito posto ou em normas genéricas ²¹.

17. Jean-Claude Venezia, *op. cit.*, p. 156.

18. Afonso Rodrigues Queiró, *op. cit.*, p. 220.

19. Renato Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo*, Milano, 1960, p. 103.

20. Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Paris, 1973, p. 156-60.

21. Renato Alessi, *op. cit.*, p. 18.

Como antes do ato está o fato incidente, a causa motivante geradora do ato, a norma aplicável quando indeterminada na finalidade dá fisionomia e justifica a discricionariedade, isto é, as práticas administrativas protegidas pelos mandamentos contidos numa norma geral.

120. Os atos discricionários na prática

Na prática exteriorizada, verifica-se que os atos administrativos com a tônica de *discionários*, envolvem dois aspectos:

- dos atos que são pela própria natureza atos discricionários;
- dos atos administrativos com parcelas de discricionariedade.

Na primeira hipótese, o ato é discricionário pela formação e conteúdo. Na segunda, sujeito à conveniência e à oportunidade. Em ambas, o ato administrativo se contém a nível de decisão de que só a Administração participa ²².

Sob o segundo aspecto, a ação discricionária é exercida “dentro daquela esfera de ação constitucional demarcada a cada um dos poderes” ²³. No outro, no sentido da realização da finalidade, o problema sem dúvida é de conveniência ou de oportunidade.

Não obstante a inexistência de rigores dogmáticos, não se pode eliminar da atividade administrativa os atos discricionários, nem tampouco desconhecê-los na prática costumeira, já que a Administração está ligada ao direito “e deve ditar soluções ante certos fatos fazendo aplicar regras jurídicas” ²⁴.

Na temática, atos peculiares, de política administrativa, de governo ou de polícia, os atos discricionários são aqueles atos insuscetíveis de apreciação “por outro poder que não aquele que o praticou” ²⁵, compreendendo-se neles os pressupostos inalienáveis de conveniência ou de oportunidade.

Em face porém da ordem jurídica e do direito posto, o direito subjetivo da Administração não pode violentar o direito subjetivo do administrado, mesmo porque na esfera de atuação discricionária os atos vêm marcados por limites que constituem medidas de poder.

121. Elementos do ato discricionário e fim legal

Entenda-se, portanto, por atos discricionários “os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destina-

22. Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 112.

23. Themistocles Brandão Cavalcanti, *op. cit.*, p. 112-15.

24. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, v. 2, t. 3, p. 34-7.

25. Themistocles Brandão Cavalcanti, *op. cit.*, p. 114.

tário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização” 26.

O ato administrativo, surgido da discricionariedade, de poder discricionário, “ganha relevância jurídica quando a Administração necessita tutelar interesses públicos”, prevenindo meios para a consecução de fins, escolhendo os modos jurídicos adequados às finalidades perseguidas 27.

Contudo, resulte o ato administrativo de poder discricionário, não pode prescindir dos seus elementos, de uma causa dominante, de uma finalidade e de forma prescrita, tendo em consideração que não atendido o fim legal há excesso ou abuso a denunciar.

Ao aceitar potestades discricionárias administrativas, o legislador “incorpora ao quadro dos seus princípios jurídicos um elemento de movimento que permite à Administração responder às variadas exigências do interesse público”, sem quebra do ordenamento positivo e dos preceitos legais 28.

A questão está em saber onde começa o poder para a prática de atos discricionários e onde termina, porque esta é uma questão jurídica e não de simples apreciação administrativa, já que fora dos limites permitidos o ato praticado adquire flagrante ilicitude 29.

No melhor entender, figurada a relação entre causa e finalidade, o abuso da potestade discricionária “equivale a uma extralimitação” 30, devendo a Administração, para que o ato seja lícito, respeitar as limitações externas diante da finalidade e as internas que se impõem no regime de competência.

122. Atos obrigatórios e facultativos

Na discricionariedade, em face da permitida atuação do poder discricionário, diante de opções e das alternativas os atos emanados são obrigatórios e são facultativos. Do exame da *causa* depende a natureza da manifestação pública. Da exigência da finalidade, a forma que deve envolver a declaração de vontade.

Explica-se. Se na discricionariedade há força do *poder-dever* movimentando a função, a prática do ato torna-se obrigatória porque acima da posição administrativa está o interesse público maior, a necessidade de um ato que venha dar solução a situações emergentes nascidas de fatos.

26. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1975, p. 134.

27. Bartolome A. Fiorini, *La discricionalidad* cit., p. 38.

28. Fritz Fleiner, *Instituciones de derecho administrativo*, trad. esp., Barcelona, 1933, p. 117.

29. Fritz Fleiner, op. cit., p. 119.

30. Fritz Fleiner, op. cit., p. 116-22.

Entretanto não obriga a Administração o que não se impõe por meio do interesse coletivo específico, passando os critérios decisórios a depender exclusivamente de condições inseridas nos textos normativos, ficando o exercício condicionado e não obrigatório. E o ato que se edita é apenas facultativo.

Afastando dispensáveis complexidades especulativas doutrinárias, dois exemplos apresentam-se válidos:

— dos chamados atos *obrigatórios* praticados em virtude de calamidades públicas ou comoções sociais, de vinculação regradada por lei;

— dos chamados *facultativos* onde a conduta administrativa submete-se a um dado momento jurídico não balisado porém por interesse público maior.

De igual maneira, dois outros destaques apresentam suma importância:

— um quanto à existência de “presunção em favor dos poderes discricionários na Administração em escolher a ocasião oportuna para agir, quando falta texto expresso a respeito”;

— outro “quando na falta de texto expresso” a Administração fica obrigada a agir “dentro dos poderes discricionários para atuar segundo o seu critério”³¹.

Realmente, seja qual for pelo conteúdo a natureza dos atos administrativos discricionários, eles aparecem *simples* quando editados dentro dos limites projetados pela dimensão da lei e *técnicos* quando circunscritos aos limites legais conforme juízo de conhecimento qualificado em fatos³².

Generalizando, em face da necessidade iminente ou não do atuar administrativo, os pressupostos fazem condições legítimas para o exercício dos poderes discricionários e suficientes os atos deles emanados quando não viciados nos elementos, sobretudo no tocante à causa geradora e à finalidade esperada.

123. Objeto dos atos discricionários

Qual o objeto da discricionariedade ou dos atos administrativos discricionários? Resposta: cobrir ou completar a norma incompleta e indeterminada, visto que os motivos determinantes correspondem aos distintos elementos dos atos administrativos³³.

Quando a Administração, conhecendo fatos, em face de motivos determinantes movimenta a função, o ato administrativo discricionário é o único

31. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, v. 1, p. 424.

32. “Assim, relativamente aos primeiros basta respeitar, de forma genérica, o interesse coletivo, ao passo que com referência aos últimos deve considerar, ainda, os elementos de fato especificados pela lei; daí a possibilidade de maior controle pelo Judiciário nestes casos que naqueles, quanto ao exercício abusivo do direito” (v. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, op. cit., v. 1, p. 424-5).

33. Bartolome A. Fiorini, *Manual* cit., v. 1, p. 237.

instrumento capaz na legalidade de prover situações não amparadas claramente nos textos legais normativos.

Na dinâmica administrativa, “o princípio jurídico de que todas as normas de direito tem sua causa e razão em outras normas” explica a discricionariedade quando a causa e a razão assentam nos fatos e têm suporte na necessidade administrativa ³⁴.

Daqui nasce o ato administrativo discricionário eficaz, ato jurídico e legal realizado por meio da competência na função, aplicável por força de processo firmado em fatos antecedentes, predeterminando uma atuação diante da indeterminação ocasional da norma.

Qualquer seja o âmbito do ato administrativo discricionário, quando emitido deverá trazer as qualidades jurídicas dos atos administrativos comuns e regrados ³⁵. Na base originária do ato está a função pertinente, um interesse jurídico que é público e não pode desconhecer situações impostas.

34. Bartolome A. Fiorini, *Manual cit.*, v. 1, p. 240.

35. Jean-Claude Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique*, in *op. cit.*, p. 151-59.

CAPÍTULO XII

Os atos institucionais

SUMÁRIO:

- 124. O ato institucional como categoria jurídica.
- 125. Poderes e competência.
- 126. Ato e função política.
- 127. Atos fruto de poder constituinte.
- 128. Atos de conteúdo político.
- 129. A causa nos atos institucionais.
- 130. Atividades transitórias no tempo jurídico.
- 131. Conformidade com os poderes outorgados.
- 132. A temporalidade nos efeitos.
- 133. Os atos na extensão.
- 134. Os atos institucionais e a lei.
- 135. O exame das situações jurídicas.
- 136. O elemento **causa** e o elemento **finalidade**.
- 137. Razões de fato e de direito.

124. O ato institucional como categoria jurídica

Na sua atipicidade aparente, o ato institucional acolhido pela doutrina contém-se naquela área livre entre o que é *constitucional* e o que é *administrativo*, marcado porém de indisfarçável conteúdo político.

À primeira vista, nos seus contornos, diante de motivos e figurações concretas, traz consigo a tônica da excepcionalidade, embora no seu aspecto teleológico quanto às causas finais assumam caráter singular administrativo.

Na sua categoria o ato institucional resulta de uma noção conceitual integrada, ao mesmo tempo de governo ou política e de administração na sua força de executoriedade.

Diante dos numerosos atos também chamados de governo, os institucionais jogam com princípios e normas constitucionais vinculadas à organização estatal¹, não obstante no momento careçam de efeitos jurídicos diretos sobre os administrados.

125. Poderes e competência

A rigor, claro está que no ato institucional os poderes que permitem a competência devem ser exercitados sempre que os interesses estatais o imponham, sujeitando a iniciativa ao controle político e não ao controle judicial².

1. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1967/1970, v. 2, p. 755-62.

2. Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978, p. 165-8.

O poder de editar passa assim a vinculado na apreciação da conveniência ou da oportunidade, *vinculação* que entra numa zona que é mais política do que jurídica, isso em virtude do legislador não ser capaz de prever a variedade de circunstâncias em que o Estado seja necessariamente chamado a intervir.

Na finalidade o ato institucional assemelha-se a um ato *declaratório* que aceito como de atuação administrativa na essência possui a intenção de atender uma situação preexistente ou que se considere como tal estando a exigir imediatas soluções.

Em matéria de *forma* aparecem como atos administrativos de governo ou políticos, podendo não se regular exatamente pelo Direito Administrativo. Surgem, no entanto, exigindo processos executórios que lhes emprestam caráter de ação administrativa.

Não vamos querer investigar ou discutir a vontade que fica por trás do ato institucional. O ato em questão há de ser examinado sob prismas subjetivos públicos, ainda que formais ou textuais na ordem constitucional. A vontade, que nele se manifesta, não é de simples expressão normada, e sim, de projeção material num dado momento político-social.

126. Ato e função política

Na verdade, mesmo à parte qualificado, o ato institucional vem ligado à natureza da função política, surgindo o interesse geral como princípio fundamental do tipo de função, fazendo-se característica do exercício a *liberdade de opção* entre as várias e possíveis soluções ³.

No tocante aos meios a empregar, tendo por mira a defesa dos nominados interesses nacionais ou a garantia da segurança interna, o ato institucional como ato próprio de governo transformando-se em instrumento jurídico do exercício da função sensibiliza o Direito Administrativo e previne a atuação do poder político.

Da necessidade de categorizar, portanto, decorrem os preceitos práticos, a finalidade que se constitui finalisticamente definindo relações entre as funções estatais, dando a cada ato conexões legislativas sem com isso deixar de submeter-se à condição executiva que virtualmente é administrativa.

Não é nada fácil, jamais o foi, separar ou distinguir com precisão a função governamental da função administrativa, sobretudo em razão da forma por que se traduzem os atos de governo ou políticos, *atos* que não podem de plano subtrair-se à disciplinação jurídico-administrativa, inclusive o institucional no processo executório ⁴.

3. Marcelo Caetano, *Direito constitucional*, Rio de Janeiro, 1977, v. 1, p. 213.

4. Todo Estado, pelos seus poderes e órgãos, transforma-se em instituições, não importando a natureza do regime político. Transforma-se em valores sociais abstratos e representativos, assentes em normas legais ou costumeiras. Todo Estado, pois, cor-

Embora a questão da denominação ou de índole jurídica possa trazer imprecisões, não se pode deixar de aceitar a existência do ato institucional como atuação constitucionalmente válida, já que possui realidade legislativa e jurisprudencial⁵, ou seja, conceito de caráter próprio ou regime jurídico específico.

127. Atos fruto de poder constituinte

Nunca é bom para o observador jurista desconhecer realidades vivas no mundo do direito público e político. Não cabe ao analista da verdade ignorar sem examinar atos que aí estão produzindo efeitos⁶, atingindo relações de direito, reformulando pela intenção posições pragmáticas, alterando num adequado momento a relação constitucional.

O problema à primeira vista fundamental da revisão judicial de toda a categoria de atos esbarra diante de contingências circunstanciais políticas inevitáveis. Todavia, para que não se dê conflito de poderes, a simples figuração da irreversibilidade torna pacífico o entendimento⁷.

Ainda que os atos institucionais venham a surgir “como fruto de um poder constituinte paralelo ao do Congresso Nacional”, a exemplo de como na tradição aconteceu no Brasil, nem por isso deixam de ser assimilados pelo direito público, impondo em face da sua execução a insusceptibilidade da apreciação judicial⁸.

De certa maneira lógica, racionalizando o conceito por motivo da flexibilidade inerente à ampla atividade estatal, o ato institucional tal e qual o ato de governo ou político “é aquele que promana do governo, do exercício do poder político”⁹.

Portanto, a impossibilidade no momento da revisão judicial atinge de plano o ato com provada força constituinte, originária de objetivos que visam diretamente a defesa do regime e das instituições.

responde a um *princípio de instituição*, colocado naturalmente acima dos indivíduos e dos grupos. Vale para o ato institucional, nos momentos possíveis de crise, a norma imperativa da unidade do poder estatal. Quanto à *instituição*, aparece como de *permanência indefinida*, com *atuação unificada* e uma *estrutura organizada* (v. L. Recaséns Siches, *Tratado general de sociología*, Madrid, 1975, p. 460).

5. Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1975, v. 2, p. XVI, 6, 7 e 47, nota 24. Diante de uma realidade político-conjuntural, não importa que sejamos contra ou a favor, tal como dispõe o mestre argentino. O que importa é o fato-ato a ser examinado. Por estarem excluídos de apreciação judicial, nem por isso os chamados *atos institucionais* deixam de existir, exigindo atuação executória e procedimentos administrativos adequados.

6. Paulino Jacques, *Curso de direito constitucional*, Rio de Janeiro, 1977, p. 104 e s.

7. German J. Bidart Campos, *Derecho constitucional del poder*, Buenos Aires, 1967, v. 2, p. 10-30.

8. Marcelo Caetano, op. cit., v. 1, p. 588.

9. J. Cretella Júnior, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1971, p. 198-9.

128. Atos de conteúdo político

De conteúdo político, o ato institucional, forma de atividade político-administrativa prevista na Constituição, incorporado ao texto constitucional como mandamento nas disposições gerais e transitórias, tendo como finalidade a aplicação da lei em cada caso concreto, impõe-se como categoria à parte entre outros atos administrativos ¹⁰.

Num ponto bastante sutil, o ato institucional diferencia-se dos atos de governo ou político porque para estes últimos basta a simples invocação dos motivos, ao passo que para os institucionais é preciso o amparo embora transitório do fundamento constitucional.

Diferem também dos atos discricionários tão-somente porque a discricionariedade é uma faculdade que não dispensa o apoio da lei, conquanto os institucionais têm suporte em força constituinte assegurada numa Constituição para a preservação das instituições vigentes.

Dois pressupostos fáticos incidem sobre as causas primárias que dão origem ao ato institucional:

— dentro dos períodos revolucionários, de transformação de valores na ordem política, o ato institucional necessita independe da apreciação judicial;

— nos períodos normalizados, das instituições vivendo harmônicas com os fins, embora a tônica política seja determinante, o ato institucional é passível de apreciação judicial.

Não é porque o ato institucional exteriorize-se certo ou duvidosamente aplicado que ele deixa de existir a nível constitucional ou como ato singular administrativo provindo de força constituinte.

129. A causa nos atos institucionais

Circunstâncias existem em que a medida possa vir *sem causa* ou mesmo ferindo consagrados direitos individuais, passando logo depois a exigir pronunciamento judicial. Nada mais temerário do que afirmar *a priori* que um ato institucional não possa trazer ou provocar efeitos lesivos.

De direta ou imediata eficácia mandamental, mesmo no instante da aplicação produzindo lesão ou constrangimento, prepondera o elemento constitucional impondo que se busque a existência ou a inexistência do fato, mas do *fato* em razão das regras de natureza pública.

Em princípio-tese, “quando se diz que os atos de algum poder, praticados no passado, em virtude de alguma regra jurídica de competência, não podem ser objeto de apreciação judicial, tal enunciado não pré-exclui

10. Tít. V, arts. 181 e 182, da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. V. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Origens constitucionais e fundamentos jurídicos; Relação de competência específica*, in *Da competência administrativa*, São Paulo, 1977, p. 33-4.

a competência da Justiça para verificar se o ato foi praticado com observância, ou se a resolução foi tomada com a observância do estatuto que se menciona”¹¹.

Por certo, enquanto não se apagam as regras jurídicas incidentes numa Constituição, todo problema de apreciação judicial é problema de futuro, nem por isso deixando-se de levar em apreço a verdade de que os atos institucionais fazem categoria especial ou singular na teoria dos atos de governo¹².

130. Atividades transitórias no tempo jurídico

Incontestavelmente não é prudente confundir os órgãos do Estado-poder com as funções apenas explícitas e nem tampouco com atividades que normalmente as especificam. Contudo, sejam algumas atividades transitórias, no tempo jurídico produzem atuação inapreciável nos efeitos imediatos e não mediatos.

Só razões históricas, na teoria e prática da separação dos poderes, conseguem explicar controvérsias que justificam em certos momentos o Poder Executivo desdobrado na ordem governamental e política, desdobramento esse no limite de prerrogativas que enfeixam permitidos condicionamentos constitucionais.

Tais atos característicos, entretanto, passada a fase de transitoriedade, poderão ser objeto de apreciação “se em sua consecução ferirem direitos subjetivos dos indivíduos ou desconhecem a ordem jurídica normativa vigente, segundo a maior ou menor extensão das atribuições conferidas ao Poder Judiciário”¹³.

O equívoco que atrai a doutrina reside no fato de não conseguir conceituar com adequada precisão dogmática na ação do Estado-poder quais aqueles atos de regime político ou aqueles atos que ampliam limites fundamentados nas diretrizes constitucionais.

Pelo observado, a questão como está proposta não é apenas de nomenclatura, pois no âmago atinge pelo exemplo dos atos institucionais finalidades próprias, situações jurídicas objetivas e que se podem transformar em subjetivas, tendo em conta o exercício momentâneo de poderes autoritários.

Na expressão de prática política governamental, admitindo largo conceito para os atos administrativos, a distinção qualificadora apegase ao móvel de conteúdo político¹⁴, no modo direto ou imediato de produzir

11. Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969*, São Paulo, 1972, v. 6, p. 425.

12. Pontes de Miranda, *op. cit.*, v. 6, p. 437.

13. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, v. 1, p. 47.

14. Em tese e na doutrina: Paul Duez, *Les actes de gouvernement*, Paris, 1935; Michel Dendias, *Les actes de gouvernement*, in *La fonction gouvernementale et les actes de son exercice*, Paris, 1936.

efeitos afastando o controle da Justiça e dando atividade ao Executivo nos termos legais emergentes e constitucionais.

131. Conformidade com os poderes outorgados

Permanece, contudo, no tocante à executoriedade de certos atos institucionais o grave problema jurídico da possível nulidade. Se a ação de força política faz-se de conformidade com os poderes outorgados vale e está fora de apreciação judiciária. Em caso contrário “a decretação judicial da nulidade pode ocorrer”¹⁵.

Também, além da nulidade por desconformidade com os poderes outorgados, surge o problema da *revisão* que, tomada a rigor, decorre de dois motivos:

— em virtude do desaparecimento das causas que justificaram a medida excepcional, porventura exauridas na sua extensão temporal, apreciadas então quanto à desconstituição do fato;

— pelo submetimento ao mesmo poder do exame da regra político-jurídica que na sua prática ousou ferir direitos protegidos e tutelados pela rigidez constitucional.

Dessarte, os atos institucionais, atos de governo ou de comando político, como todos os atos do Poder Executivo, “inclusive os ditados no exercício de uma atribuição outorgada de forma direta e imediata por uma disposição constitucional expressa”, embora sujeitos à regulamentação legislativa são atos quem sabe nulificáveis e revisíveis¹⁶.

Essa é a tese, pelo menos, nas modernas Constituições. Entre o que está afirmado no pensamento doutrinário e a norma constitucional vigente imperativa nos regimes políticos fundados em jurídicas garantias individuais, os atos de governo, quando marcados de transitoriedade *in tempore* sujeitam-se ao apelo judicial e *in casu* à revisão possível ou não.

As opções básicas, no campo do direito político, residem não necessariamente na centralização das decisões, tendo de momento como objetivo maior manter preservadas as instituições, embora transformações possam ocorrer. Há uma característica, essencial e dominante, que é a da temporalidade¹⁷, de tempo jurídico certo e ajustado pela norma.

132. A temporalidade nos efeitos

Sem dúvida que o Direito Constitucional como “o ramo da árvore jurídica mais imediatamente afetado pela ocorrência revolucionária” sofre movi-

15. Pontes de Miranda, op. cit., v. 6, p. 435; Oliveira Franco, *A competência na fonte constitucional*, p. 36-7.

16. Agustín A. Gordillo, *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1966, p. 139.

17. Jessé Torres Pereira Júnior, Os atos institucionais em face do direito administrativo: Atos administrativos, atos de governo e atos institucionais em tese, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 47:86, Belo Horizonte, 1978.

mentos externos de força alterando condicionamentos políticos e afastando-se circunstancialmente dos limites normativos do ordenamento jurídico¹⁸.

Coloca-se, assim, “na condição de um fato normativo, criador de uma norma fundamental em que se vai fundar um novo poder constituinte”¹⁹. Todavia, passada a fase do poder constituinte, nas revoluções que se qualificam *institucionais*, os atos editados, quando depois provados lesivos nos efeitos, apreciam-se, passam a anuláveis, revisam-se ou não se revisam.

Bem analisando os “atos de governo” diante dos acontecimentos históricos, “depreende-se que estão sempre permeados pelo político, pelo constitucional e pelo administrativo, quer se trate de atos estritamente administrativos, quer projetem conotação mais ampla, institucional”²⁰.

O dilema, na evolução político-constitucional, é bastante sério motivando justificada preocupação doutrinária²¹. Principalmente depois de superados os fatos causais circunstancialmente políticos, firmados outros princípios ou então exauridas disposições mandamentais tornadas pelo tempo inexistentes.

Há os que entendem, absorvidos tais atos de governo pela evolução histórica, que tendo eles produzido efeitos jurídicos diretos sobre terceiros, em algum tempo sofrerão ou poderão sofrer apreciação judicial, já que as regras aplicadas por razão de motivos anteriores deixaram de vigir para o Estado como “direito natural de autodefesa”²². Volta a ser, o problema, uma questão de tempo jurídico.

133. Os atos na extensão

Circunstancial por excelência, embora de ostensivo caráter político declaratório, o ato institucional como gênero singular ou categoria constitucional só pode ser com exatidão qualificado no preciso momento da edição, nada depois impedindo o reexame caso ocorram alterações políticas no curso do processo histórico.

18. A. L. Machado Neto, *Sociologia jurídica*, São Paulo, 1973, p. 219.

19. A. L. Machado Neto, op. cit., p. 220.

20. Jessé Torres Pereira Júnior, op. et loc. cit., p. 86-91.

21. É admirável a colocação trazida à temática por Jessé Torres Pereira Júnior com respeito à “encruzilhada” em que se encontram os estudiosos da ciência política. Invocando Juan Carlos Cassagne chega a informar que inexistente “a categoria de atos de governo pela simples razão de que os atos assim catalogados pela doutrina e jurisprudência européias são, na verdade, atos administrativos sujeitos, como todo ato administrativo, ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário”. Para nós, o problema, no entanto, é de causa e finalidade. Contudo, é essa a enunciada, uma posição assaz respeitável, digna de estudos não tendenciosos, em virtude não só das inevitáveis mudanças institucionais, como também das inevitáveis transformações político-constitucionais.

22. Benard Schwartz, *Constitutional law*, New York, 1972, p. 43; Oliveira Franco Sobrinho, *Da competência* cit., p. 34-6.

Fique anotado pelo evidente realismo dos fatos com respeito aos atos institucionais que tais atos na extensão são na prática atos administrativos, “cujos motivos são da discricionariedade governamental, podendo ou não produzir efeitos jurídicos sobre direitos individuais, e cuja finalidade é prevenir danos sociais e atender aos interesses da segurança e do desenvolvimento nacionais, nos termos da Constituição e legislação pertinente”²³.

Por certo, os atos institucionais, “na atualidade brasileira e em face da nossa sistemática constitucional, são virtuais atos de governo, portanto atos administrativos atípicos, sendo, por tal razão, atacáveis pela via judicial quando lhes faltar base de poder revolucionário sobre a qual são editados”²⁴.

Embora, como já fizemos entender, a raiz do ato institucional esteja no seu aspecto teleológico, na sua estreita relação com a organização e sobrevivência do Estado, “é o próprio tempo que o sujeita em princípio a um sistema de controle político e não judicial”²⁵.

Conseqüentemente, o problema de tempo jurídico e de momento constitucional opera de maneira decisiva a que os atos institucionais venham a legitimar-se na executoriedade, nada se podendo prevenir quanto a situações futuras constitutivas de outros princípios fundamentais de orientação e organização política estatal.

134. Os atos institucionais e a lei

O institucionalismo nos chamados Estados modernos, ou seja, o fenômeno institucional, impõe a influência do todo sobre as partes, *influência* que traduz tutela e submissão na defesa do conjunto político-orgânico-estatal.

O Estado, como a instituição das instituições, domina o vasto campo institucional baixando decisões formais ou atos que na exteriorização respondem por concepções de unidade na divisão, por um sistema fechado de organização capaz de evitar pressões e conter, tutelando, os comportamentos políticos²⁶.

23. Jessé Torres Pereira Júnior, Os atos administrativos e de governo na ordenação brasileira, in op. et loc. cit., p. 91-101.

24. “O ato institucional brasileiro tem as virtualidades do ato de governo, faltando-lhe, todavia, a provisão constitucional. Não se trata de indagar se o ato é um bem ou um mal. Será um bem ou um mal conforme o objeto que se lhe atribua seja compatível ou incompatível com sua finalidade. A fundamental diferença, porém, reside na fonte de poder que legitima o ato” (v. Jessé Torres Pereira Júnior, op. et loc. cit., p. 106-7). Para o exame, entretanto, de um ato institucional, é de importância fundamental a pesquisa da causa e o conhecimento da finalidade.

25. Juan Carlos Cassagne, op. cit., p. 167.

26. Na doutrina comparada: Roland Maspétiol, *La société politique et le droit*, Paris, 1957; P. C. Timbal, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris, 1957; Jean Meynaud, *Les groupes de pression en France*, Paris, 1958; Marcel Prélot, *Institutions politiques en droit constitutionnel*, Paris, 1960.

A existência de uma categoria de atos como os institucionais de caráter político objetiva precisamente num dado momento jurídico a exclusão do controle judicial. Embora possuídos de conteúdo político, “se violarem a lei, ofenderem direitos ou causarem danos, cumpre estarem sujeitos à apreciação do Judiciário”²⁷.

Sem que se queira negar a relevância da variada atividade estatal na direção superior da vida política, tendo em conta atos que formam e manifestam originariamente a vontade do Estado, a sã doutrina diz que na extensão do conceito geral “todos são atos administrativos ante o objetivo que tem em mira”²⁸.

Contudo, é impossível deixar de considerar, tratando de regimes políticos, se permanecem ou não limitações ao poder judicial de intervir, isto é, de receber para apreciação atos que consumaram seus efeitos no tempo histórico²⁹.

Existem, sem dúvida, limitações particulares ou gerais que traduzem finalidades nem sempre proscritas de natureza ideológica e política. Outras que ficam mencionadas expressamente no texto das Constituições, impedindo ou limitando posterior posição revisora.

135. O exame das situações jurídicas

Na relação jurídico-pública onde o Estado é sujeito ativo, a palavra responsabilidade assume expressão indeterminada, levando para seu peso de aferição o exame de cada situação jurídica em face da conduta anterior do poder político.

Nada, na verdade, mais complexo, a se aceitar a existência de responsabilidade, que admitir um novo juízo de valor, divorciando o interesse atual do interesse passado³⁰. Separando efeitos consumados de possíveis

27. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios cit.*, v. 1, p. 417.

28. Bandeira de Mello, *op. cit.*, v. 1, p. 418.

29. Outro ponto a indagar reside na conceituação jurídica dos regimes políticos, dos princípios que lhe são originários e quanto àqueles princípios que se inovam suprimindo anteriores determinações. Ressalte-se que, quando exercitado, o ato institucional cria uma manifestação válida, de eficácia discricionária. Desaparecida a norma antiga originária, desaparecem na realidade fenomênica os efeitos oriundos, resultantes na oportunidade da conveniência política? Este é o grave problema em foco: examina-se um ato institucional ou o que por meio dele se exercitou diante do interesse atual ou diante da ordem político-jurídica em que foi praticado? Não poucas vezes, a sociedade se coloca contra o Estado, exigindo alteração na sua conduta (v. Pierre Clastres, *La société contre l'État*, Paris, 1974).

30. Na doutrina, consulte-se a posição de Renato Alessi em matéria de fixação do interesse público, mas evidentemente no tocante à possibilidade revogatória que, inclusive para os atos administrativos qualificados, conduz a dúvidas que só por meio da análise concreta de cada caso podem ser apreciadas e equacionadas (v. *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1965, p. 55). No dizer de Jessé Torres Pereira Júnior, os atos de governo apenas “situam-se em hierarquia especial com relação aos atos administrativos”, pois “seu conteúdo varia conforme a ordenação político-constitucional em que se encontrem” (v. *op. et loc. cit.*, p. 112).

direitos que passam a vigir em decorrência direta de outros e novos princípios.

Conquanto o poder de apreciação judicial possa não ser absoluto, marca-se na espécie dos atos institucionais por regras vinculadas, normas passadas e atuais e que podem estabelecer outros pressupostos sem qualquer afronta à ordem político-jurídica anterior.

Reconheça-se que, tanto na teoria dos atos institucionais como dos atos discricionários, permanecem graves dificuldades de posição e conhecimento jurídico, principalmente no tocante aos limites e à natureza peculiar ou singular de cada espécie de ato ³¹.

Não há, por assim dizer, a não ser diante de casos rigorosamente concretos, uma noção conceitual exata e inconfundível que leve a fórmulas rígidas e doutrinariamente induvidosas.

Genericamente, atos de governo ou políticos, os atos institucionais, à maneira dos atos discricionários, importantes para qualquer regime político-administrativo, sob ponto de vista puramente jurídico, não se fazem de fácil definição ou qualificação doutrinária, já pelos motivos ou então pelos reais condicionamentos de fato ³².

Considerando que a competência política envolve a natureza de uma função específica e determinada, o problema a examinar pode ser de abuso ou excesso de poder, porque quanto à eficácia torna-se indiscutível quando decorre de condições no momento válidas.

31. Como no geral todo ato de natureza administrativa destina-se a produzir efeitos jurídicos, o problema da eficácia decorre necessariamente dos casos concretos e dos indispensáveis elementos intrínsecos de validade. Importa, para a perfeição do ato jurídico-administrativo, a verificação dos elementos que fazem do ato um *ato eficaz*, considerando-se por eficácia aquela aptidão legal para o exercício pleno de certas atividades de governo e de administração. Quando falamos de *exercício pleno*, estamos a dizer sem reservas conceituais que, muito embora a doutrina torne imprecisa a problemática, dentro dos elementos encontram-se os valores de conteúdo do ato, a forma e a sua expressão de vida jurídica. No sentido das pesquisas, pontificam pela objetividade alguns destacados especialistas: Recaredo F. de Velasco, Michel Stassinopoulos, Manuel Maria Diez, Fernando Henrique Mendes de Almeida, Renato Alessi, José Roberto Dromi, Paul Duez, Julio E. Cabral, Umberto Fragola, Juan Carlos Cassagne, Maria Rivalta, Miguel S. Marienhoff, Bartolome A. Fiorini, Alberto Ramon Real, Julio A. Prat, Fernando Garrido Falla, Roberto Enrique Luqui e Luis Enrique Chase Plate, entre outros que por meio de monografias e estudos em periódicos valorizaram a investigação e passaram a influir para a adequação de conceitos até então abstratos.

32. "Em tese, coexistem atos administrativos, atos de governo e atos institucionais, formando os dois últimos espécies dos primeiros, que são o gênero. O que é necessário averiguar, do ponto de vista técnico-jurídico, é se a ausência de respaldo constitucional dos atos institucionais brasileiros, virtuais atos de governo, atos administrativos atípicos, não produzirá efeitos contrários ao resultado que se pretende obter pela sua aplicação" (v. Jessé Torres Pereira Júnior, op. et loc. cit., p. 108-12).

136. O elemento causa e o elemento finalidade

Em bons termos, a revogação possível e a apreciação judiciária do ato institucional ou de outros atos editados com base nele é uma contingência de regime político e de tempo jurídico, respeitadas as circunstâncias próprias de cada caso.

Obviamente pelo sentido e efeitos da nulificação ou do caso *in concreto* levado a exame judicial, as conseqüências decisórias não de produzir resultantes sobre o passado, alterando situações e posições até então inalteráveis e insuscetíveis de revisibilidade.

Não existem dúvidas, portanto, de que condições especiais de regime político são as constantes nos atos institucionais. Quanto aos fatores de relevo possuem um denominador comum de vontade provocada e de finalidade objetiva, *denominador comum* que provém de um único pressuposto, a defesa do Estado.

Não obstante, toda definição procurada é *lata* e inclui motivos diferenciados, já que o poder político, como expressão máxima dos poderes estatais, embora assuma peculiares atributos de soberania nos vários regimes, traz como elemento básico fundamental a idéia de intervenção vigilante e de controles na segurança.

Mostra a experiência, no tocante aos regimes políticos, que os poderes conferidos ao Executivo, excepcionais muitos deles, não se exercitam embora digam com a vontade estatal, sem um tipo de processo que vai do elemento *causa* ao elemento *finalidade*³³.

No ato institucional, certamente o menos formal dos atos de governo ou políticos, a liberdade oferecida pelas Constituições muito se assemelha a dos atos discricionários pela aparente inespecificidade, não perdendo porém jamais o seu caráter de natureza funcional.

137. Razões de fato e de direito

Natural que, fenomenologicamente, as modalidades de estrutura do poder político possam variar e variar muitas vezes num mesmo tipo de sociedade tradicional ou histórica³⁴, passando o Estado a agir e a reagir diante de forçadas alternativas circunstanciais.

33. No Brasil, o Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, incorporado à Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, estruturou-se por meio de motivos-causas e de finalidades explícitas. Desaparecido, há de ser analisado nos efeitos, tendo em vista as novas situações jurídicas. Todavia, o importante no exame do Ato Institucional n. 5, *in casu*, é o aspecto da possível retroatividade da norma nova, apagando, no passado, os efeitos eventualmente produzidos.

34. Toda categorização, quando possível, faz-se de grande importância devido à variedade de atos de governo ou políticos, institucionais ou puramente administrativos, considerando a eficácia, a delimitação da competência, divergências que possam haver entre os fatos e a vontade declarada, levando *in tempore* à nulificação ou à anulabilidade. Quanto às mutações ocorridas, consulte-se: Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *História breve do constitucionalismo no Brasil*, Curitiba, 1970.

Nem por isso, porém, mesmo que visem possíveis altos interesses postos em causa, em maior ou menor grau, o poder político, quando chamado a intervir, não deixa de considerar a chamada *formalidade* ou forma, vinculado que está pela norma constitucional.

Nas Constituições *rígidas* é flagrante o conflito com a transitoriedade de certas normas, ganhando importância acentuada e fundamental o modo pelo qual a vontade estatal vem manifestada, exteriorizada nos seus imediatos efeitos.

Verifique-se ainda mais que o poder político a qualquer tempo poderá decretar a cessação da vigência dos atos definidos como institucionais ou de “dispositivos que forem considerados desnecessários”³⁵.

O que se quer nos atos institucionais é que hajam quando exercitados razões de fato e de direito, não simples presunções que possam invalidar a legalidade do fim pela inobservância de preceitos reguladores.

Necessariamente, nos atos institucionais como atos administrativos de governo e de conteúdo político, significado qualificador esse adequado à natureza de atuação governamental, é indispensável que se observe o valor da norma em decorrência dos fatos tal como no momento se apresentam³⁶.

Definida a finalidade a atingir, obedecida formalidade antes prescrita, examinados os aspectos concretos das circunstâncias existentes, os poderes que vinculam a norma à vontade tornam operante a faculdade de atuar dando ao ato eficácia subjetiva quanto às pessoas e eficácia temporal nas dimensões de vigência.

35. Emenda Constitucional n. 1, aparecendo como uma condição essencial, à obrigatoriedade de “ser ouvido o Conselho de Segurança Nacional. Ficou explícito no *parágrafo único* do art. 182: “O Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, poderá decretar a cessação da vigência de qualquer desses atos ou dos dispositivos que forem considerados desnecessários”. A matéria, inserta na Constituição, diz respeito ao Ato n. 5 “e os demais posteriormente baixados”.

36. No Brasil, a temporalidade dos atos institucionais ficou marcada na Emenda Constitucional n. 11, de 13 de outubro de 1978, entrada em vigor no dia 1.º de janeiro de 1979, alterando dispositivos da Constituição Federal. Ficaram, com isso, revogados os atos institucionais (art. 3.º), “no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial”. Resta saber, no tocante aos efeitos, a quem compete o poder de revisão. Nem todos os efeitos no tempo se apagam. Há efeitos que podem permanecer lesivos. Sobretudo, quando se restabelecem, como no caso da Emenda Constitucional n. 11, direitos antes protegidos. O problema, muitas vezes, não é apenas de tempo jurídico. Importa examinar, nos diferentes casos, a natureza de cada ato, o elemento *causa* e o elemento *finalidade*, a sua conformidade com os poderes outorgados, as razões de fato e de direito. Evidente que, diante da problemática política, os atos não procuram os mesmos resultados. Não procurando os mesmos resultados, os atos se diversificam exigindo ou não proteção jurisdicional. Não basta ao hermenauta que se ressalvem os efeitos, já que a revogação visa não contrariar a Constituição. No melhor entendimento, o ponto de toque está na lesividade produzida, a fim de que se legitime a apreciação judicial.

De qualquer modo, o apuramento das circunstâncias de fato é imprescindível como fator-elemento na formação do ato ou de decisões baseadas em atos institucionais, tendo em conta precisamente a condição de eficácia temporal porque do contrário o Estado-poder seria *um só* e único no espaço e no tempo histórico.

QUARTA PARTE

- **Motivação dos atos administrativos**
- **Categorias comuns de atos administrativos**
- **Categorias típicas de atos administrativos**
- **Categorias especiais de atos administrativos**

CAPÍTULO XIII

Motivação dos atos administrativos

SUMÁRIO:

- 138. Motivo e motivação.
- 139. Justificação e motivação.
- 140. A exigência da motivação.
- 141. Motivação e instrumentação do ato.
- 142. Motivação e propósitos lícitos.
- 143. Os motivos incorporam-se na motivação.
- 144. Motivação e legitimidade.
- 145. O suporte legal na motivação.
- 146. Pontos comuns na teoria da causa.
- 147. Motivação, problema de conteúdo e forma.

138. Motivo e motivação

Em face dos regimes jurídicos, ao direito *postó*, às garantias que contemplam os administrados, aos sistemas que resguardam o ordenamento jurídico, todos os atos administrativos devem ser motivados ou ter a sua motivação.

O problema não é apenas de motivo, porque entre motivo e motivação a distinção faz-se bastante sensível, cabendo à análise do motivo buscar o ato em espécie e o exame da motivação atender ao direito aplicável. O motivo diz com uma situação subjetiva de direito. A motivação, com uma situação concreta de direito e de fato ao mesmo tempo.

O motivo, por exemplo, advém de uma causa definida, conquanto que a motivação surge de premissas gerais fundamentais. O motivo incide em cada caso sobre o ato realizado. A motivação sobre todos os atos qualquer seja a qualificação, a categoria e os efeitos.

Não é bastante, diante do que possa produzir um ato administrativo, dar importância a uma exposição de razões quando essa exposição não refletir antecedentes de fato e de direito¹. Do contrário, a finalidade passaria a único e coercivo elemento de valor jurídico.

139. Justificação e motivação

O motivo diz com o ato em espécie na sua categoria. A motivação com os consentimentos previstos na ordem jurídica. Daí se dever distinguir jus-

1. Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978, p. 212; Luis Enrique Chase Plate, *La motivación del acto administrativo*, Asunción, 1978, p. 9-11.

tificação de motivação, já que pode haver motivo para o ato em si e não motivação para a perseguição de efeitos.

O motivo, quase sempre, diz com a causa e a vontade. A motivação com a causa, a vontade e a finalidade. O que parece a nível doutrinário de pouco relevo ganha na prática fundamental importância. Embora a doutrina ainda não tenha fixado termos exatos de conhecimento, a motivação e não o simples motivo legitimam os atos administrativos.

Todavia, lançado o ato no mundo do direito, anatomizado nos elementos quem sabe a justificação contenha a motivação, levando o hermenêuta a adotar um critério de unidade capaz de reconhecer como existente a motivação.

Aceitamos, por isso, que a motivação não é um elemento do ato, mas um requisito que integra o elemento *forma*, bem fundamentando:

- as razões da emissão do ato;
- a causa de fato ou de direito;
- a finalidade de interesse público².

No fundo o motivo confunde-se com a causa, passando a causa a ser discutível ou não. Não se confunde, porém, com a motivação, requisito vinculado à forma, à lei e às exigências da própria ordem jurídica.

140. A exigência da motivação

Na verdade pode ocorrer motivo e não haver motivação. O motivo, sem dúvida, não obriga a Administração, embora exista uma causa, uma possível razão determinante. A motivação, quando formalizada, assemelha-se no ato à expressão *motivada*.

A motivação, além de traduzir conveniência ou oportunidade, principalmente nos atos políticos de governo e discricionários, é uma *exposição de motivos e causas*, predominando na motivação valores cognoscíveis quanto à determinação, fundamentação e intuito administrativo.

Editado um ato, jogado este ato à execução, a motivação envolve a razão que determina o ato, a *explicação da razão* vamos dizer ocasionadora da atividade administrativa. Pela motivação dão-se os motivos, ou seja, as condições de sustentação jurídica do ato.

A bem saber os motivos fazem o conteúdo da motivação, representando o fato e o direito, ao passo que a motivação explicita a causa ou os motivos, já que todo ato há de vir *motivado* ou apoiado em fatos e antecedentes que lhe sirvam de causa³.

Tão importante é a motivação que a falsa causa ou a falta de causa provocam os meios probatórios⁴, por meio dos quais se avalia a motiva-

2. Juan Carlos Cassagne, *op. cit.*, p. 214.

3. Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1974, t. 1, p. VIII, 30.

4. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *A prova administrativa*, São Paulo, 1973, p. 107-19.

ção, a fim de verificar se é ou não suficiente, se satisfaz ou não a lei e as finalidades previstas.

A exigência de que o ato tenha motivação, quer nos considerandos ou quer na própria enunciação, consagra não só o que manda a lei ⁵. Resguarda também os meios apontados porque fixa os limites jurídicos de competência administrativa.

141. Motivação e instrumentação do ato

Juridicamente, nas relações jurídicas a motivação traz conseqüências quanto ao mérito do ato, implicações quanto à certeza e à legalidade do ato, explicitando a eficácia e os efeitos, a exação com respeito à natureza da atuação administrativa ⁶.

A motivação, assim, pertence à instrumentação do ato administrativo, depreende-se do processo criador normativo, porque o ato para realizar a função pública deve ser coerente na formação com as manifestações exteriores provocadas.

Não obstante distintas as manifestações, na forma escrita a mais comum, a instrumentação do ato não prescinde da motivação, pois *ad solemnitatem* o ato implicitamente corresponde a procedimentos jurídicos normados.

O problema, contudo, não é somente de técnica porque por meio da motivação a decisão traz repercussões jurídicas, opera no mundo do direito de maneira a criar ou atingir situações, sempre porém submetida à aplicação do princípio da legalidade.

O essencial é que a motivação para produzir convencimento encontre-se bem determinada ao falar do querer administrativo, ao expressar a pretensão da Administração ou a dar comando responsável aos negócios estatais.

A questão na motivação não é de simples explicação ou mesmo justificação, mas de *fundamentação* do ato publicado, qualificada quando possível por meio de *considerandos* para segura interpretação das disposições administrativas.

142. Motivação e propósitos lícitos

Os motivos do ato administrativo aparecem assim exteriorizados na motivação. “O mau uso da motivação vicia o ato como ilegal”, já que a exclusão da motivação “pode identificar-se com o ato não publicado”, com aquele ato carente de propósitos lícitos ⁷.

5. Maria Rivalta, *La motivazione degli atti amministrativi*, Milano, 1960, p. 41-4; Juan Luis de la Valina Velarde, *La motivación del acto administrativo*, Madrid, 1967, p. 27-9.

6. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 143-5.

7. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 341.

Embora na maioria das legislações nacionais não hajam prescrições reguladas que tornem obrigatória a motivação em forma conclusiva, a motivação se impõe para inúmeros atos principalmente nos processos licitatórios e nos recursos administrativos⁸.

Acresce anotar, entretanto, que é precisamente nos atos revogatórios, atos que se sustentam em razões de mérito, que a motivação ganha rigor para aplicação da norma, podendo ser aceita na instrumentação do ato como requisito de juridicidade.

Se na ordem civil e particular prevalecem o motivo ou os motivos como valores subjetivos e pessoais, no direito público o conceito é bastante distinto, pois a motivação assume caráter que vem conforme imposições subjetivas e também objetivas.

143. Os motivos incorporam-se na motivação

Declinar no ato os motivos faz dever administrativo. Não porém o motivo que está na causa, porque a *causa*, quando determinante, não precisa ser buscada além dos fatos. Indispensável por isso na doutrina não confundir causa com motivo.

No capítulo das nulidades, o que importa não são os motivos determinantes, mas as causas determinantes. O motivo, na manifestação de vontade, pode acontecer vir sem causa. Não havendo uma causa, fica desmerecido o resultado visado pelo ato administrativo.

Da existência de causa surgem os motivos determinantes. *Motivos* que se incorporam à *motivação*, via de regra concorrendo para a explicação jurídica do ato. O problema na sua projeção é de norma legal, afirma que “a sede do poder não está na autoridade mas na lei”⁹.

Na motivação que antecede ou integra a prática do ato temos um juízo de valor e conhecimento, inclusive quando há discricção administrativa, sobretudo quando o ato procura na ordem jurídica adotar medidas extremas voltadas para necessidades públicas.

Haja inexistência de motivos ou haja motivos, só por meio da motivação o ato administrativo adquire legitimidade para o alcance das finalidades¹⁰. Muitos, na categoria e pela natureza, são os atos em que a motivação faz indeclinável condição jurídica:

— os atos emitidos no exercício de faculdades discricionárias;

8. Bartolome A. Fiorini, La motivación debe ser inherente al acto administrativo, in op. cit., p. 341; nos diferentes casos, a motivação deve ter suficiência (v. Aldo M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1954, p. 251). Consultar: Luis Enrique Chase Plate, op. cit., p. 20.

9. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 105.

10. “A finalidade é o sentido teleológico do ato, é o objetivo jurídico e material a que se dirige, em última análise, a ação administrativa; a atividade administrativa não é obra do *acaso*; possui direção finalística; o exame não pode, pois, ficar no direito só, mas no fato como núcleo básico” (v. José Jappur, *Controle integrado do ato administrativo*, RDA, 23:59, Rio de Janeiro, 1976).

- os que limitem direitos subjetivos;
- os modificativos das vigentes práticas administrativas;
- os atos onde o mérito dependa de aprovação ou autorização;
- os atos revogatórios de outros atos já sofridos de motivação jurídica.

Aliás, nisto a doutrina é pacífica¹¹, não deixando margem para interpretações liberais, ou seja, para desconhecer a importância da motivação quando em jogo decisões que possam afetar interesses, posições, relações e direitos protegidos.

144. **Motivação e legitimidade**

De resto, além disso, quanto ao mais, a motivação não é um problema de formalismo, mas de relevância jurídica para a eficácia dos atos administrativos. A rigor, é indispensável e até exigível, a fim de que o ato ganhe tônica de legitimidade.

Informando o ato a motivação dá-lhe ao certo disciplinação na categoria, clareando a vontade administrativa, explicando na origem devidamente como deve ser para em final afastar dúvidas que possam prejudicar o ato na sua execução.

Entre a motivação e o ato em última análise há sucessividade e não separação, cumpre-se letra por letra a vontade administrativa já que harmoniza o pensamento com a prática, a vontade com o interesse público qualificado. É o que se espera do ato perfeito.

Nada menos, exatamente, sem tirar nem pôr, por meio da motivação fica clareada a intenção, o pensamento que leva à edição do ato, ensejando ao intérprete apreciar a vontade no seu preciso momento jurídico, no mesmo instante da formalização.

Havendo motivação escrita o ato aparece por completo sem riscos de eventuais dúvidas, apontando a causa certa e a certeza na finalidade, creditando à Administração lisura no procedimento, exação na prática executória administrativa.

Por natureza, segundo a índole e o caráter do ato, a motivação define uma posição causal de fato e de direito, dando à manifestação pública ao claro e a seu favor presunção de legitimidade, muito embora a conduta adequada não apareça insuscetível de apreciação.

145. **O suporte legal na motivação**

Preâmbulo ou prefácio do ato administrativo, vindo antes do corpo ou na enunciação do ato, nos *considerandos* como relatório preliminar do

11. Na doutrina: Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1966, t. 1, p. 516; Renato Alessi, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956, p. 138; Manuel Maria Diez, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, p. 241-2; Juan Carlos Cassagne, *op. cit.*, p. 215.

que pretende a Administração o importante na motivação está primeiro em determinar o exato suporte legal.

Evidente que o suporte legal não pode aparecer divorciado de uma causa e do fato gerador do ato, fazendo da motivação um requisito que se integra aos elementos constitutivos, um *requisito* por assim dizer indispensável ao conhecimento da declaração formal.

Explicativa como deve ser a motivação, a fim de evitar qualquer tipo de investigação crítica, para que traduza atividade de conhecimento, já que visa produzir efeitos jurídicos, não há de esquecer o aspecto teleológico e a forma fluente da norma.

Nos atos administrativos conseqüentes de manifestações unilaterais, a motivação relatoriada ou simples, conforme os casos, tem de incluir o fato como condição essencial e a lei como condição permissiva, sem o que carece de clareza e objetividade.

Nos acordos bilaterais, nas contratações administrativas, a motivação decorre da lei autorizativa, do serviço público específico a prestar, dos modos pelos quais a Administração pode exercer relações onerosas, sinagmáticas e comutativas ¹².

Em ambas as hipóteses, unilaterais ou bilaterais, do ato administrativo a motivação corresponde a circunstâncias administrativas e de obrigações, impondo-se à Administração respeito pelo regime jurídico diferenciado e ordenador da atividade.

146. Pontos comuns na teoria da causa

Acolhendo pontos comuns na doutrina o fato e o direito determinam a realização do ato, aparecendo a motivação como antecedente objetivo do ato ¹³, como a peça essencial à compreensão da finalidade pública.

Pela motivação estamos a saber como se desenvolve a atividade administrativa, tomando notável importância na prática a chamada *teoria da causa* ¹⁴, a finalidade exequível que tem a vontade quando realmente motivada.

Duas posições informam o ato administrativo na sua instrumentação:

— uma de que a Administração deve atuar conforme as regras estabelecidas pelo direito objetivo;

12. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários à reforma administrativa federal*, Exegese do Decreto-lei n. 200, São Paulo, 1975, p. 250 e s.; Curso cit., p. 231-43.

13. Pietro Bodda, *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933, p. 10-4; Enrique Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1951, t. 1, p. 447; Leon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1927, t. 3, p. 526; Jean Dabin, *Le droit subjectif*, Paris, 1952, p. 228; Marcel Waline, *Droit administratif*, Paris, 1963, p. 472; Jean Rivero, *Droit administratif*, Paris, 1973, p. 229; Luis Enrique Chase Plate, *La motivación* cit., Asunción, 1978, p. 15-7.

14. Enrique Sayagués Laso, op. cit., t. 1, p. 445.

— outra de que os órgãos administrativos hão de atender tanto deveres como poderes jurídicos.

Por meio da motivação é possível observar sobre a verdade dos motivos invocados e sobre a legitimidade das finalidades perseguidas, tendo em vista que no geral o ato administrativo não é arbitrário e nem faz capricho¹⁵.

Não é arbitrário e nem caprichoso porque na organização a atividade administrativa realiza a função e a instituição¹⁶, valendo a motivação pelo tipo de serviço que se efetiva em nome do interesse público.

147. Motivação, problema de conteúdo e forma

Como a motivação do ato administrativo compreende uma “exposição de razões que movem a Administração”, a própria doutrina coincide no pensamento de que a motivação refere-se ao conteúdo do ato¹⁷. No bom entender também, portanto, um requisito de forma¹⁸.

Mas o analista prudente, apreciando a motivação, chega à conclusão que não é somente o conteúdo que preocupa, porém as omissões que podem provocar a nulidade do ato na sua origem e manifestações externas.

Já que as omissões podem vir prejudicar a motivação viciando o ato, o que importa é compreendê-la em termos mais exatos e completos, avaliando a motivação como um problema de conteúdo e de forma, de substância e de exteriorização¹⁹.

No sentido preciso, “todo ato deve ter um móvel, de causa jurídica, que pode ser exteriorizado não somente para conhecimento dos afetados, senão para garantia de legitimidade do mesmo”²⁰. Este é, para nós, um ponto de valoração administrativa.

Daí o acertado entendimento de que a motivação distingue-se do motivo porque só por meio dela o motivo ganha expressão²¹, dando sentido

15. H. W. R. Wade, *Administrative law*, Oxford, 1971, p. 110.

16. W. F. Willoughby, *Principles of public administration*, Washington, 1927, p. 105.

17. Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1973, v. 1, p. 530.

18. Luis Enrique Chase Plate, *La motivación* cit., Asunción, 1978, p. 10.

19. Para Agustín A. Gordillo, não é um simples problema de forma, senão de substância (v. *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 326); já Juan Carlos Cassagne entende que a motivação é um requisito da forma (v. *El acto administrativo*, p. 214). Todavia, “a motivação, se bem faz o conteúdo do ato, está também relacionada com a forma” (v. L. E. Chase Plate, op. cit., p. 11). Acreditamos que esta última seja a posição mais realística e correta.

20. L. E. Chase Plate, op. cit., p. 11.

21. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1965/70, t. 2, p. 323.

de unidade ao ato das causas às conseqüências. Sentido de unidade característico nos regimes jurídicos ²².

Em princípio, ou em tese, todos os atos administrativos devem trazer motivação declarada tão-somente porque a falta de motivação pode produzir implicações que viciam sobretudo a forma carreando denúncia de possível arbitrariedade.

22. Luis Enrique Chase Plate, Actos que deben motivarse — Oportunidad de la motivación, in op. cit., p. 20-2.

SUMÁRIO:

- 148. As normas civis no Direito Administrativo.
- 149. Relações de base com o Direito Civil.
- 150. O ato administrativo como ato jurídico.
- 151. Classes nas categorias de atos administrativos.
- 152. Atos constitutivos e assecuratórios.
- 153. Atos alienativos, modificativos e extintivos.
- 154. Atos simples e complexos.
- 155. Atos executivos e facultativos.
- 156. Essência e conteúdo dos atos administrativos.

CAPÍTULO XIV

Categorias comuns de atos administrativos

148. As normas civis no Direito Administrativo

Viveu o Direito Administrativo por largo espaço de tempo histórico carente de normas próprias, tendo de buscar no Direito Civil institutos que viessem a preencher vazios na complexa ordem das relações jurídico-administrativas.

Quando superou a característica de *jus novum* já havia adquirido substância reguladora, isto é, já tinha passado pela fase elaborativa ganhando princípios institucionais antes submetidos ao Direito Civil positivo¹.

Pelo processo de publicização de parte do direito privado verificou-se que nem todas as normas contidas num Código Civil pertencem exclusivamente ao Direito Civil. Sobretudo no tocante às pessoas jurídicas de direito público e ao entendimento do que é domínio público.

Não se trata, no entanto, de tornar o Direito Administrativo subsidiário do Direito Civil, mas de considerar na origem como *jurídica* a aplicação de normas do Direito Civil em matéria administrativa, num processo de integração que decorre da atividade de órgãos e de entes estatais.

1. Na consagrada literatura tradicional, vale consultar para conhecer posições: Berthélemy, Renard, Hauriou, Salemi, Duguit, Fleiner, Ranalletti, Jéze, Zanobini e Bielsa. Do jurista argentino, que fez na América Latina escola de conhecimento científico, ver *Relaciones del código civil con el derecho administrativo*, Buenos Aires, 1923. Não esquecendo pela importância: Jesus Luis Abad Hernando, *Autonomía conceptual de las instituciones del derecho administrativo*, Córdoba, 1967. Nem deixando de citar: André Trasbot, *El acto de administración en derecho privado francés*, trad. esp., México, 1945, p. 43-53.

Diante da realidade parece pacífico hoje em dia que o Direito Administrativo ao ganhar autonomia científica, atuando no campo privado, houvesse podido herdar preceitos e criar instituições distinguindo situações novas e variadas pelas finalidades.

149. Relações de base com o Direito Civil

Ao analisar o exercício da função pública, a atividade administrativa na projeção de fazer e realizar, as relações do Direito Administrativo com o Direito Civil em particular aparecem como de dois principais tipos:

— umas referentes à própria ciência do direito de onde o Direito Civil tirou disposições sobre atos e fatos jurídicos, contratos, obrigações e responsabilidade estatal, passando ao Direito Administrativo princípios gerais que se integraram a fins públicos²;

— outras contidas no Código Civil, regidas pelo Direito Administrativo, que falam de bens do domínio público, das limitações impostas à propriedade, regradas privativamente embora tenham aplicação efetiva no campo do Direito Administrativo.

Releva notar que essa influência de origem sensibilizou a doutrina ao posicionar os atos administrativos e quando situou os contratos com a Administração, diante de pressupostos de vontade, de competência e de forma, de premissas que submetem o poder público a fundamentos legais expressos.

150. O ato administrativo como ato jurídico

Os atos administrativos em virtude das finalidades e das situações criadas constituem categorias específicas de atos jurídicos. Espécie e gênero se completam nos efeitos de direito. Na definição do Código Civil (art. 81) é “todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direito”.

Em princípio dogmático, a validade do ato administrativo, tal e qual a validade do ato jurídico (art. 82), requer agente capaz, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei. É nulo (art. 145, II) quando for ilícito ou impossível o seu objeto, não revestir (III) a forma legal prescrita ou alguma solenidade essencial (IV) tenha sido preterida.

A construção portanto de uma teoria orgânica de ato administrativo na falta de normas positivas imperativas há de seguir as exigências consolidadas civis embora por motivos de fins não haja identidade entre o

2. Rafael Bielsa, Predominio doutrinário y jurisprudencial del Código Civil — Instituciones y preceptos del Código Civil relacionados con el derecho administrativo, in op. cit., p. 7, 63, 82 e 85; Jesus Luis Abad Hernando, op. cit., p. 10-25; Carlo Tivaroni, La nozione di atto amministrativo nella dottrina amministrativista contemporanea e la applicazione nel campo del diritto amministrativo di concetti elaborati nel diritto privato, in *Teoria degli atti amministrativi*, Torino, 1939, p. 10-5.

ato privado e o administrativo. As diferenças que permanecem em face de outros elementos que se agregam refletem conceitos provenientes da idéia de serviço público³.

Ponto de partida, o Código Civil informa determinadamente. Todavia, o ato administrativo, como produto da função administrativa traduz regime jurídico onde a declaração de vontade no processo formativo assume caráter decisório e repercussão na ordem jurídica, uma vez que o ato atinge efeitos pertinentes nos casos concretos.

151. Classes nas categorias de atos administrativos

Pelo que se depreende, chamam-se atos administrativos todos os atos jurídicos praticados segundo o Direito Administrativo por agente da Administração (pessoas administrativas) e agentes administrativos (funcionários públicos), no exercício de funções e atribuições⁴.

De plano geral, podem categorizar-se:

- conforme o fim direto ou imediato;
- conforme o conteúdo;
- conforme o poder da ação;
- conforme a eficácia.

Atendendo ao fim direto ou imediato são:

- constitutivos;
- assecuratórios;
- alienativos;
- modificativos;
- extintivos.

Em face do conteúdo, ao que neles se contém intrinsecamente, aparecerem:

- simples;
- complexos.

Tendo em valor o poder de ação, surgem os atos administrativos, tipificados como:

- executivos;
- facultativos;

3. "No Direito Administrativo todos os atos gerais ou particulares devem estar causados; no Direito Administrativo não podem existir atos sem a devida causa; a relação adequada jamais deve desviar-se do interesse público" (v. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 232), v. Michel Stassinopoulos, *L'application des règles du droit privé au domaine du droit administratif*, in *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, p. 35.

4. Juan Carlos Cassagne, *La función administrativa — noción de acto administrativo*, in *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978; Carlo Tivaroni, op. cit., p. 25.

- de governo ou políticos ⁵;
- discricionários ⁶;
- institucionais ⁷.

Da eficácia, decorrem dois pressupostos:

- de validade;
- de invalidade.

Do estudo da invalidade, os atos administrativos inválidos fazem-se inexistentes, nulos, anuláveis, revogáveis e suspendíveis, tudo dependendo do exame das causas, dos motivos determinantes, sobretudo dos efeitos projetados no mundo jurídico.

152. Atos constitutivos e assecuratórios

Dizem-se *constitutivos* aqueles atos criadores de direitos. *Assecuratórios* os que removem restrições impostas por disposições legais. Os primeiros, quando criam situações jurídicas, estabelecem novas relações entre Administração e administrados. Os segundos legitimam atuações, levantando restrições ou proibições ⁸.

Nota comum, nos *constitutivos*, o essencial a todo ato administrativo na espécie reside na declaração jurídica vinculatória na expressão intencional, a fim de que a Administração usando de faculdades concedidas possa subjetivar outras ou novas relações. Nestes atos, a declaração vem expressa, de maneira manifesta, *formal* no que pretende.

Nos *assecuratórios*, a Administração exercita faculdades próprias nos limites traçados pela legislação, sobretudo nas situações protegidas direta ou indiretamente, considerando o que a lei confere para permitir e garantir em caráter tutelar a terceiros, reconhecendo *no que dá* interesses privados que afetam interesses públicos.

153. Atos alienativos, modificativos e extintivos

Nos *alienativos*, pela via administrativa, de Direito Administrativo, a Administração transfere direitos para o particular, alienando-os. Os *modificativos* alteram obrigações ou direitos preexistentes. Os *extintivos* colocam termo final a direitos existentes ⁹.

5. Neste livro, Cap. X.

6. Neste livro, o Cap. XI, onde se destacam os pontos de convergência doutrinária. Também: Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 124.

7. Cap. XII, deste livro, colocando tais atos entre os administrativos. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso cit.*, p. 125.

8. Consultar: Julio A. Prat, *Actos y contratos administrativos*, in *Derecho administrativo*, v. 2, t. 3, p. 21; em tese, num plano geral: Ch. Eissenmann, *Les actes juridiques du droit administratif*, Paris, 1957, p. 36-7; Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 134.

9. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso cit.*, p. 122; Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1975, p. 140.

Negócio jurídico peculiar, o ato *alienativo* subentende dois interesses, um público e outro privado. Como nos contratos, há um motivo e um objeto. Supõe também dois sujeitos na unicidade da relação. Embora de natureza diferente são atos a exigir manifestações bilaterais de vontade que se exaurem no momento exato da formalização.

A modificabilidade, por sua vez, provém do poder de revogar, da faculdade de modificar o ato, tornando os *modificativos* em atos enquadrados no direito de revogar sem que os efeitos das possíveis alterações excedam a própria revogação, isto é, tornando-a total e não parcial. Só são modificáveis, assim, os atos com existência jurídica.

Quanto aos *extintivos*, fazem atos que deixam de vigorar ou que aparecem denunciando outros atos esgotados na execução, por exauridos de conteúdo, por não se verificarem mais os motivos de aplicação. Não raras vezes mostram atos sofridos de caducidade (extintos) decorrido o tempo para a produção de efeitos. Chamam-se *extintivos* porque extinguem direitos antes porventura existentes. Ou então, outro ato que, revogando um anterior, vem extinguir o praticado e ainda em vigor, não havendo na espécie substituição e sim cessamento dos efeitos.

154. Atos simples e complexos

Aparecem como *simples* todos os atos unilaterais e aqueles de participação nos contratos administrativos. Como *complexos* os que dependem na consumação de um maior concurso de vontades¹⁰.

Na verdade, por força de poder administrativo os atos simples como os atos complexos caracterizam-se pela inata coercibilidade, ambos dispõem de imperatividade executória não importando o que pretende prover a Administração desde que a ordem jurídica seja respeitada e respeitados os princípios de causa e legalidade.

Como os demais atos administrativos, presumem-se legítimos, eficazes na produção de efeitos jurídicos, de momento idôneos quanto aos fins perseguidos. Os *simples*, contudo, emanam de uma só vontade manifesta. Os *complexos*, ou compostos, de vontades que atuam na formação do ato dando-lhe operatividade executória.

Tanto um como outro fazem-se unilaterais, os *simples* partindo da vontade de um só agente e os *complexos*, da vontade de mais de um agente. Os complexos, exigindo concurso de pelo menos duas manifestações volitivas, só produzem efeitos e conseqüências quando do entrelaçamento de vontades o ato formalizar-se na sua unidade.

Temos como exemplo de *atos simples* as portarias ou os decretos de nomeação para o serviço público. De *atos complexos* os que dependem de pareceres consultivos, os de nomeação para cargos que exijam anuência de outros poderes e órgãos, os atos resolutivos emanados de colegiados, os vinculados a procedimentos elementares constitutivos¹¹.

10. Mario Masagão, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1974, p. 149; Julio A. Prat, op. cit., v. 2, t. 3; Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 284-5.

11. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 138-40.

Compostos ou coletivos os atos complexos na sua maneira de ser e na executoriedade só se legitimam e ganham eficácia quando as várias vontades se unificam tornando a vontade plural em vontade singular, tudo isso num processo vinculatorio ordenado, de substância e conteúdo próprios, de finalidade única na ação antes conjugada.

In casu, nas nomeações para o Supremo Tribunal Federal (Constituição, art. 118, parágrafo único), não basta a vontade de quem deve nomear, pois torna-se indispensável a aprovação do nome indicado pelo Senado Federal. É este um ato *complexo*, do qual participam dois poderes, podendo a vontade de quem quer nomear ficar invalidada.

155. Atos executivos e facultativos

Os *executivos* atendem a execução de lei ou regulamentos. Os *facultativos* são atos circunstanciais que embora fundados em lei ou regulamentos deixam a Administração livre na orientação e no sentido de fazer ou não fazer ¹².

Os *facultativos*, de igual maneira que os executivos também são executórios. Excluída em certas situações jurídicas a necessidade coerciva, aparecem como atos de discricão administrativa, não obstante veja-se a Administração objetivamente obrigada a exercitá-los ¹³.

São executivos, via de regra, simplesmente porque procedem da Administração e tendo vida própria podem de imediato ser executados. Não o sendo, passam a exigir, no tocante a direitos, a execução pela coação se esta for necessária, sob intervenção superior ou de outra autoridade.

Cada um desses atos, o executivo ou o facultativo, tem a sua natureza peculiar. Não deixam de existir por falta de realização ou aplicação. Existentes juridicamente, para a eficácia dependem de condições que só a Administração pode tornar manifestas.

No melhor entendimento, tais atos como os acima nomeados distinguem na prática a executividade da executoriedade, pois a *executividade* refere-se genericamente a qualquer ato administrativo e a *executoriedade* consiste em dar execução ao ato até os últimos efeitos. Na primeira hipótese, visualiza-se a eficiência do ato. Na segunda, a eficácia diante da eficiência.

156. Essência e conteúdo dos atos administrativos

Bem analisando, o ato administrativo variável nos fins, diversificado nas intenções, abrangendo toda função governamental, não se apresenta de

12. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso cit.*, p. 124; Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 22-3.

13. No nosso entender, diante das práticas administrativas, tais atos fazem atos de conhecimento. São muito numerosos e variados. Envolvem, na categoria, ao que parece, pareceres, avisos, opiniões, propostas, circulares, ordens de serviço, intimações ou notificações. Tomando na atuação, nos procedimentos ou processos, aspectos determinativos quando previstos por lei.

um conteúdo só ou comum, exterioriza-se caracteristicamente, ou seja, conforme o poder que impõe, a faculdade que regula e o efeito que visa produzir.

Com o avanço do Estado moderno, a expansão da Administração nos mais distintos setores tecnicizando e especializando atividades, abrindo iniciativas no campo econômico, aumentaram consideravelmente as categorias de atos administrativos, não se podendo dizer que um ato a outro se iguale, nem que tenham a mesma essência e conteúdo jurídico.

Já não explicam com exatidão as definições puramente genéricas e formais, uma vez que na essência os atos impressionam pela multiplicidade de maneiras por que pode manifestar-se a vontade estatal. A noção tradicional de que ato administrativo é ato de administração está a exigir reparos que atingem a natureza da função e a competência, sobretudo a importância dos elementos intrínsecos na razão das finalidades objetivas ¹⁴.

No entanto, num aspecto fundamental as figurações encontram denominador comum na unidade que provém da origem do ato administrativo, isto é, do ato como forma geral de atuação administrativa e manifestação de vontade. Todavia, ao observador há de sensibilizar, ao lado dos elementos intrínsecos, o exame das condições extrínsecas.

Em todos os atos o conteúdo depende da finalidade, dos efeitos diretos ou indiretos, de posições não equiparáveis, ganhando destaque de análise os atos praticados na descentralização por serviços, ou então, os atos de pessoas que exercitam funções delegadas.

14. Recaredo F. de Velasco, op. cit., 2.^a Parte, p. 179 e s.; Julio A. Prat, op. cit., v. 2, t. 3, p. 77. Também na tese: Manuel Leguizamo Barrera, *Los elementos de fondo del acto administrativo*, Bogotá, 1944, p. 61-5. Merecendo consulta: Maurice Capart, *Origine constitutionnelle des pouvoirs*, in *Droit administratif élémentaire*, Bruxelles, 1950, p. 9-15.

SUMÁRIO:

- 157. Categorias comuns e típicas.
- 158. Tipos clássicos de atos administrativos.
- 159. Atos de império e de gestão.
- 160. Atos unilaterais e bilaterais.
- 161. Função normativa e atos declaratórios.
- 162. Atos arbitrários e lesivos.
- 163. Decretos-lei, decretos e portarias.
- 164. Regulamentos e regimentos.
- 165. Extensão dos atos administrativos.
- 166. O ato administrativo perfeito.

CAPÍTULO XV

Categorias típicas de atos administrativos

157. Categorias comuns e típicas

Entre as categorias *comuns* e outras *típicas* de atos administrativos a doutrina bem as conhece, ou seja, pode determinar com acuidade as distinções *in casu* existentes ¹.

As distinções na prática, valorizada juridicamente como deve ser a atividade administrativa, servem para racionalizar o comportamento público oferecendo à Administração procedimentos capazes de atender à variedade dos interesses que lhe estão afetos.

O problema, no entanto, que é de forma, também é de causa e finalidade. Quanto mais se qualificar um ato na sua determinação menores serão as possibilidades de possíveis vícios. Todos, porém, possuem sua importância na dinâmica da organização.

1. Verificar, na doutrina: Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929; Piero Bodda, *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933; Oreste Ranelletti, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945; Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954; Umberto Fragola, *Gli atti amministrativi*, Torino, 1952; Manuel Maria Diez, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961; Dario Foligno, *L'attività amministrativa*, Milano, 1966; Bartolome A. Fiorini, *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, 1969; Agustín A. Gordillo, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969; J. Cretella Júnior, *Do ato administrativo*, São Paulo, 1973; José Roberto Dromi, *Acto administrativo*, Buenos Aires, 1973; Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973; Régis Fernandes de Oliveira, *Ato administrativo*, São Paulo, 1978; Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978.

Tanto os *comuns* como os *típicos* categorizam atividades menores ou maiores embora tenham as mesmas bases legais e constitucionais. Distinguindo-se porém na motivação pelos efeitos perseguidos, sobretudo pela natureza própria da atividade administrativa.

158. Tipos clássicos de atos administrativos

Quase impossível, porque nada fácil esquematizar uma classificação completa dos atos administrativos por meio da qual se alcance de maneira correta resultados concretos e satisfatórios.

Na doutrina clássica os esforços não conseguiram apagar deficiências. Com o passar do tempo, em face da expansão e projeção da Administração, não se permitiram fixações permanentes em virtude do dinamismo que mobilizou o Estado administrativamente.

Quanto à doutrina tradicional, dava atenção aos condicionamentos jurídicos (atos regrados e discricionários) ao contrário dos atos (reguladores de um direito ou de uma faculdade), ao motivo da formulação (simples e complexos) e aos dependentes de causa (de governo e de gestão), numa classificação que não pode conter novas espécies e novos fenômenos que foram surgindo ².

Todavia, hoje em dia, herdada do passado e mais próxima da realidade, a classificação que ainda permanece, preocupando o pensamento doutrinário, é a que distribui os atos administrativos entre:

- os de império e de gestão;
- os unilaterais e bilaterais;
- os normativos e declaratórios;
- os arbitrários e lesivos;
- decretos-leis e portarias;
- regulamentos e regimentos.

Em qualquer dos *tipos* convém esclarecer que somente pelo *fato* é possível o enquadramento adequado. *A priori* sem um caso concreto apontado grandes são as dificuldades para o hermeneuta, como também para ajuizamento de valor que conduza ao apoio ou reparação das conseqüências jurídicas inevitáveis como resultado da atividade estatal.

159. Atos de império e de gestão

A distinção é bastante antiga merecendo porém especial referência. Os atos de *império* (autoridade) na prática não passam de atos de poder na execução das leis, em oposição aos atos de *gestão* que são atos comuns de administração destinados a prover o funcionamento dos serviços públicos.

2. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Atos administrativos — Os atos administrativos na prática administrativa, in *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, Caps. VII e VIII.

Atualmente a divisão dos atos administrativos em atos de império e de gestão não mais convence pelo simplismo esquemático, tal a gama de situações que extravasam as duas categorias por força de desdobramentos que mostram o Estado agindo como pessoa de direito público e sem entraves que não os legais³.

A concepção ou o conceito de ato de império que levava a exclusão da apreciação judiciária esbarra no princípio da legalidade, tornando suscetível de exame aqueles atos que mesmo de poder possam ferir interesses ou direitos protegidos.

Quanto aos atos de gestão surpreendem como puros atos de administração, atos de função administrativa diversificada pela sua natureza, competência de origem e peculiaridades, isto é, quanto à maneira de serem exercitados. Envolvem, nos diferentes planos hierarquizados, problemas relacionados com a vida administrativa estatal.

160. Atos unilaterais e bilaterais

Os *unilaterais* de inspiração na fonte civil, pressupondo *uma* manifestação de vontade, resultam da indeclinável necessidade do exercício das funções administrativas cometidas a órgãos e pessoas.

Quase todos os atos administrativos, se não quase todos, praticamente, ao se expressarem criam situações jurídicas. De princípio, fazem-se unilaterais. Nos efeitos, ou pelos objetivos, ganham nome na especialidade, ou seja, nome de batismo na categoria que passam a pertencer⁴.

Contudo, pela lógica jurídica denominam-se *atos unilaterais* aqueles que, atendendo conteúdo e fins partem de uma só pessoa, derivam de uma mesma origem de poder exteriorizado voluntariamente. Dispensando, *in casu*, o ingresso de outros fatores na sua formação para realizar-se e produzir efeitos.

A propósito, no entanto, dos *atos bilaterais*, a questão uma vez devidamente equacionada provoca:

- a participação de mais pessoas na determinação do conteúdo do ato;
- conseqüências recíprocas que têm base originária em ato administrativo unilateral;
- nos contratos, de natureza pública, relações e obrigações de caráter comutativo e privadas.

Ressalte-se, todavia, que existem casos de atos de finalidades e conseqüências bilaterais, não obstante sua origem de vontade unilateral (Estatuto dos Funcionários Públicos) e atos para realização de serviços (permissões e autorizações), onde a figura formal do contrato não se materializa.

3. Marcelo Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 105-21.

4. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 277; Régis Fernandes de Oliveira, *op. cit.*, p. 37.

Surgem assim no mundo do direito público atos unilaterais de consequências bilaterais, resultando a bilateralidade das obrigações assumidas e dos direitos conferidos sem que haja expressas condições compulsórias de *causa* nas situações jurídicas relacionais.

161. Função normativa e atos declaratórios

Os atos jurídicos praticados pela Administração possuem diferença essencial dos atos jurídicos na esfera privada porque são originários do poder estatal, regidos por normas de efeitos diversos onde concorrem como fatores condicionantes a intenção normativa e a funções administrativas de fins ou objetivos determinados.

O ato jurídico geral é a extensão da norma reguladora de conduta nas sociedades políticas organizadas. Só pelo ato jurídico geral determinam-se os atos jurídicos criadores normativos. Por isso, não raras vezes, a Administração expede normas para a execução das leis e dos regulamentos⁵.

Esse poder de expedir normas de aplicação faz a *função normativa*, função que abrange medidas gerais e particulares, considerando-se que o dever da Administração vem orientado no sentido de instruir procedimentos, de capacitar agentes e interessados em uma linha de conduta mestra que é da própria lei, objetivando por disposições explícitas conhecimento do conteúdo da norma geral.

O ato normativo, instrumento de poder normativo, embora não se apaguem as controvérsias doutrinárias manifesta-se nas instruções internas, nos regimentos, nas circulares, nos avisos e ordens de serviço, a fim de que fique facilitada a observância das normas dentro da própria atuação executiva e dos agentes executores no desempenho de funções⁶.

Observe-se, no Brasil, o alargamento do poder normativo do Poder Executivo nas áreas que a ação administrativa é constante em questão de ensino, trabalho e segurança nacional, inclusive com a edição de decretos-lei dependentes de aprovação do Congresso. Também o fato de o Presidente da República (Constituição, art. 81, V) “dispor sobre a administração, estruturação, atribuições e funcionamento dos órgãos da administração federal”.

No tocante aos *atos declaratórios* o importante reside na sua peculiar eficácia jurídica, sem dúvida *atos* de considerado valor como instrumentos de validação de situações jurídicas. Importam, na prática, dois aspectos:

5. Marcelo Caetano, op. cit., p. 129, sobre os *declaratórios*; Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1975, p. 145, sobre os *normativos*.

6. “Os atos administrativos *normativos* são aqueles que contêm um comando geral do Executivo, visando a correta aplicação da lei; o objetivo imediato de tais atos é explicitar a norma legal a ser observada pela Administração e pelos administrados; esses atos expressam em minúcia o mandamento abstrato da lei e o fazem com a mesma normatividade da regra legislativa, embora sejam manifestações tipicamente administrativas; a essa categoria pertencem os decretos, regulamentos, regimentos, bem como as resoluções e deliberações de conteúdo geral” (v. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 145).

— quando registram fatos, confirmam circunstâncias, *declaram* exigências legais ou atestam verdades verificadas;

— quando notifica prevendo ação do interesse da Administração ou de serviço, dando conhecimento público da vontade administrativa.

Na primeira hipótese, estão os registros públicos, os vistos de autoridade competente, as certidões e os atestados administrativos. Na segunda, as notificações preparatórias de ação interna ou judicial como nos casos de desapropriação onde o ato declaratório (decreto) manifesta intenção legal e concreta. Em ambas as hipóteses, o *declaratório* é ato não-executório⁷.

Com sentido não-executório outros atos declaratórios, em parte ou no todo, podem aparecer nos acordos, nas decisões, nas resoluções, nas declarações espontâneas ou requeridas, constituindo tais atos uma faculdade e como faculdade fundada num direito objetivo, pressupondo fatos a revelar, interesses que pedem preparação cautelar. Conforme finalidade os atos declaratórios surgem unipessoais ou múltiplos, dirigidos a uma pessoa ou grupo de pessoas.

162. Atos arbitrários e lesivos

Em tese, num amplo entendimento, os atos arbitrários são condutores de lesividade. Se o ato é discricionário, mas carecedor de norma jurídica preventiva, a vontade torna-se arbitrária. A ausência da norma no arbítrio leva ao abuso de poder. Quanto à qualidade do ato, não afeta qualquer faculdade administrativa. Afeta, no entanto, o exercício indevido que dela se faz⁸.

Na hierarquia, todo ato arbitrário ou considerado lesivo pode pela própria Administração ser revisto, suspenso ou revogado, já que divergindo da norma repercute na ordem jurídica trazendo conseqüências previsíveis: as *civis* no tocante a responsabilidade, as *penais*, pelo descumprimento de obrigações, por malícia, negligência ou ignorância⁹.

Assemelham-se os atos arbitrários aos atos irregulares. Quando aparecem, vêm afetados de nulidade absoluta. Cabendo à Administração decretar ou declarar a extinção ou a substituição daqueles, quando possam gerar obrigações ou infringir a legalidade. Com a extinção, a substituição ou a revogação, suprimem-se os efeitos jurídicos do ato ou o ato deixa de existir.

Torna-se lesivo o ato arbitrário na relação dos interesses afetados. Há um ponto a destacar no Direito Administrativo moderno: o que repele

7. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 259; Marcelo Caetano, op. cit., p. 130; Themistocles Brandão Cavalcanti, op. cit., p. 162; Julio A. Prat, *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, v. 2, t. 3, p. 61.

8. Bartolome A. Fiorini, *La arbitrariedad y el acto administrativo*, in *Manual*, t. 1, p. 375.

9. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 217-20; Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 375-7.

os atos arbitrários e lesivos por ferirem interesses jurídicos administrativos e os direitos subjetivos públicos dos administrados.

163. Decretos-lei, decretos e portarias

Os decretos-lei por seu nome e expressão constituem ato administrativo complexo de política administrativa. Trazem manifestações, ao mesmo tempo, executiva e legislativa. Exteriorizados em forma de ato administrativo qualificam-se pela tônica de sentido constitucional. Exceção ao princípio da divisão de poderes, surgem nos ordenamentos jurídicos amparados pela pronta ação executiva¹⁰.

Os decretos-lei interessam ao Direito Administrativo pelos seus dois significados jurídicos, um no qual por meio de ato legisla-se por delegação, outro porque o ato exercitado enquadra-se na ordem jurídica por meio de pura manifestação instrumental administrativa. O mesmo acontecendo com os decretos legislativos nos corpos legislativos.

Nos *decretos* o elemento dominante é o formal executivo. Instrumento administrativo de uso generalizado, por meio dele aprovam-se regulamentos, nomeiam-se e demitem-se pessoas, referendam-se atos de administração, expedem-se autorizações, tornam-se públicas todas e quaisquer manifestações de governo¹¹.

Na realidade dos efeitos, os decretos são normativos e gerais, específicos ou individuais. Atos administrativos, os decretos vêm sempre dependentes de lei, tanto quando normativos (os gerais) ou quando autônomos (regulamentares). No primeiro caso provendo situações amplas e no segundo situações restritas.

Os decretos, fórmulas escritas, constituem instrumentos de conhecimento da vontade administrativa, por meio dos quais a Administração formaliza publicamente sua intenção de fazer e realizar. Colocando em vigor decisões que lhe competem adotar ou sancionar situações no plano geral e particular da organização estatal.

As *portarias*, também instrumentos executivos formais, assemelhadas aos decretos, classificam-se entre os atos administrativos pelo aspecto decisorio ou de decisão. Exteriorizam internamente a vontade pública, expõem-se na Administração indireta para organização e controle do pessoal,

10. "Como a lei é a manifestação de vontade do Estado-poder, através dos órgãos legislativos, em que se prescrevem regras coercivas gerais, abstratas e impessoais que inovam originariamente a ordem jurídica, para a efetivação dos textos constitucionais, e sob forma articulada, o Decreto-lei é a manifestação da vontade do Estado-poder por órgãos executivos, em lugar dos legislativos, na prescrição de iguais regras para os mesmos efeitos e com forma idêntica" (v. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, v. 1, p. 77).

11. "Decreto é o instrumento pelo qual se manifesta, em geral, a vontade do Estado-poder, isto é, do Poder Executivo. Consiste em forma pela qual se emanam atos normativos e concretos do Poder Executivo, do Monarca ou Presidente, enfim, de quem enfeixa os poderes governamentais" (v. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *op. cit.*, v. 1, p. 483).

aparecendo nos órgãos autônomos internos como atributos de competência e função ¹².

Admitem as portarias dois aspectos distintos nos seus efeitos, um de caráter interno regulando o funcionamento de serviços, outro de caráter externo formalizando relações funcionárias. Em certas áreas, as portarias substituem os decretos, identificando-se formalmente com os decretos, embora o raio de ação esteja condicionado, ou seja, limitado à natureza jurídica do órgão ou do serviço.

164. Regulamentos e regimentos

Os regulamentos nascem de um poder, o *poder* vigilante de regulamentar. Elaborada a lei, expedem-se normas para sua execução. Encerram, no seu conteúdo, via de regra, preceitos obrigatórios a serem observados na prática administrativa. Determinam, desde sua expedição, meios e providências a fim de que as leis tenham mais fácil entendimento na aplicabilidade ¹³.

Devem, portanto, como atos de pura execução e não de legislação, objetivar:

— medidas que regulem a própria ação executiva de órgãos e agentes no desempenho de sua função;

— o ordenamento do que a lei impõe e não proíbe, suprimindo lacunas legais sem inovações exorbitantes;

— a expedição de normas detalhadas de funcionamento dos serviços sem nada restringir ou modificar.

Por essas razões dominantes os regulamentos não podem exceder a vontade da lei. O poder regulamentar não pode ser exercitado contra a lei. Como atos administrativos os regulamentos são postos em vigência por decretos. Embora não possam modificar a lei, a função dos regulamentos é explicar a lei sem repeti-la, provendo-a de conhecimentos que facilitem a execução ¹⁴.

Nos *regimentos* fica mais limitada a área de ação reguladora. Compreendem matéria que deve prover determinados serviços, órgãos e enti-

12. "Portaria é o instrumento pelo qual Ministros ou Secretários de Governo fazem nomeações para cargos de secundária importância, ou concedem licença aos funcionários, ou aplicam penas disciplinares; e, ainda, usada para baixar instruções sobre o andamento dos serviços ou para transmitir determinações aos cidadãos em geral ou aos particulares diretamente interessados, conforme o assunto em foco, dando-lhes conhecimento do procedimento a seguir em casos especializados, nos termos da lei" (v. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, op. cit., v. 1, p. 484).

13. Recaredo F. de Velasco, *Reglamento y ley*, in op. cit., p. 104.

14. "Um dos poderes mais importantes do Executivo é o exercício do poder regulamentar, isto é, não só de expedir normas para a execução das leis, mas também de fixar normas, por autoridade própria para a organização de serviços públicos, de órgãos administrativos, sua estrutura, seu funcionamento" (v. Themistocles Brandão Cavalcanti, op. cit., p. 145).

dades autônomas. Na nossa nomenclatura administrativa é indispensável distinguir estatutos e regimentos, pois os segundos dão continuidade aos primeiros no tocante à funcionalidade na distribuição de funções e atribuições. Nos primeiros (estatutos), prevalece o problema da organização. Nos segundos (regimentos), o problema da atividade repartida ¹⁵.

Os regimentos na extensão do que procuram são atos administrativos de limitada atuação interna, destinados a ordenar o funcionamento de colegiados e de organismos autônomos, a disciplinar planos de trabalho afetos a regime administrativo peculiar informado por lei nos aspectos dinâmicos e de procedimento consentido.

165. Extensão dos atos administrativos

O ato administrativo não significa, para o Direito Administrativo moderno, apenas um ato jurídico determinado, mas sim todos os atos jurídicos do poder que administra. A juridicidade da ação administrativa que se projeta em amplas manifestações internas ou externas juridicionaliza-se na organização estatal estendendo-se aos outros poderes, o Legislativo e o Judiciário.

Com o Executivo, os dois outros poderes exercitam também atos jurídicos, coordenadores de agentes e órgãos, disciplinadores de atividades e funções, participando de contratos e tarefas administrativas pertinentes. Quanto aos atos administrativos, na específica determinação de peculiar atuação, constituem atos na extensão de idêntica qualificação jurídica ¹⁶.

A denominação, portanto, de ato administrativo é sempre genérica e conceitual. Embora haja distinções de finalidade a destacar, o ato administrativo não se faz exclusivo do Poder Executivo. Onde quer que existam *atos* concorrem como elementos condicionantes dos *atos*, e isso no sentido da produção de efeitos jurídicos.

De qualquer maneira, na extensão, os atos, cujos efeitos aparecem exteriores, genericamente fazem atos administrativos. Os que se dirigem à organização interna são genericamente atos de administração. Na evidência, pela sua origem, os atos administrativos, embora não dispensem classificações, jamais deixam de ser produto de função específica atribuída a todo poder que administra.

A separação de poderes sujeita à organização política estatal não prejudica *interna corporis* a prática de atos administrativos ou a distribuição de funções que exigem regime jurídico de atuação administrativa. Cada poder tem de aceitar e respeitar os atos de outros poderes, *atos* conse-

15. "Compreende matéria mais restrita do que o regulamento, porque em regra a ela está subordinado; o regimento provê a organização de determinada repartição ou serviço e ao regime jurídico de certos funcionários" (v. Themistocles Brandão Cavalcanti, op. cit., p. 15).

16. Aqui importam as largas funções estatais, as regras de direito e as situações jurídicas, os atos jurídicos e materiais, tudo com base na teoria geral do direito (v. Roger Bonnard, Précis de droit administratif, Paris, 1935, p. 29-52).

qüentes de razões objetivas e materiais, de funções características e diferenciadas. A separação que é finalística não se funda em critérios abstratos e sim de organização geral.

166. O ato administrativo perfeito

Sem dúvida, continua em crise a idéia do ato administrativo perfeito. A investigação dos elementos que o constituem vem sofrendo percalços práticos em conflito com os problemas de juridicidade e de legalidade, não obstante critérios doutrinários procurem ajustar princípios capazes de adequar o exigível à validade intrínseca ¹⁷.

Na presunção de legitimidade que não exclui a possibilidade do ato ser perfeito reside a indecisão doutrinária, pois até hoje só a doutrina destacou o ato perfeito estudando os elementos que por meio de uma unidade analítica vão do conhecimento dos elementos até condições que traduzem efeitos permitidos.

Dizer que o ato administrativo passa a perfeito quando se presume válido é posição totalmente ilógica diante da imperfeição que surpreende pela falta de um que seja dos elementos integradores. Esta concepção simplista da presunção conflita-se com a natureza do ato legal, ato que por ser *legal* deve vir na sua existência bem formado e *formado* num processo de formação que significa procedimento regular ¹⁸.

O mais importante para que o ato apareça perfeito são os elementos componentes na estrutura formal dos atos administrativos. A simples presunção não traz juridicidade e nem legalidade, porque juridicidade é essência e a legitimidade envolvendo a legalidade dá ao ato efetiva e adequada forma legal.

Como bem verificamos, regem o processo de formação dos atos administrativos os elementos de causa, competência, objeto, forma e finalidade. Componentes que somados produzem o ato perfeito, considerada a existência de uma estrutura lógica de valor jurídico e essencial à eficácia para o exato cumprimento dos fins públicos.

17. Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 313.

18. "Pretende-se que o ato administrativo é perfeito quando é válido e exigível, embora provenha do princípio presuntivo de legitimidade e do cumprimento de requisitos de presunção válida" (v. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 313-6).

SUMÁRIO:

- 167. Atos gerais.
- 168. Atos normativos e ordinatórios.
- 169. Atos preparatórios e de expediente.
- 170. Atos de autorização e concessão.
- 171. Atos administrativos jurisdicionais.
- 172. Ato-condição.
- 173. Atos decisórios.
- 174. Ato administrativo judiciário.
- 175. Ato legislativo administrativo.
- 176. Ato administrativo diplomático.
- 177. Atos coletivos.
- 178. Ato-contrato.
- 179. Ato de polícia.
- 180. O ato tributário.

CAPÍTULO XVI

Categorias especiais de atos administrativos

167. Atos gerais

Os atos *gerais* definem-se como aqueles atos “sem destinatários determinados, com finalidade normativa ou ordinatória, alcançando todos os sujeitos que se encontrem na mesma situação de fato abrangida por seus preceitos”¹.

Correspondem os atos gerais a atos criadores de obrigações, de direitos e de situações pessoais, impondo duas espécies de ordens, uma positiva (*facere*) e outra negativa (*non facere*), submetendo, no entanto, Administração e administrado².

Obviamente, atos como tais categorizam-se como *gerais* porque são atos assemelhados à lei e revogáveis a qualquer tempo, embora atacáveis por inconstitucionalidade quando transformados em decisões concretas.

Como exemplo na categoria aparecem as ordens de serviço, os regulamentos, as circulares ordenativas, os pareceres normativos, porque uma declaração particular (individual) não pode contrariar uma determinação geral (pública), criando situações conflitantes com os interesses coletivos ou comuns.

A questão na origem ou na organização tem fundamento constitucional porque “a Constituição é a fonte única e suprema de todos os poderes”³,

1. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1975, p. 129; Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 279-80.

2. Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, p. 86.

3. Maurice Capart, *Droit administratif élémentaire*, Bruxelles, 1950, p. 9.

impondo-se porém os atos gerais como declarações de senso comum abrangente de situações jamais infringentes da ordem jurídica.

168. **Atos normativos e ordinatórios**

Constituem os atos normativos manifestações gerais de comando administrativo e de orientação na aplicação da lei, *atos* que visam esclarecer a norma na aplicabilidade, ou seja, de como a Administração deve corresponder aos interesses públicos.

Obrigam também os administrados quando explicitam o mandamento legal já que estabelecem regras de conduta administrativa, *regras* de objetividade finalística, justificando-se como uma extensão da lei e em virtude dela sujeitos ao controle interno ou externo.

Embora possam aparecer como decretos, regulamentos, regimentos, resoluções ou deliberações, não podem contrariar a lei nem seu espírito, porque à semelhança dos atos ordinatórios trazem o condão de harmonizar a atuação administrativa com a ordem jurídica.

Conquanto os *ordinatórios* atendam ao funcionamento dos serviços orientando os agentes no desempenho das funções, os *normativos* alcançam nos limites da competência o que a lei quer fazer valer, o que a norma ditou no tocante a direitos e obrigações.

O ato normativo não o é apenas pelo conteúdo e finalidade, mas também pela forma que o reveste. Quando expedidos conforme normas superiores criam adequadas relações jurídicas ou situações passíveis de apreciação na esfera recursal pertinente.

A diferença dos ordinatórios é que estes apenas compreendem obrigações e deveres na hierarquia, ao passo que os normativos na projeção dos efeitos “têm a mesma normatividade da lei e a ela se equiparam para fins de controle judicial”⁴, sobretudo quando interpretam a vontade do legislador.

169. **Atos preparatórios e de expediente**

De igual maneira que os demais atos administrativos, os preparatórios e os de expediente constituindo declaração de vontade dependem da motivação, de um objeto e de uma finalidade, porque assim não sendo a vontade “não pode produzir efeitos”⁵.

Caracterizam-se os atos preparatórios:

— por um processo interno de formação da vontade que antecede a qualquer manifestação prática;

4. Federico Cammeo, *La volontà e le norme dispositive*, *Norme e norme dispositive*, in *Cordo di diritto amministrativo*, Padova, 1960, p. 212-9.

5. Manuel Leguizamo Barrena, *Los elementos de fondo del acto administrativo*, Bogotá, 1944, p. 55; Marcelo Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 143-5.

— pelo estudo de fatores conjugados que venham a influir na decisão por meio de processos de conhecimento.

Justificam-se os atos de expediente:

- como ordenanças internas de orientação administrativa;
- como meios de procedimentos reguladores da atividade administrativa;
- pela necessidade de dar conhecimento das diretrizes adotadas nos serviços públicos.

Conforme a natureza peculiar aos atos preparatórios e de expediente, sua emissão faz determinação unilateral, partem de competência privativa na organização, decorrem do princípio da obediência integrado ao princípio de hierarquia.

Os preparatórios visam, a exemplo, nas desapropriações ou nas licitações, a *preparar* planos à efetivação da vontade, juntando requisitos e aferindo condições a fim de que a decisão formalizada em ato posterior e de outra categoria possa validar-se nos efeitos esperados ⁶.

Os de expediente procuram fazer critérios de gestão administrativa, afirmar conduta que reflita nas operações determinada orientação, marcando nos procedimentos preliminares regras dispositivas cuja motivação deve assentar na regularidade dos serviços administrativos ⁷.

Ambos os atos não criam direitos e sim meras obrigações, submetem internamente pela obediência na escala hierárquica órgãos e agentes, dão conhecimento ao administrado no seu interesse dos trâmites regulares de gestão nos negócios públicos.

170. Atos de autorização e concessão

Considerando que o fato *autorizar*, fazendo-se atributo de interesses ou direitos, coloca a Administração em face do administrado, o *ato de autorização* como decisão unilateral constitui instrumento jurídico de adequado comportamento administrativo.

Compreendendo o ato de autorização como aquele “ato administrativo que habilita uma pessoa física ou jurídica, pública ou privada a exercer

6. “Esta classe de atos se inclui em forma genérica na qualificação de atos preparatórios e seu valor como elemento jurídico está em função do denominado ato definitivo; os atos definitivos aparecem precedidos de uma seqüela de atos prévios, embora a definitividade relacione-se com a causa na promoção do processo de criação” (v. Bartolome A. Fiorini, op. cit., v. 1, p. 286).

7. “Atos administrativos de expediente são todos aqueles que se destinam a dar andamento aos processos e papéis que tramitam pelas repartições públicas, preparando-os para a decisão de mérito a ser proferida por autoridade competente; são atos da rotina interna, sem caráter vinculante e sem forma especial, geralmente praticados por servidores subalternos, sem competência decisória” (v. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 133).

um poder jurídico ou um direito preexistente”⁸, posiciona-se no Direito Administrativo até certo ponto pela discricionariedade⁹.

Até certo ponto porque “o autorizado, uma vez editado o ato, fica habilitado para realizar algo, um fato ou exercer um direito, não ficando porém obrigado a fazê-lo na sua liberdade de decidir, já que a autorização não supõe o exercício do autorizado”¹⁰.

Na espécie, o ato de autorização pretende na formalização:

- efeitos jurídicos *ex nunc* ou a partir da data da sua emissão;
- validade que resulta do poder de quem normalmente pode autorizar.

Ato declaratório que passa a constitutivo assegura as relações por meio dele criadas, subjetivas e objetivas, valendo as condições prescritas em cada caso concreto e as circunstâncias de tempo jurídico determinado¹¹.

Pelo *ato de concessão*, ao contrário do ato de autorização, as posições diferem porque na primeira alguma coisa se transfere com força de poder executório, conquanto na segunda apenas se dá algo em oferta para ser aproveitado condicionalmente.

Prevalecem nos atos de concessão:

- transferência de direitos que se projetam em outras áreas patrimoniais;
- exercício de poder próprio antes pertencente à Administração;
- reconhecimento de obrigações de serviço no momento formalmente assumidas.

Translativa, na melhor expressão doutrinária, nas concessões “o direito outorgado ao concessionário implica uma transferência do exercício de funções que pertenciam anteriormente à Administração”¹². De *funções* e não apenas de poderes como sucede nas hipóteses de serviços públicos.

Por isso, nas hipóteses flagrantes, do ato de concessão ficam estabelecidos direitos e obrigações recíprocas, tanto para o concessionário que

8. Enrique Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. 1, p. 214-5.

9. Guido Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1954, t. 1, p. 241.

10. Julio A. Prat, *Los actos y los contratos administrativos*, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 3, v. 2, p. 40.

11. Pode acontecer que hajam atos de autorização não fixando prazo nem tempo de duração. Não é prudente, entretanto, que a Administração assim proceda. Na hipótese, o silêncio administrativo pode resultar em conflitos. Qualquer ato de autorização, sobretudo envolvendo direitos, merece cautelas de juízo, isto é, ser editado dentro de aconselháveis limitações, já porque pode ser revisto ou reestudado diante de imprevistas alterações fáticas.

12. Idêntica opinião tem Julio A. Prat com apoio em Guido Zanobini, Cino Vitta e Renato Alessi (op. cit., t. 3, v. 2, p. 45).

recebe, como para o poder concedente, num equilíbrio entre partes que se igualam no propósito da prestação de serviços ¹³.

Todavia, do ato de concessão surgem conseqüências bilaterais ou recíprocas, não obstante sua origem unilateral ¹⁴. Conseqüências cuja natureza é de direito público, não sendo entretanto de esquecer os modos de gestão e os regimes jurídicos adotados.

171. Atos administrativos jurisdicionais

Já hoje em dia não se deve confundir os atos jurisdicionais na esfera judiciária com os atos de jurisdição administrativa, estes últimos de origem na organização estatal e exercitados no regime de competência por intermédio de poderes, órgãos e agentes.

Problema de função, a decisão jurisdicional administrativa, laborando atos, separa a Administração da Justiça ¹⁵. Muito embora os atos de jurisdição a nível administrativo apareçam nos poderes, organismos, órgãos colegiados e entidades autônomas.

Pela própria lógica jurídica melhor seria na esfera judiciária discutir o ato judicial, “expressão que alude ao órgão especialmente encarregado da função de julgar” ¹⁶. Deixando pois na sua categoria administrativa os jurisdicionais decorrentes da organização estatal.

Efetivamente nas jurisdições administrativas, pelos instrumentos que lhe são peculiares a Administração também trabalha e decide mediante atos administrativos, provendo inclusive recursos contenciosos que levam ou não à revisão de decisões anteriormente prolatadas.

Ato administrativo jurisdicional, ou simplesmente de jurisdição, compreendem na organização estatal:

— os que objetivam na Administração ativa restabelecer a legalidade conforme os regimes jurídicos adotados;

— os que partem de organismos jurisdicionalizados emitindo resoluções ou deliberações *interna corporis*.

Há que precisar, portanto, para a clareza das colocações doutrinárias, o que seja *jurisdicional* e o que é *judicial*, porque “jurisdição é atividade de dizer o direito, e tanto diz o direito o Poder Judiciário, como o Executivo e até mesmo o Legislativo, quando interpretam e aplicam a lei” ¹⁷.

13. Na doutrina: Juan P. Ramos, *Ensayo jurídico y social sobre la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, 1937; Mario Masagão, *Natureza jurídica das concessões de serviço público*, São Paulo, 1933; Ange Blondeau, *La concession de service public*, Paris, 1933; Rafael Bielsa, *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, 1937.

14. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 128.

15. Michel Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 71.

16. Recaredo F. de Velasco, *op. cit.*, p. 145.

17. “Todos os Poderes e órgãos exercem *jurisdição*, mas somente o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição *judicial*, isto é, de dizer o direito com força de coisa julgada” (v. Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 708, nota 40).

Bem analisando, as potestades na organização estatal, quando recomendam o exercício do poder regulamentar, dando origem a regulamentos e regimentos, estão justificando a existência de atos jurisdicionais característicos pelos matizes, normas e regras de conduta.

172. Ato-condição

O ato-condição, pela singular natureza imperativa, “consiste em atribuir a determinada pessoa certa situação jurídica geral já instituída”, ou seja, “investir determinados indivíduos em situação jurídica geral preestabelecida”¹⁸.

Antepondo-se a outro ato para permitir a sua realização, o “ato-condição é todo aquele que se destina a remover um obstáculo à prática de certas atividades públicas, para as quais se exige a satisfação prévia de determinados requisitos”¹⁹.

Como o próprio enunciado diz, o ato-condição é um instrumento indispensável ao alcance de certos objetivos públicos para que a Administração atinja uma finalidade prevista, porque tal não sucedendo por falta do *ato-meio* nulifica-se o *ato-final* de consumação da vontade.

O ato-condição nos efeitos cria situações jurídicas já que resulta necessariamente do texto legal, de disposições marcadas por regra geral e abstrata, de “fatos condições ou instrumentais” decorrentes de normas estatutárias, legais ou regulamentares²⁰.

É problema de objeto e de finalidade, de “distinta condição de operatividade”²¹. O ato-condição marca sua existência na unidade do objeto, embora possa satisfazer no acordo de vontades interesses diferentes ou associados na perseguição de uma situação concreta²².

Ato-condição ou ato-união fazem manifestações de vontade que envolvem fatos e pessoas²³, tendo em conta que toda atividade desenvolvida

18. Tito Prates da Fonseca, *Lições de direito administrativo*, São Paulo, 1943, p. 314.

19. “Assim, o concurso é ato-condição da nomeação efetiva; a concorrência é ato-condição dos contratos administrativos” (v. Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 81-264).

20. “A nomeação de um funcionário faz com que se atribua a ele uma situação estatutária; a nomeação apenas investe o nomeado nela, em virtude da qual passa a ter os poderes e deveres constantes da lei e preexistentes à sua nomeação; por isso, constitui ato-condição” (v. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, p. 382).

21. Aldo M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1954, p. 263.

22. Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris, 1935, p. 39.

23. Expressão adotada pelos franceses, identificando na finalidade o ato-condição e o ato-união, desde os altos estudos de Leon Duguit, seguido de Roger Bonnard e Marcel Waline.

pela Administração sustenta-se em normas jurídicas²⁴, de fonte constitucional, legislativa ou administrativa.

173. **Atos decisórios**

Os atos decisórios ou, então, as decisões executórias estão na tradição positiva do Direito Administrativo. Exteriorizam-se comumente e no geral por meio da competência no exercício da função dando solução de juízo nos papéis e processos submetidos à apreciação²⁵.

Compreendem aqueles atos de gestão interna, isto é, aqueles “atos jurídicos unilaterais de autoridade qualificados na ação, suscetíveis por eles mesmos de produzir efeitos de direito”, a partir do momento da decisão²⁶.

Nos regimes jurídico-administrativos, a potestade interna decisória traz o caráter de sentença nas decisões finalizantes, levando ao *jus coercionis* na execução, de maneira a submeter o administrado à vontade da Administração em face dos interesses postulados.

Já que as decisões administrativas ainda contêm “em sua própria definição o elemento executório que caracteriza o ato administrativo em seu sentido mais perfeito”, claro fica que na dúvida a matéria pode ser remetida às instâncias recursais²⁷.

Nos expedientes ou processos administrativos, os atos decisórios ganhando projeção de autonomia ajustar-se-ão ao disposto no ordenamento jurídico e as decisões devem vir motivadas com referência a fatos e ao fundamento de direito²⁸.

Na verdade, um ato decisório corresponde a uma decisão executória, podendo com isso a Administração modificar unilateralmente as situações jurídicas, como em face da norma ditar outras diretivas administrativas, negando ou concedendo.

174. **Ato administrativo judiciário**

Precisamente pela existência tripartida de poderes, não se desconhece que além do Executivo, o Judiciário e o Legislativo exercem pura atividade

24. “São atos-condição: o casamento; o reconhecimento de filho natural; o decreto de naturalização; a interdição judicial do louco; a nomeação de funcionário público” (v. Tito Prates da Fonseca, op. cit., p. 315), afora outras situações que possam condicionar atos definitivos ou gerar acordos e pactos consensuais.

25. Alcides Cruz, *Direito administrativo brasileiro*, Rio de Janeiro, 1915, p. 66; Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 136-7.

26. Marcel Waline, *La décision exécutoire*, in op. cit., p. 421-3.

27. “Devem as decisões administrativas ser motivadas e fundadas em lei e para sua eficácia e execução publicadas ou notificadas aos interessados” (v. Themistocles Brandão Cavalcanti, op. cit., p. 137).

28. Gustavo Bacacorzo, Normas generales, in *Reglamento de procedimientos administrativos*, Lima, 1974, p. 63-5.

administrativa, praticando nas esferas constitucionais de competência atos administrativos pertinentes.

Dentro do amplo círculo geral em que se coloca a Administração pública estatal, destacam-se os poderes aos quais ficam afetas funções administrativas internas no tocante à organização e aos serviços que lhes são próprios pela natureza da atuação.

Não se trata aqui de examinar atos de controle judiciário ou judicial, mas de precisar atos administrativos editados no âmbito do Judiciário conforme os mesmos critérios legais e técnicos recomendados pelo ordenamento jurídico positivo²⁹.

Com a mesma tônica de substância jurídica dos atos administrativos comuns ou gerais, o Judiciário quando toma da função administrativa edita por consequência atos passíveis de revisão ou tutela quando não conformes com a lei e o princípio da legalidade.

175. Ato legislativo administrativo

O mesmo acontece na esfera do Poder Legislativo, onde os atos internos exercitados de administração decorrem da teoria geral dos atos jurídicos, da contextura do direito escrito, ganhando destaque o processo legislativo, os decretos legislativos e as resoluções das Mesas.

Sem dúvida, na organização político-constitucional, a questão é exclusiva de poderes, a fim de que se distingam os atos legislativos dos executivos, aqueles atos específicos que servem para dar movimento às estruturas internas e vida às funções na execução peculiar dos serviços necessários.

Se a função maior de poder legislativo tem projeções externas, internamente permanecem funções divididas de competência repartida, atribuições de valor jurídico carreando operatividade para a prática de atos de juridicidade e na legalidade³⁰.

Ademais, os atos administrativos promanando da aplicação das leis em face da organização político-constitucional, não torna possível a invasão de atribuições de um poder pelo outro, violentando o equilíbrio do Estado como unidade de energia substancial.

29. Portarias, atos de autorização, ordens de serviço, atos punitivos, avisos, atos bilaterais, decisões executórias, fazem algumas das formas por que na sua competência constitucional expressa-se o Poder Judiciário. Consultar: Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 271.

30. É preciso diferenciar, no Poder Legislativo em atividade, os meios internos de ação administrativa e os meios procedimentais de elaboração das leis. Igual ao Judiciário, no Legislativo, os atos administrativos têm os mesmos condicionamentos, as decisões idêntica força executória, as manifestações de vontade legitimidade diante do fato, da norma ou da lei. Tudo porque, "a norma jurídica, como preceito geral, imperativo e obrigatório, constitui a máxima garantia de liberdade, por assim dizer, do Estado de direito" (v. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 103).

176. **Ato administrativo diplomático**

Surpreendem os atos administrativos diplomáticos sobretudo pela natureza dos efeitos quando visam a aplicação da lei na assinatura e execução dos tratados ou na expedição de instruções que dão orientação aos serviços nas missões do exterior ³¹.

Os atos diplomáticos além do cumprimento dos tratados e da expedição de instruções, objetivam a representação externa do Estado em negócios econômicos ou contenciosos internacionais, nos quais os procedimentos estimam competência e poder legal de ação ³².

Unilaterais, bilaterais ou multilaterais, as manifestações de governo nas relações exteriores embora legais não são livres de apreciação, porque é da competência exclusiva do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República” ³³.

Colocados entre os atos políticos ou de governo, os atos administrativos diplomáticos, em razão de relações e obrigações assumidas, projetam-se no mundo do direito com os mesmos elementos que dão eficácia aos atos jurídicos perfeitos.

177. **Atos coletivos**

Os atos coletivos, na permitida atividade administrativa, resultam da influência de várias vontades para o encontro de uma mesma finalidade. Caracterizam-se pela unidade do objeto ou do negócio jurídico a realizar ³⁴.

Na espécie, e dentro da categoria quando concretizados, à semelhança dos atos complexos, “os atos coletivos são aqueles de que participam diversas autoridades”, seja nas decisões de órgãos colegiados ou quando surgentes de necessidade da participação de várias vontades a contribuir para a formação da unidade decisória ³⁵.

Como os atos complexos criados por meio de dois ou mais agentes, os atos coletivos, embora dependam de outros atos que permanecem autônomos, expressam única determinação e uma só finalidade, valendo como exemplo os de formação de empresas públicas ou de participação nos consórcios negociais ³⁶.

Nos atos administrativos coletivos integram-se atos administrativos autônomos que chegam para dar existência jurídica a atos administrativos plu-

31. Michel Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 30-1.

32. Marcel Waline, *op. cit.*, p. 106-50.

33. No Brasil, Constituição de 1969, art. 44, inc. I.

34. Roger Bonnard, *op. cit.*, p. 39.

35. Themistocles Brandão Cavalcanti, *op. cit.*, p. 112.

36. Bartolome A. Fiorini, *op. cit.*, v. 1, p. 285.

ripossoais, a fim de que mediante uma soma de vontades haja unidade na finalidade pretendida.

178. Ato-contrato

É aquele ato, o ato-contrato, uma manifestação de vontade administrativa que provoca reciprocidade de obrigações, qualificando-se na formação e finalidade pela bilateralidade e consensualidade ³⁷.

Do ato administrativo, na sua concreta exteriorização, partem não poucas vezes:

- conseqüências bilaterais ou recíprocas;
- decisões de origem unilateral complementadas bilateralmente.

Coloca-se a questão da doutrina e, aliás, também na prática administrativa conforme a posição assumida pela Administração e quanto aos meios que a mesma adota para atingir finalidades públicas ou de interesse público.

Explicitando: “para cumprimento dos seus fins administrativos, o Estado, por intermédio da Administração, atua ou pode atuar de duas formas distintas, exerce por si mesmo a atividade respectiva ou utiliza o administrado para com ele colaborar” ³⁸.

Ato bilateral ou plurilateral, exigindo na formalização o concurso de várias vontades, o ato-contrato como categoria específica não se afasta da noção clássica de contrato *stricto sensu* mesmo considerando que uma parte oferece e outras aceitam ³⁹.

As hipóteses de colaboração particular, por imposição legal ou adesão, capitulam exatas situações concretas, quer advindas de normas gerais, quer produto do livre entendimento já que a consensualidade faz o fator dominante no pacto administrativo ⁴⁰.

Tudo porém na relação futura parte de um ato isolado de vontade administrativa, de obrigações que se oferecem e de direitos que se apontam,

37. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo y los actos bilaterales*, in op. cit., 128-37.

38. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1978, t. 3/A, p. 20.

39. Marcel Waline, *Acte plurilateral*, in op. cit., p. 558.

40. Na literatura, entre clássicos: Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927; Bernard Geny, *La collaboration des particuliers avec l'administration*, Paris, 1930; Sabino Alvarez Gendín, *Los contratos públicos*, Madrid, 1934; Jacobo Wainer, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, 1939; Tavares de Lyra Filho, *Contratos administrativos*, Rio de Janeiro, 1941; João de Mello Machado, *Teoria jurídica dos contratos administrativos*, Coimbra, 1942; Miguel Angel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952; Cesare Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1954; André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Paris, 1956.

embora as espécies quando nominadas tragam na essência o valor do objeto em razão da finalidade ⁴¹.

No entanto, do ato-contrato com respaldo na competência, em faculdades conferidas e na lei, o que varia diante do objeto é a natureza da contratação como em outras hipóteses jurídicas correntes de pactos ou acordos consensuais ⁴².

A importância na relação jurídica está em que a atividade contratual da Administração não se limita às áreas públicas, estendendo-se o ato-contrato à celebração de contratações de direito comum ou de negócios civis e comerciais.

Ato administrativo por excelência, o ato-contrato inclui-se entre as figuras mais usadas de atuação administrativa, envolvendo a ação de poder permitido do Estado e o particular administrado nos seus propósitos de colaboração ou prestação de serviços.

179. Ato de polícia

No Estado politicamente organizado, o ato de polícia como puro ato administrativo provém do poder de polícia, um *poder dirigido* a fim de manter a permanente tutela dos interesses públicos.

Poder dirigido, na defesa de pessoas, coisas e fatos, na sua expressão íntima corresponde a uma força jurídica colocada à disposição da Administração “para limitar coercivamente o exercício da atividade individual em prol do benefício coletivo, assecuratório da estabilidade social” ⁴³.

Não só isso porém, porque na tradição o chamado *poder de polícia* alcança na base das limitações constitucionais regras de conduta e comportamento administrativo, sem esquecer interna ou externamente a normalidade e a continuidade dos serviços públicos.

No âmbito da Administração o ato administrativo de polícia “tem a mesma validade do ato administrativo comum”, ou seja, há de vir atendendo a causa, a competência, o objeto, a finalidade e a forma, sobretudo “a legalidade dos meios empregados” ⁴⁴.

Na ordem interna, em razão da organização administrativa realiza o ato de polícia controle e tutela, fiscalização e inspeção funcional. É função disciplinadora de prevenção ou repressão, de ação de policiamento na efetivação dos serviços públicos.

41. Miguel S. Marienhoff, por razão do objeto, destaca: a concessão de serviços públicos, a construção de obras públicas, a concessão de obras públicas, a concessão de uso de bens do domínio público, a relação de função ou emprego público e o contrato de *suministro* (op. cit., t. 3/A, p. 94).

42. Basta mencionar: os empréstimos públicos, a compra e venda, a locação de serviços, fianças ou depósitos, loterias ou jogos, fazendo ocorrências administrativas vinculadas ao Poder Público.

43. Tito Prates da Fonseca, op. cit., p. 383.

44. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 111.

No tocante aos serviços públicos, o ato administrativo de polícia de controle ou tutela condiciona o exercício dos direitos privados, garante o exercício dos mesmos direitos impedindo manifestações estranhas contrárias à normalidade ⁴⁵.

Não obstante possa ser repressivo o ato administrativo de polícia é ato de controle e fiscalização, corresponde pelo seu caráter comum e especial a encargos que decorrem, na organização da lei, de normas genéricas ou específicas para que tenham eficácia.

Especiais, no entanto, desde sua edição o ato de polícia para ser válido nos efeitos, não falando tão-somente de competência, há de ter como afirmamos uma causa, um objeto, uma finalidade e uma forma, a fim de que seja lícito e possível na juridicidade e na legalidade.

180. O ato tributário

Contudo tenha o Direito Tributário conquistado autonomia, o *ato tributário* na sua expressão jurídica é um *ato administrativo*, considerando sua origem e finalidade, a motivação fato-gerador e as obrigações que do ato decorrem para o administrado ⁴⁶.

Não apenas considerando o problema da competência, o ato tributário, como ato administrativo na sua fisionomia e estrutura, *lato sensu*, nasce da Constituição e das leis, especialmente de atos normativos, portarias, circulares, ordens ou instruções.

Tanto assim é que fazem normas complementares de legislação tributária:

- “os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas”;
- “as decisões dos órgãos singulares ou coletivos da jurisdição administrativa”;
- “as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas”;
- “os convênios celebrados” ⁴⁷.

Acrescentando que os efeitos tributários dos atos decorrem da lei tributária podem aparecer juridicamente nulos ou mesmo ilícitos, pois como

45. Recaredo F. de Velasco lembra as servidões administrativas, as licenças urbanas para edificar, o uso das faculdades dominicais, as limitações ao uso da propriedade, a conservação e a execução de obras públicas, principalmente na ordem jurídica as determinações regulamentares e as posturas derivadas da lei para a proteção dos interesses coletivos (op. cit., p. 305-14).

46. Na literatura: Geraldo Ataliba, *Noções de direito tributário*, São Paulo, 1964; Ruy Barbosa Nogueira, *Direito tributário*, São Paulo, 1969; Aliomar Baleeiro, *Direito tributário brasileiro*, Rio de Janeiro, 1970; Amílcar de Araújo Falcão, *Direito tributário brasileiro*, Rio de Janeiro, 1960; Fábio Fanucchi, *Curso de direito tributário brasileiro*, São Paulo, 1975; Alberto Pinheiro Xavier, *Conceito e natureza do ato tributário*, Coimbra, 1972.

47. Fábio Fanucchi, op. cit., v. 1, p. 143-4.

todo ato administrativo está sujeito a exame de validade nas hipóteses revogatórias ou anulatórias.

A matéria tributária, relacionando Administração e administrado, constitucional por excelência, exige que o ato tributário, à maneira do ato administrativo, venha na sua formação e estrutura perfeito nos elementos para que seja válido e eficaz ⁴⁸.

Cabe não só ao Direito Tributário, mas também ao Direito Administrativo, estudar o ato tributário e conforme a sua natureza colocá-lo na devida categoria, apreciando a causa, o objeto, a forma e a finalidade nas relações jurídicas formalizadas, ou seja, nos seus elementos de origem, formação e estrutura.

48. "O ato tributário é, como vimos, um ato de aplicação da norma tributária material no caso concreto; ele ainda se individualiza por ser, por natureza, um ato orgânico *administrativo*, no sentido de que é praticado por órgãos integrados na Administração ativa no exercício de uma função administrativa" (v. Alberto Pinheiro Xavier, op. cit., p. 89).

QUINTA PARTE

- **Revogação dos atos administrativos**
- **Anulação dos atos administrativos**
- **As nulidades nos atos administrativos**
- **Retroatividade dos atos administrativos**

SUMÁRIO:

- 181. Premissas definidoras.
- 182. Atos revogáveis e irrevogáveis.
- 183. Potestade de revogação.
- 184. Regime de revogação.
- 185. Revogação e desfazimento do ato.
- 186. Competência na revogação.
- 187. Limites do ato de revogação.
- 188. Interesse público e revogação.
- 189. Mérito e ilegalidade.
- 190. Revogação e responsabilidade.

CAPÍTULO XVII

Revogação dos atos administrativos

181. Premissas definidoras

Mesmo estável, em princípio, todo ato administrativo é revogável. Inscreve-se, a revogação, no instituto da invalidação¹, valendo todavia a posição da Administração com respeito à natureza e aos efeitos do ato administrativo.

Três premissas definidoras merecem apontamento:

— “revogação é a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração e somente por ela, por mais não lhe convir a sua existência”;

— “toda revogação pressupõe, portanto, um ato legal e perfeito, mas inconveniente ao interesse público”;

— “se o ato for ilegal ou ilegítimo, não ensejará revogação, mas sim anulação”².

Firmadas as premissas apontadas, com rigorosa precisão exegética a doutrina separa o fato da *revogação* do fato da *anulação*, dando a cada tipo de atuar administrativo razões de causa e motivação, critérios de juízo segundo determine o interesse público.

Em ambas as figuras, entretanto, embora o interesse público domine a vontade administrativa, os efeitos produzidos até o momento da revogação ou da anulação constituem fatores operantes na avaliação da responsabilidade da Administração.

1. Neste livro, 8.^a parte, Cap. XXX.

2. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 172.

Não basta, de princípio, como veremos mais adiante, que os atos administrativos sejam revogáveis ou que o poder público possa rever as próprias decisões. As implicações variam conforme a natureza do ato e sua projeção nas relações criadas.

182. Atos revogáveis e irrevogáveis

Observando a natureza do ato e sua projeção nas relações criadas, a doutrina vem mantendo louvável coerência nas colocações jurídicas, não deixando sequer dúvidas quanto à problemática da revogação e do que ela significa no direito posto³.

Duas indagações no entanto permanecem:

- sobre quais os limites do poder de revogar;
- sobre quais os novos efeitos que advêm da revogação.

Em virtude de existirem atos revogáveis e outros irrevogáveis, na ordem jurídica o que se quer, tratando de respeitar direitos subjetivos, é que a Administração mantenha comportamento adequado às circunstâncias e de responsabilidade nos eventos danosos.

Dessarte, *in casu*, o ato revogável há de respeitar os direitos adquiridos e consumados. Em tese, o ato irrevogável, gerando efeitos concretos, escapa de apreciação na órbita administrativa⁴. O importante, contudo, reside na possível revogabilidade.

Se o importante está na revogabilidade, na faculdade que possui a Administração de reexaminar os próprios atos, seja por motivo de fato (interesse público) ou de direito (efeitos jurídicos), toda análise converge para o exercício das potestades revogatórias.

183. Potestade de revogação

No conceito peculiar de prática administrativa, “a extinção de um ato provocada mediante ato posterior” dá origem ao fenômeno da revogação, “seja porque o anterior é contrário ao direito, seja porque contraria o interesse público”⁵.

Em termos genéricos a revogação ativa-se por meio de potestades, de uma faculdade-poder que atinge o ato perfeito, traduzindo deveres que a

3. Renato Alessi, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956; Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954; Raffaele Resta, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 70-6; Miguel Reale, *Revogação e anulação do ato administrativo*, Rio de Janeiro, 1968; Umberto Fragola, *Gli atti amministrativi*, Torino, 1952; Aparicio Mendez, *Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación*, Montevideo, 1949; Eduardo Soto Kloss, *Suspensión y revocación*, in *La ejecución del acto administrativo*, Bogotá, 1979.

4. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 112.

5. Hugo A. Olguin Juarez, *Revocación, invalidación y decaimiento*, in *Extinción de los actos administrativos*, Santiago de Chile, 1961, p. 61.

Administração possui no exercício da função para satisfazer interesses próprios ou comuns a todos.

Na verdade, as potestades têm base “num poder jurídico em sentido lato”, isto é, poder-faculdade que dá à Administração “capacidade de ação”, a fim de editar atos motivados por interesses públicos concretos e indisfarçáveis ⁶.

Por isso, “o interesse público, que há de motivar um ato revogatório, não pode ser visto de maneira abstrata e vaga”, porque o que se deve cogitar “é de um interesse concreto, atual, e da mesma natureza do que provocara o provimento administrativo anterior” ⁷.

A essa faculdade-poder que detém a Administração chama-se potestade revogatória, quando exercitada condicionando requisitos vinculados ao ato anterior e que se quer extinguir, *requisitos* sobretudo afetando a motivação e a finalidade, o objeto e a eficácia.

184. Regime de revogação

Considerando o ato anterior e o novo ato, o regime jurídico do ato de revogação é o mesmo dos demais atos administrativos, segundo porém a natureza e as razões de causa. Importa a “concreta admissibilidade” e a “relação direta” no tocante à eficácia ⁸

Todavia, pelo seu regime jurídico, o instituto em estudo apresenta quatro pressupostos de conhecimento:

- “a revogação é, antes de tudo, ato administrativo unilateral”;
- “a revogação tem por escopo desfazer os efeitos do ato anterior”;
- “a revogação é um *jus proenitendi*, devendo partir da mesma autoridade que editou o ato”;
- “a revogação fundamenta-se em motivos de mérito, oportunidade e conveniência” ⁹.

Decorrente da oportunidade e conveniência, a revogação faz *fato novo* para a Administração, alterando a vontade e anulando os efeitos existentes, desfazendo relações e extinguindo a vigência. Passa a valer, entretanto, no exato momento jurídico do ato revogador.

6. Hugo A. Olguin Juarez, La potestad revocatoria, in op. cit., p. 100.

7. Lucia Valle Figueiredo, A revogação dos atos administrativos, in *Direito administrativo, aplicado e comparado*, Compêndio em homenagem ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, São Paulo, 1979, t. 1, p. 125.

8. Renato Alessi, op. cit., p. 15. Contudo, vale aqui lembrar um posicionamento de plano bastante realístico: “Do ponto de vista da ciência do direito, o ato administrativo revogado não vale mais: foi extinto; do ponto de vista da história do direito, o ato valeu durante um período determinado” (v. Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Extinção do ato administrativo*, São Paulo, 1978, p. 51).

9. J. Cretella Júnior, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 343.

Embora não apareça como ato discricionário, o ato de revogação, diante do interesse público concreto vindo para desfazer e não para fazer, traz no seu conteúdo a discricionariedade administrativa, já que a ação no fundo também decorre da avaliação do interesse público¹⁰.

Anulador por excelência dos efeitos o ato de revogação destrói a eficácia do ato anterior, trazendo como consequência a supressão da finalidade, uma vez que a vontade manifesta ficou sem causa e a motivação antes declarada sem razão de ser.

185. Revogação e desfazimento do ato

Se “revogar é tirar de circulação o que está circulando livremente”, sem dúvida que “a revogação é retirada, supressão, desfazimento, desconstituição”¹¹, ficando para avaliação jurídica as consequências do ato administrativo enquanto vigente.

Desfeito o ato, revogado na sua eficácia, contudo, os efeitos não se desfazem a não ser a partir da vigência do novo, já que dois fatores na prática ganharam consenso doutrinário:

- “são revogáveis os atos administrativos não criadores de direito”;
- “são irrevogáveis os atos administrativos legais que hajam criado direitos”¹².

Quando gerador de direitos, acontecendo desaparecer o ato pela revogação, necessariamente em tese não desaparecem os efeitos até então produzidos. A questão, na relação jurídica, tal como se equaciona, diz com as situações estáveis originárias do ato administrativo.

O desfazimento, anulando relações, tornando o ato ineficaz, não apaga consequências nem anula efeitos produzidos, pois os atos em começo de execução ou executados “são considerados como irrevogáveis” tendo em conta condições materiais e o tempo de vigência¹³.

No entanto, a competência no desfazimento é fator jurídico substancial na ordem jurídica em quaisquer hipóteses de atos administrativos, considerando via de regra normativa quem ditou a providência administrativa e por meio de que função ela se materializou.

186. Competência na revogação

Não havendo usurpação de função, desvio de poder ou excesso no uso da competência, a legitimidade domina a vontade revogatória porque na organização só pode exercer a faculdade-poder quem houver praticado o ato ou tenha recebido atribuições¹⁴.

10. Em parte é a posição de Miguel Reale, op. cit., p. 44.

11. J. Cretella Júnior, op. cit., p. 342.

12. Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, p. 256.

13. Michel Stassinopoulos, op. cit., p. 265.

14. “É a razão pela qual na hipótese de *atos complexos* exige-se também a participação dos mesmos intervenientes no ato revocatório, salvo em se tratando de situações revisíveis *ad nutum* por sua própria natureza” (v. Miguel Reale, op. cit., p. 54-5).

A revogação, sem vínculo de competência, por ser o fenômeno revogatório “poder em sentido estrito”, nulifica-se por si própria e não atinge o conteúdo do ato quando falha do elemento fundamental da vontade a nível de decisão funcional ¹⁵.

No entanto, convém mencionar, o uso da potestade no ato de revogação é de uma “potestade de natureza distinta da potestade de invalidação”, já que na primeira os efeitos ficam intocáveis ao passo que na segunda nulificam-se os efeitos ¹⁶.

Daí porque, diante do princípio da responsabilidade que alcança toda atividade estatal, na competência e só por ela se permite a iniciativa. A potestade quando usada não passa de figura típica de atuação administrativa nas manifestações de conhecimento.

Obviamente, na organização político-constitucional, o regime de competência é o mesmo, considerando:

— que “o fundamento da potestade revogatória é idêntico ao fundamento da genérica potestade de ação administrativa”;

— que “os limites na potestade revogatória são essencialmente os mesmos que legitimam a potestade de ação administrativa” ¹⁷.

Ao que vemos tudo levando no ato de revogação ao regime de competência como faculdade irrenunciável ou intransmissível quando não delegada. Salvo texto expresso é indelegável e não se transmite a sujeitos estranhos ao ato anteriormente exercitado ¹⁸.

Em face da noção genérica de potestade jurídica, poder e faculdade somam-se na competência legitimando a ação conforme a capacidade dos sujeitos, harmonizando por intermédio do mesmo propósito *direito*, poder, *potestade*, faculdade e *função*.

187. Limites do ato de revogação

Anatomizando, isolando o ato de revogação temos pela frente “um ato que”, realmente, “se destinará a dois fins: de supressão dos efeitos do ato anterior e nova disposição” ¹⁹. O que preocupa, entretanto, é saber até onde vai a faculdade-poder de revogar.

Já que a potestade para reapreciar um ato depende de quem pode praticar o novo ato, a competência é o primeiro ponto de limite do exercício da revogação, além de condições outras inscritas no capítulo dos direitos individuais e das situações consumadas.

15. Hugo A. Olguin Juarez, op. cit., p. 103.

16. Hugo A. Olguin Juarez, op. cit., p. 105.

17. Hugo A. Olguin Juarez, op. cit., p. 106.

18. Renato Alessi, *Natura, fundamento, limiti*, in op. cit., p. 75-82. Para Recaredo F. de Velasco (v. *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 258), simplesmente “a revogação significa a derrogação total do ato administrativo”.

19. Lucia Valle Figueiredo, op. et loc. cit., p. 128; Eduardo Soto Kloss, *La revocación del acto administrativo, extinción de la imperatividad*, in op. cit., p. 25-30.

Com isso também afirmamos que não basta a titularidade dos sujeitos. Pelo seu próprio fundamento jurídico a faculdade-poder de revogação pode acarretar “reflexas conseqüências no plano da responsabilidade objetiva”²⁰.

Três posições sensibilizam a vontade administrativa no momento de decidir revogar:

- a do interesse público atual e concreto;
- a das situações de fato consumadas;
- a dos direitos já adquiridos.

Quanto à competência que envolve as três hipóteses é na organização problema legal e de permitida prática administrativa²¹. Também o ato de revogação, pesado nos devidos efeitos, fica sob tutela ou controle, podendo sofrer anulação.

O princípio da legalidade que detém a arbitrariedade “limitou a atividade revogatória que acoberta muitas injustiças”²², impondo-se a vontade de revogar apenas diante da falta de mérito ou para satisfazer concretos interesses coletivos.

188. Interesse público e revogação

Todavia, nada sendo imutável na esfera social, pública e administrativa, o interesse da Administração não faz coisa que não dependa de avaliação jurídica, tendo em vista sua atualidade e imperatividade.

Ninguém desconhece que um ato de revogação “pode apresentar-se inatual ou deficiente”²³, de efeitos precários e que na sucessão dos efeitos imprecisos venha a produzir efetivas conseqüências danosas.

Embora possa a Administração em certas circunstâncias fazer desaparecer os efeitos de ato administrativo anterior, a supressão dos efeitos com a revogação não significa anulação nem atividade anulatória.

Outros dois importantes pontos convergem para a garantia dos direitos assegurados:

- a revogação, mesmo manifestação jurídica, exteriorizando-se num ato, não escapa do controle interno ou externo;
- a revogação, provocando novo tipo de atividade, nos casos lesivos conduz ao ressarcimento em favor dos afetados.

Diga-se a nível de ordem jurídica que o limite não está somente no interesse público mesmo quando figurado, mas principalmente no direito adquirido e sua garantia. Invulnerável na prática e pelo conhecimento pacífico da doutrina.

20. Miguel Reale, op. cit., p. 41.

21. J. Cretella Júnior indica duas colocações: a) “de um modo geral, é pacífica a afirmação que a toda faculdade concreta e positiva de editar um ato corresponde uma faculdade autônoma de revogá-lo”; b) “a revogação implica extinção, decretada pela própria Administração, de um ato validamente produzido” (op. cit., p. 346).

22. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 303.

23. Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 305.

189. Mérito e ilegalidade

Na revogação, pois, “concentual e ontologicamente, uma coisa é o ato e outra os seus efeitos”²⁴. Se o ato anterior estava perfeito, reconhecida-mente válido, com o desfazimento não desaparecem as conseqüências e o que produziu nas relações jurídicas.

O ato administrativo de revogação decorrente do consentido exercício da função destruindo total ou parcialmente outro ato, pelo seu caráter unilateral há de respeitar o que foi concedido porque seus efeitos apenas se projetam no futuro²⁵.

Resta conhecer nos possíveis tipos de revogação quando ela se dá por força do mérito ou por razão de ilegalidade, considerando *in casu* a posição da Administração na sua liberdade de apreciar e em face da norma jurídica que deu suporte ao ato.

No *mérito*, a revogação não desconhece que o ato primitivo era válido e assim produziu efeitos até o momento do desaparecimento, *ex nunc* tornando a Administração responsável pelos prejuízos na relação causados ao administrado²⁶.

Na *ilegalidade* a revogação opera diante do ato insanável e retroativamente, ajustando a Administração sua conduta ao direito posto e o seu comportamento à ordem jurídica sem ignorar vícios que macularam o ato no momento revogado²⁷.

Manifestação espontânea ou voluntária o ato de revogação, constituindo processo de revisão quando partido da Administração, não gerando novos direitos, também não fere os direitos decorrentes do ato revogado. O primeiro só deixa de existir após anulados nos efeitos previstos.

190. Revogação e responsabilidade

Tem o instituto da revogação seu maior obstáculo no próprio direito e no princípio da responsabilidade²⁸. Em tese, revogam-se os atos, não os efeitos. Livre ou não no modo de agir, a Administração sempre responde pelas suas decisões.

24. Régis Fernandes de Oliveira, *Ato administrativo*, São Paulo, 1978, p. 95; Luciano Benévolo de Andrade, *Curso moderno de direito administrativo*, São Paulo, 1975, p. 173.

25. Julio A. Prat, Los actos y los contratos administrativos, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 3, v. 2, p. 191.

26. Julio A. Prat, Revocación por mérito, in op. cit., t. 3, v. 2, p. 190-1.

27. Julio A. Prat, Revocación por ilegalidad, in op. cit., t. 3, v. 2, p. 191-2.

28. “O princípio da irrevogabilidade absoluta se nos afigura contrário aos bons preceitos de direito, mas só se torna legítima a revogação quando o ato de revogação tenha um fundamento legal ou vise ao restabelecimento da ordem jurídica, invalidando o ato que violara o direito ou fora praticado por erro substancial que atinja, em sua essência, a finalidade do ato e as determinações da lei” (v. Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 194).

Na verdade, constituída a relação de causa e efeito, de ato administrativo e suas conseqüências, a responsabilidade do Poder Público vem marcada de autonomia quando resulta de direitos ou interesses legítimos, matéria específica que é de Direito Administrativo ²⁹.

Trata-se de saber ou avaliar quando a responsabilidade é direta ou, por fato de má aplicação da lei, quando a responsabilidade na sua extensão aparece por intermédio de ato válido ou legítimo de momento dando direitos e depois ocasionando prejuízos patrimoniais ³⁰.

Com a revogação, o problema da responsabilidade traz repercussões diretas, uma vez que um ato que deixa outro ineficaz há de ser apreciado diante das situações consumadas ou do tempo jurídico nas conseqüências produzidas.

O importante reside na vigência enquanto não alterada a relação anterior ou enquanto mantida como norma de conduta administrativa não obstante os efeitos. A questão, na revogação, é de tempo jurídico. Simplesmente de vigência ou vida do ato.

29. Renato Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1951, p. 158; Caio Tácito, *Direito administrativo*, São Paulo, 1975, p. 357.

30. Georges Vedel, *Droit administratif*, Paris, 1958, p. 325-30; Jaime Vidal Perdomo, *Derecho administrativo*, Bogotá, 1978, p. 518-20.

CAPÍTULO XVIII

Anulação dos atos administrativos

SUMÁRIO:

- 191. Revogação e anulação.
- 192. Anulação e ordem jurídica.
- 193. O problema é de regime jurídico.
- 194. A tônica de causa e finalidade.
- 195. Avaliação dos efeitos na anulação.
- 196. Nulificação do ato administrativo.
- 197. Ato administrativo nulo.
- 198. Ato administrativo anulável.
- 199. Paralelo necessário na doutrina.
- 200. Responsabilidade na anulação.

191. Revogação e anulação

Embora possa a Administração em certas circunstâncias fazer desaparecer os efeitos de ato administrativo anterior, a supressão dos efeitos com a revogação *não significa anulação nem atividade anulatória*¹. É a tese pacífica no entendimento doutrinário.

Incontestemente que a revogação ou a remoção do ato administrativo “diferencia-se da anulação porque na revogação o ato nasce legítimo, sustentado no cumprimento de condição normativa, fundado em norma autorizativa que permitiu a sua criação”².

Dois, portanto, os pressupostos de lógica hermenêutica:

- a revogação atinge os atos administrativos válidos;
- a anulação atinge os atos administrativos anuláveis.

Não se deve, assim, confundir a revogação “que exige a perfeição do ato” com a anulação que ataca “os defeitos do ato”, a revogação atuando na ordem jurídica e material e a anulação somente na ordem jurídica³.

Convenhamos, analisando os institutos, que pela natureza das projeções jurídicas:

1. Neste livro, Interesse público e revogação, Cap. XVII, § 188.

2. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 311.

3. Paulo Neves de Carvalho, apud J. Cretella Júnior, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 345.

— “a revogação elimina os efeitos do ato válido, aniquilando-o por motivo de vício de mérito”;

— “a anulação elimina o ato administrativo praticado com infração da lei e por isso inválido”⁴.

Anular, portanto, não é *revogar*⁵. Na anulação subsistem defeitos ou vícios suscetíveis de caracterizar a invalidade deste, a emanção do ato, ao passo que a revogação afeta o ato perfeito e acabado nos seus legítimos efeitos.

192. Anulação e ordem jurídica

Conseqüência da ordem jurídica, o conceito de anulação ganha maior amplitude que o conceito de revogação, já que o ato-fato de anular provém sobretudo da ilegalidade, comportando:

- ação de revisão por parte da Administração;
- ação recursal de parte do administrado;
- ação de controle interno ou externo.

A anulação de ato administrativo envolve tanto o *princípio* da legalidade como o *controle* da legalidade, considerando que a eficácia do ato perfeito “resulta da conjugação da *existência* e da *validade* dos elementos constitutivos”⁶.

A revogação pode dizer com o interesse público, a anulação diz com a própria ordem jurídica. Tanto deve a Administração anular o ato viciado, como possível é a anulação por outras vias. O problema, na sua colocação, é de ato de efeitos lesivos anuláveis⁷.

Daí porque depreende-se que a anulação “é a declaração de invalidade de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário” na ocorrência de violação da lei, “abuso”, excesso ou desvio de poder⁸.

Dever administrativo, a faculdade de anular atos defeituosos, falhos nos elementos constitutivos, incorporado às regras de “boa” Administração, pertence a todos os regimes jurídicos ordenados, e, principalmente, aos princípios informadores constitucionais.

4. J. Cretella Júnior, *op. cit.*, p. 346.

5. Miguel Reale, *Natureza dos atos anulatórios e revogatórios*, in *Revogação e anulamento do ato administrativo*, Rio de Janeiro, 1968, p. 71-87.

6. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 147.

7. “Negar-se à Administração a possibilidade de anular atos com defeitos localizados na capacidade do agente seria abrir uma exceção à executoriedade sem qualquer apoio legal” (v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *op. cit.*, p. 149).

8. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 175.

193. O problema é de regime jurídico

Como em outros países, no Brasil incorre em erro quem quiser estudar a problemática da anulação dos atos administrativos buscando soluções em “ordem nacional equivalente” ou em “princípios que não existem” em face dos chamados recursos de anulamento⁹.

Vale a advertência porque, nos regimes assemelhados ao brasileiro, o fato de *anulação* apenas decorre do ato viciado e falho de elementos, ficando as conseqüências para avaliação e posterior reparação, uma vez que o ato haja produzido lesões na sua vigência.

À doutrina está claro que interessa ampliar o estudo dos diferentes regimes jurídicos administrativos, não esquecendo porém que os chamados *direitos protegidos* inscrevem-se na ordem interna das nações conforme os instrumentos procedimentais anulatórios¹⁰.

Por isso, o procedimento anulatório ou parte da Administração ou de quem tenha interesse na anulação do ato, de uma atuação interna ou externa de anulamento, tomado o ato administrativo em si na categoria, na eficácia e na projeção dos efeitos.

Os modelos estrangeiros servem à doutrina, não servem porém ao direito interno e posto das nações¹¹. Os enfoques buscados lá fora artificializam posições dentro dos ordenamentos jurídicos nacionais, levantando pressupostos irrealísticos e inaplicáveis.

O problema do ato nulo nas implicações, bem analisadas as situações de fato e de direito, é problema de qualificação jurídica onde as soluções colocam-se nos direitos internos, jamais nas correntes do pensamento doutrinário ou comparado.

9. Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1975, t. 2, p. XIX/12-4.

10. Na França ou na Itália, pela estrutura que possuem de Justiça Administrativa, a defesa do direito subjetivo ou do interesse legítimo consagram os “recursos de plena jurisdição” e os “recursos de anulação”. No Brasil, não. Entre nós, um ato, para sofrer anulamento, depende: a) da Administração; b) do administrado. Portanto, devemos analisar o instituto da anulação, por intermédio da natureza dos existentes procedimentos recursais.

11. Já que o anulamento pode atingir um ato nulo ou simplesmente anulável, os remédios aconselhados têm origem constitucional, na hipótese de a Administração não tomar a iniciativa. Na esfera administrativa (art. 153, § 30) fica assegurado o direito de representação e de petição. Na judicial, a anulabilidade, conforme o direito atingido (art. 153, §§ 21 e 31), conduz ao mandado de segurança ou à ação popular. Em sistemas como o brasileiro, as inspirações vieram do sistema norte-americano. Os remédios, como afirmamos, são os constitucionais. Para orientação, consulte-se: H. W. R. Wade, *Administrative law*, Oxford, 1971; Jorge Tristán Bosch, *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*, Buenos Aires, 1951. Considerando, porém, que o ato tido como nulo mantém-se na eficácia, ou que o anulável continua a produzir efeitos.

194. A tônica de causa e finalidade

Aplicam-se, portanto, por analogia nas categorias de atos públicos em caráter de conhecimento subsidiário o que o Direito Administrativo herdou do Direito Civil, dando entretanto aos atos administrativos a tônica fundamental de causa e finalidade¹².

Fechado o parêntesis, após as considerações feitas, no Código Civil temos, por intermédio do capítulo “dos defeitos dos atos jurídicos”, os vícios que podem macular os atos administrativos, tornando-os nulos ou anuláveis¹³.

Todavia, no Direito Administrativo, tendo em vista causa e finalidade, a colocação jurídica tem sede, essencialmente para não dizer relacionalmente, no entendimento que se possa ter de ato nulo ou de ato anulável, já que o ato imperfeito na estrutura, embora eficaz, é inválido nas projeções jurídicas.

A bem ponderar, para o Direito Administrativo, nos atos editados pela Administração, “a perfeição não é a imperfeição” como a “ineficácia não significa imperfeição”, tudo porque o indispensável reside “na presença de todos os elementos determinados pela norma jurídica”¹⁴.

Compete portanto à doutrina e ao hermeneuta conceituar com precisão estabelecendo as diferenças de conteúdo, como se define o *ato nulo* e como se qualifica o *ato anulável*, duas posições que fundamentam o instituto da anulação.

Não vá parecer, aos observadores menos atentos, que a questão posta em relevo não passa de uma equação elementar. Evidente que não, porque, no tocante às nulidades, o que pesa são os efeitos na ordem jurídica, os *efeitos* sanáveis ou simplesmente insanáveis.

195. Avaliação dos efeitos na anulação

A problemática da anulação, sobretudo tratando dos efeitos, apreciados os vícios que podem macular os atos administrativos, no fundo há de ser examinada considerando:

- o ato em si na sua estrutura;
- a validade para dizer da invalidade;
- a eficácia para prover a ineficácia;
- as razões das nulidades;
- a anulabilidade nos efeitos.

No seu papel, a Administração, pessoa jurídica de direito público *responsável*, tem por dever administrativo manter a ordem jurídica fazendo respeitar as posturas legais já que está submetida ao direito na atividade livre ou regrada.

12. Neste livro, 2.^a parte, Cap. VII.

13. Código Civil brasileiro, Tít. I, Cap. II, arts. 86 a 113.

14. J. Cretella Júnior, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 356-7.

Se na atividade, o Estado, por meio da Administração, baixa e executa atos conforme a natureza dos serviços a realizar, uns compulsórios outros facultativos, tais atos compreendem-se como manifestações jurídicas dominadas pelo princípio da legalidade ¹⁵.

Colocado à parte o instituto da revogação, os privilégios administrativos ficam limitados, as prerrogativas contidas mesmo representando poder, alcançando conteúdo jurídico o instituto da anulação, único instrumento procedimental capaz de fazer valer a normalidade nas relações entre Administração e administrado ¹⁶.

Valorado o ato administrativo na projeção de sua força jurídica, *o ato em si na sua estrutura* envolvendo no esquema acima a validade e não a invalidade, portanto a eficácia e não a ineficácia, há de sensibilizar, como é, os processos anulatórios diante de direitos ou interesses protegidos.

196. Nulificação do ato administrativo

Por consequência: nulo é aquele ato que pela imperfeição não traz condições de alterar a ordem jurídica pelas obrigações que queira impor, modificador de interesses ou direitos ao arrepio da lei ou da norma.

A rigor exegético, ato nulo consideram-se aqueles que violam a ordem jurídica estabelecida visando criar algo, modificar situações ou não respeitar direitos ou interesses, ilegítimando por isso de plano a atividade administrativa.

Dessarte resta anotar duas situações lógicas e nulificadoras do ato administrativo:

- uma de falta de *forma* legal adequada;
- outra de carência ou falta de *publicidade*.

Não havendo a forma legal adequada, o ato fica imperfeito na finalidade. Só a presença da forma dá-lhe *in fine* perfeição jurídica. A omissão da forma prescrita constitui ilegalidade ¹⁷. Vício exterior, a forma exata, imprime ao ato validade substancial.

O mesmo acontece com a publicidade, porque, embora a forma seja a adequada, o ato só passa a existir depois de conhecido. Pela publicação, o ato administrativo ganha existência jurídica ¹⁸. Entra no mundo das relações como eficaz e produzindo efeitos.

15. Michel Stassinopoulos, *L'acte administratif et l'État de droit*, in *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, p. 17-22.

16. "A anulação pode ser decretada pelo Judiciário ou pela Administração espontaneamente; quando reconhece que seus atos perecem de ilegalidade, chega mesmo a ser um imperativo para a Administração declarar sua nulidade, tanto por questões morais, como por motivos práticos, não aguardando o pronunciamento judicial; se convencida com evidência, de uma situação dessa ordem, seria renitência imperdoável e prejudicial a todos permanecer sustentando um ato indefensável" (v. Luciano Benévolo de Andrade, *Curso moderno de direito administrativo*, São Paulo, 1975, p. 173).

17. Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978, p. 280-9.

18. Vittorio Ottaviano, *La pubblicazione*, in *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milano, 1953, p. 247-86.

Claro que a Administração, por intermédio de outro ato, pode convalidar o anterior com vício de forma. Evidente que também pode, não ocorrendo publicidade, assim fazê-lo, colocando o ato em vigência, partindo a produção dos efeitos do momento do conhecimento.

Tais nulidades são as também chamadas *nulidades sanáveis*, pois só depende da Administração prover as deficiências acontecidas. Não as provendo, entretanto, o ato inexistente ou é nulo nos efeitos. A questão, em bons termos, é de direito e de interesse público.

Porque o ato administrativo pode trazer no seu bojo outras razões nulificadoras, além da forma inadequada e da falta de publicidade, é que a inteligência da doutrina sempre procurou distinguir o ato nulo do ato anulável numa dicotomia tornada clássica e indispensável.

197. Ato administrativo nulo

Atendendo que a forma e a publicidade traduzem conhecimento exterior do ato administrativo, ao hermenêuta compete analisar o ato na sua estrutura e desta análise de estrutura verificar os elementos de legitimidade e de validade.

De princípio, no tocante à eficácia e aos possíveis efeitos, surpreendem duas importantes posições jurídicas:

— “o ato administrativo nulo é insanável”;

— “o ato administrativo nulo não pode ser corrigido, confirmado, sanado”¹⁹.

Somente outro ato, não o acusado de nulo, editado com autonomia, pode vir novamente consagrar a vontade administrativa. A anulação, portanto, do anterior com a devida forma e publicado diante da mesma finalidade afasta o nulo afirmando sua inexistência²⁰.

Todavia, o ato nulo oferece à doutrina menos preocupações que o ato anulável. Via de regra o ato nulo não existe, ao passo que o ato anulável existe. Daí o relevo que toma na prática o exame do ato *em si* e nos seus pressupostos finalísticos.

O que é um ato nulo? Resposta: pela essência de todo ato jurídico, no Direito Administrativo é aquele ato que não traz sustentação legal, que flui implicitamente de um vício de vontade e que explicitamente concorre para finalidades duvidosas²¹.

19. J. Cretella Júnior, op. cit., p. 338. Na doutrina argentina: Agustín A. Gordillo, *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1971, p. 104-5.

20. “Anulação é a declaração formal de invalidade de um ato administrativo viciado, emana da Administração ou do Poder Judiciário; a anulação está diretamente ligada aos aspectos da legalidade e da legitimidade do ato administrativo” (v. Armando de Oliveira Marinho e Zairo Lara Filho, *Programa de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1976, p. 109).

21. Na doutrina, ressalvadas posições doutrinárias: Jean de Soto, *La nullité des actes administratifs*, Paris, 1942; Giuseppe C. Pisanelli, *L'anulamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939; León Alcindor, *Essai d'une théorie des nullités en droit administratif*, Paris, 1912; Vincenzo M. Romanelli, *L'annulamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939.

Em face do consenso geral, não falando dos meios anulatórios que dependem dos regimes jurídicos, o ato nulo faz declaração decisória inexistente, descaracterizada por vícios que na maioria das vezes comprometem o mérito²². É ato prejudicial à própria ordem jurídica constituída.

198. Ato administrativo anulável

O que importa, necessariamente, no ato anulável, são os efeitos produzidos ou a produzir. Eficaz enquanto viger, o ato administrativo anulável, embora possa não ter eficácia normal, entra no mundo do direito até que seja decretada a sua anulação.

Com respeito aos vícios, estudados à parte, faz ato anulável os praticados com abuso de autoridade, excesso de poder ou desvio de finalidade, mesmo *in casu* que a Administração persiga interesse público considerado legítimo na discricionariedade.

Contudo, não é nada fácil ao analista bisonho, tantos são os pressupostos avaliáveis, dizer quando um ato é anulável, pois os vícios podem ser de vontade, provir de erro ou dolo, de violência ou simulação, de incompetência ou incapacidade²³.

Todos esses vícios somados ou isolados fazem fatores ponderáveis no ato administrativo, *fatores* que conjugados tornam o ato imperfeito, mas que isolados maculam o ato de nulidade sanável ou mesmo insanável.

Na verdade dos fatos, algumas colocações devem ser previstas pela doutrina e pela jurisprudência, sobretudo com respeito aos atos anulatórios ou ao problema jurídico da anulação:

— em tese a Administração pode declarar a nulidade dos seus próprios atos;

— o que não pode a Administração é fazer desaparecer os efeitos produzidos.

É importante, nos sistemas jurídicos de garantias asseguradas, não apenas consagrar a decretação da nulidade, mas sim poder conhecer as consequências ou os efeitos lesivos e danosos. Havendo efeitos, estes não desaparecem por vontade unilateral.

No ato anulável, mesmo ilegal, provada ofensa a direito subjetivo, como também no ato nulo antes de nulificado, ressalvam-se os interesses legítimos e os direitos, os efeitos quer materiais ou quer morais.

22. Recomenda-se para maior compreensão, não esquecendo os peculiares regimes administrativos, as colocações adotadas nas obras didáticas de Marcel Waline, Roger Bonnard, Guido Zanobini, Royo Villanova, Manuel Maria Diez, Ugo Forti, Carlo Tivaroni, Sayagués Laso, Cino Vitta, Jean Rivero, Miguel S. Marienhoff e Louis Rolland, considerando as posições realmente objetivas. Também Agustín A. Gordillo, *op. cit.*, p. 103-5.

23. Juan Carlos Cassagne, *op. cit.*, p. 269-85; Agustín A. Gordillo, *op. cit.*, p. 103-4.

Deixar a Administração irresponsável pelas conseqüências jurídicas será o mesmo que violar *primeiro* a ordem constitucional e *depois* o ordenamento jurídico positivo. Não é porque um ato seja nulo ou anulável que num dado momento não produza efeitos.

199. Paralelo necessário na doutrina

Sucedendo que a vontade no tocante à validade e à eficácia dos atos administrativos, tanto na problemática revogatória como na anulação, traduz livre manifestação, convém, repetindo, destacar para conhecimento:

— que “há revogação sempre que se faça cessar para o futuro os efeitos de um ato anterior ou, em certos casos, destruir também os efeitos produzidos”²⁴;

— que “a anulação é, afinal, meramente declarativa de uma invalidez existente desde o início”, correspondendo na prática “oposição à revogação”²⁵.

Na melhor acepção jurídica, pela experiência que provém da tradição, é de manter, no Direito Administrativo brasileiro, a dicotomia hoje consagrada de atos nulos e anuláveis, dentro porém das seguintes regras:

— “diz-se nulo o ato jurídico que, por vício essencial, não produz o efeito de direito correspondente;

— “o ato anulável produz efeitos jurídicos, que podem ser paralisados”²⁶.

Em se tratando das nulidades, na revogação, de igual maneira que na anulação, as posições relacionais refletem-se nos efeitos, embora os vícios sejam examinados conforme a estrutura dos atos ou diante da conveniência e da oportunidade.

No Direito Administrativo, não obstante o princípio generalizado de que a Administração pode revogar ou anular os próprios atos quando eivados de vícios, não quer isto dizer que não se conheçam os efeitos ou as conseqüências jurídicas.

Trata-se de avaliar e conhecer no tempo de vigência jurídica: na *revogação* a projeção dos efeitos já produzidos e na *anulação* a extensão da vida do ato antes da declaração anulatória.

200. Responsabilidade na anulação

A anulabilidade, nos casos de ato administrativo anulável, prevê responsabilidade até onde o ato possa viger ou produzir efeitos. Conquanto o ato

24. Marcelo Caetano, *Princípios gerais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 190-1.

25. Marcelo Caetano, *op. cit.*, p. 191-2.

26. “Não há por que abandonar, em Direito Administrativo, as linhas mestras do sistema civil das nulidades; o que, sim, devemos aplicá-las tendo presente as peculiaridades da matéria administrativa” (v. Tito Prates da Fonseca, *Lições de direito administrativo*, São Paulo, 1943, p. 242-3).

nulo deva ser examinado de plano, o ato anulável tendo existência coloca a Administração em conflito jurídico.

A noção de ato anulável na teoria e na prática, apreciado o ato anulável nos efeitos em face do princípio da legalidade na atividade administrativa, pressupõe atuação de sujeitos contrária ao direito ou em oposição ao ordenamento jurídico ²⁷.

Todavia a finalidade constitui o elemento de importância capital, porque só mediante a finalidade no ato anulável a Administração responde e se faz responsável, ficando obrigada diante dos objetivos ao ressarcimento pelos prejuízos ocasionados.

No tocante à responsabilidade administrativa ou civil, apareça direta ou indiretamente, a equação envolve o ilícito e o fato danoso, o sacrifício sofrido pelo administrado, uma atuação antijurídica de conduta pública a exigir reparação indenizatória ²⁸. E quem responde, *diretamente*, é a Administração.

A antijuridicidade da conduta no ato administrativo anulável, do ponto de vista da ilegalidade ou da ilicitude, em face da violação de norma reguladora da atividade administrativa e sobretudo nos interesses privados tutelados, completa a imputação ²⁹.

A responsabilidade aparece no ato anulável, ponderados na valoração os efeitos, também no ato nulo, teimosamente mantido, da constatação ou análise do regime jurídico aplicado, adote a Administração tanto normas de direito público como normas de direito privado ³⁰.

Nulo ou anulável o ato quando traz responsabilidade há de ser examinado na categoria e no regime jurídico, não bastando o interesse público para qualificá-lo determinativamente porque o interesse público embora concreto não serve à ilicitude nem à ilegalidade.

A pessoa do agente, a figura do órgão, o tipo de atividade, a extensão da finalidade, a forma jurídica adotada, tudo isso integra o princípio da responsabilidade, identificando *in casu* nos atos exercitados qual o autor do ato nulo ou anulável. Por detrás, no entanto, está a Administração.

27. "Uma vez declarada a nulidade do ato e tendo em vista que a nulidade decorre da insanabilidade do vício, os efeitos porventura produzidos são desfeitos; a declaração de nulidade opera *ex tunc*, isto é, desde a data de sua publicação" (v. Armando de Oliveira Marinho e Zairo Lara Filho, op. cit., p. 107).

28. Renato Alessi, *Principii della responsabilità civile nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1956, p. 17-34.

29. Renato Alessi, *Il fatto danoso, L'antigiuridicità della condotta*, in op. cit., p. 24-5.

30. "Na atualidade há uma interaplicação evidente de normas de direito público e normas de direito privado; só da análise da preponderância de umas sobre as outras poder-se-ia estabelecer o âmbito e o significado da dita preponderância" (v. Allan A. Brewer Carías, *La distinción entre las personas públicas y las personas privadas y el sentido de la problemática actual de la clasificación de los sujetos de derecho*, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, 17:17, Buenos Aires, 1977).

SUMÁRIO:

- 201. Explicação prévia.
- 202. Volta ao interesse público e privado.
- 203. Normas derivadas do Código Civil.
- 204. Imperfeição do ato e nulidades.
- 205. Coexistência de sistemas.
- 206. Nulidades e anulabilidade.
- 207. As nulidades diante da eficácia.
- 208. A nulidade nos aspectos formais.
- 209. A figura do anulamento.
- 210. Projeção das nulidades.
- 211. Nulidades e responsabilidade.

CAPÍTULO XIX

As nulidades nos atos administrativos

201. Explicação prévia

A questão das nulidades no Direito Administrativo, com respeito aos atos administrativos, além dos procedimentos revogatórios ou anulatórios, assume na doutrina e na prática profundas implicações jurídicas.

De caráter autônomo, o instituto das nulidades, como assim podemos chamar, apresenta, no estudo dos atos administrativos, situações correntes que nada têm a ver com a problemática da revogação ou da anulação já que atingem o ato em vários aspectos¹.

Está evidente, no entanto, que num trabalho que trata apenas de atos administrativos, de atos jurídicos reflexos de relações administrativas, não é possível em maior profundidade transplantar conceitos privados para o campo do direito público.

Contudo, no plano positivo do ordenamento jurídico, o Direito Administrativo encontra situações semelhantes ou assemelhadas às que surgem no Direito Civil, com a característica de que os agentes na atuação direta e na vontade de fazer são pessoas físicas e jurídicas públicas.

Não é porém a questão do ato administrativo nulo ou anulável que vamos reexaminar², mas sim as nulidades como podem ser qualificadas tendo em conta a precedência do interesse público sobre o interesse privado.

1. Neste livro, 5.^a parte, Caps. XVII e XVIII.

2. Neste livro, 5.^a parte, Cap. XVIII, §§ 197 e 198.

202. Volta ao interesse público e privado

Sem dúvida, “a precedência do interesse público sobre o privado é princípio verdadeiro”, uma vez porém “mal trabalhado pode conduzir à lesão de direitos individuais ou à contorção de direitos da Administração”³.

Duas figurações assentam em consagradas e realísticas determinantes:

— o direito subjetivo individual perde, às vezes, a proteção jurídica peculiar, quando posto em contraste com o interesse público”;

— “o enfraquecimento da tutela jurídica dos interesses individuais em face do interesse público intercedente é ponto basilar do Direito Administrativo moderno”⁴.

Em choque de interesses, o público e o privado, cabe ao hermeneuta saber onde está o direito, se com a Administração ou com o administrado, graduando nas relações estabelecidas as nulidades que infringem a lei ou a norma.

No fundo, entre o interesse público e o privado, estão normas maiores condicionando direitos⁵, impondo a tutela jurídica plena nos direitos subjetivos ou mesmo interesses ou direitos ocasionalmente protegidos.

203. Normas derivadas do Código Civil

Por essa razão *fundamental*, de princípios originários *fundamentais*, acolhida pacificamente pela doutrina contemporânea, as nulidades nos atos administrativos hão de ser estudadas:

— no plano recursal interno e hierárquico administrativo;

— no âmbito dos poderes judiciais conforme o regime constitucional.

Embora as impugnações contra atos administrativos “não possam ser julgadas ou aplicadas com idêntico critério das promovidas no poder judicial”⁶, em alguns regimes a matéria, subsidiariamente está claro, faz imprescindível o conhecimento das normas derivadas do Código Civil⁷.

Tal como afirmamos de acordo com preponderantes idéias doutrinárias, as funções de controle inerentes à própria Administração correspondem a funções que podem declarar a nulidade dos atos administrativos viciados, tornando-os sem efeito ou tirando-os de vigência.

3. Tito Prates da Fonseca, *Lições de direito administrativo*, São Paulo, 1943, p. 328.

4. Tito Prates da Fonseca, *op. cit.*, p. 324-8.

5. Na Constituição brasileira, Dos direitos e garantias individuais, Tít. II, Cap. IV.

6. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 353.

7. Washington de Barros Monteiro, Dos defeitos dos atos jurídicos, in *Curso de direito civil*, São Paulo, 1975, v. 1, p. 184-99. No Brasil, Código Civil, Cap. V, arts. 145 e 146.

As nulidades, *ad substantiam*, operam de direito para tirar do ato administrativo o dever de obediência por falta de validade⁸, no Direito Administrativo, não dispensando a tutela interna ou a intervenção do Judiciário.

204. Imperfeição do ato e nulidades

Na esfera da Administração, atendidos os pressupostos de organização administrativa, antes do mais há que conhecer os *modos* que fazem as *vias contenciosas*, isto é, distinguindo, nos *apelos* às jurisdições, a administrativa e a judicial.

Na administrativa, como na judicial, a declaração de nulidade funda-se evidentemente nos defeitos do ato administrativo, passando às conseqüências revogatórias ou anulatórias. Antecede, portanto, às decisões definitivas nulificadoras.

As nulidades, ou a nulidade no Direito Administrativo, com maior intensidade, “é um conceito negativo, que se conjuga com a idéia de imperfeição”, e é assim “na imperfeição grave que reside a nulidade”, possibilitando a tutela corretiva jurídica⁹.

Contudo na esfera administrativa ou judicial, em muitos regimes administrativos, queiram ou não, os sistemas coincidem nos sistemas normativos civis, considerando no direito *posto* os direitos subjetivos e as situações jurídicas que protegem esses direitos.

205. Coexistência de sistemas

Coincidentes os sistemas, os condicionamentos harmonizam-se nas mesmas qualificações, impondo para que o ato seja perfeito e não hajam nulidades, elementos imperativos e não apenas simplesmente informadores.

Nas leis civis, ou integrantes de normas codificadas, do conceito de *ato nulo* apreciam-se as nulidades, capitulam-se as regras exigíveis, a saber:

- com respeito à capacidade das pessoas;
- no tocante à licitude e ao objeto;
- com respeito à forma prevista em lei;
- no tocante às solenidades essenciais.

Quando a lei taxativamente declarar nulo ou negar efeito a um ato, apagam-se as nulidades e as conseqüências, ficando a lei para ser apreciada. Como na área das relações privadas, na área das relações administrativas, “as nulidades podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir”¹⁰.

De igual maneira acontece com o conceito de *ato anulável*, levando em consideração a incapacidade dos agentes, os vícios resultantes de erro, dolo,

8. Guido Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, v. 1, p. 334-8.

9. Tito Prates da Fonseca, op. cit., p. 341.

10. Código Civil brasileiro, art. 146, combinado com os arts. 5.º, 82 e 130.

coação, simulação ou fraude, condições intrínsecas que afetam resultados jurídicos ¹¹.

Fica valendo, entretanto, no Direito Administrativo tal como no Direito Civil, que a nulidade *parcial* de um ato “não o prejudica na parte válida, se esta for reparável” ¹², cabendo à Administração *in casu* usar ou não os instrumentos convalidáveis adequados.

206. Nulidades e anulabilidade

No Direito Administrativo, as nulidades conduzem à anulabilidade, enfocando determinantes que na amplitude das posições comparadas resumem o legítimo comportamento da Administração.

Senão vejamos porque ficam nulos de pleno direito os atos administrativos:

- quando “ditados por órgão incompetente”;
- quando “contrários à Constituição e às leis ou contenham um impossível jurídico”;
- quando “ditados prescindem das normas essenciais de procedimento e da forma prescrita por lei” ¹³.

Além do mais, nas práticas executórias, as nulidades surpreendem, nulificando os atos administrativos, nas hipóteses concretas de:

- “usurpação de funções públicas”;
- “praticados em nome do Estado sem a devida autorização”;
- “incompatibilidade entre as disposições constitucionais e as leis administrativas” ¹⁴.

Na ordem interna administrativa, as nulidades nas decisões podem ser declaradas de ofício ou por meio dos escalões hierárquicos, já que o ato nulo ou anulável, o ato prenhe de nulidades, nos seus pressupostos básicos, resultam ou resultaram de consentimento público.

207. As nulidades diante da eficácia

Bem argumentando, tomando *in concreto* o ato administrativo emitido e na fase de execução, “os problemas de nulidade afetam a eficácia do ato”, acompanham o ato nas conseqüências até a “declaração da sua esterilidade jurídica” ¹⁵.

11. Quanto aos vícios, procurar: Washington de Barros Monteiro, op. cit., v. 1, p. 193-207. Também, o Código Civil brasileiro, art. 147, incs. I e II.

12. Gustavo Bacacorso, *Reglamento de procedimientos administrativos*, Lima, 1974, p. 69, art. 45, a, b e c; Washington de Barros Monteiro, op. cit., v. 1, p. 263-72.

13. Gustavo Bacacorso, op. cit., p. 69-70.

14. Gustavo Bacacorso, op. cit., p. 70-1.

15. Recaredo F. de Velasco, Las nulidades del acto administrativo, in *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 214.

Não obstante a lei num sentido geral determinar os casos de nulidade, as obrigações assumidas por meio de atos administrativos, com força jurídica, trazem ou devem trazer, para sua efetiva validação, normais condições de operatividade.

A Administração nada pode impor senão em virtude da lei. O problema, portanto, é de validade, porque o ato, para não se nulificar, “depende do ordenamento jurídico ao qual está subordinado”¹⁶. Sem o que fica prejudicado nos efeitos ou na eficácia.

Releva notar, nesse ponto, a alta importância da interpretação dos atos administrativos, a fim de apreciar-se a legalidade¹⁷. E, da apreciação da legalidade, tirar os elementos próprios de valor jurídico ou de convicção jurídica.

Já que um ato administrativo pode na extensão da finalidade infringir preceitos reguladores ou mesmo atingir direitos de terceiros, as nulidades aqui aparecem de forma e de fundo exigindo a avaliação dos interesses em jogo.

Na verdade, avaliando defeitos como pouco adiante veremos, o ato sofrido de lógica interpretação jurídica, anatomizado e depois desintegrado, oferece aspectos na doutrina que constituem no capítulo das nulidades indissolúveis valores materiais.

208. A nulidade nos aspectos formais

Os aspectos nulificadores, no pensamento doutrinário, conseqüentemente aparecem sob duas faces constatáveis e bastante distintas:

- de nulidade absoluta;
- de nulidade parcial.

Na *absoluta*, também chamada de *radical*, o “ato existe porém gravemente viciado”, possuído de “eficácia jurídica precária”, cabendo a qualquer um denunciá-lo “invocando sua nulidade” que não é relativa e sim total¹⁸.

Na *parcial*, também chamada de *relativa*, somente parte do ato vem contaminada de vícios ou viciada, resolvendo-se a nulidade pela alteração na “sua expressão formal” ou conforme os exatos ditames legais¹⁹.

A *absoluta* equivale a uma completa inexistência de eficácia. A *parcial* equivale a uma eficácia relativa. Em ambas as hipóteses o ato apresenta-se *irregular*, na primeira afetando a finalidade a atingir e na segunda sanável nos efeitos jurídicos.

Penetrando, contudo, o problema das nulidades, ampliando com isso os aspectos formais, também podemos chegar a uma aproximação de lógica

16. Aldo M. Sandulli, *Manual di diritto amministrativo*, Napoli, 1954, p. 247.

17. Marcel Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1950, p. 63-9.

18. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 215; Washington de Barros Monteiro, Como se distingue a nulidade absoluta da relativa, in op. cit., v. 1, p. 265.

19. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 221.

jurídica, afirmando que “as nulidades, que afetam um ato administrativo, são de três tipos: anulabilidade, nulidade e inexistência”²⁰.

Preferimos, no entanto, em tese para não adensar especulações, aceitar os aspectos formais como dominantes porque a anulabilidade ou a inexistência, remetendo a procedimentos próprios, pertencem ao capítulo da anulação e não ao capítulo das nulidades.

209. A figura do anulamento

Pouco importa a categoria do ato no levantamento das nulidades, porque, se a Administração possui potestade para revogar ou faculdade para anular, a questão das nulidades porém sujeita-se por inteiro ao direito e ao ordenamento jurídico.

Entretanto, não podemos desconhecer que “quando a Administração se defronta com atos eivados de nulidade *absoluta* ou *relativa*, resultante de vício ou defeito intrínseco que poderá atingir tanto um, como alguns e até mesmo todos os seus elementos constitutivos, temos propriamente a figura do *anulamento*”²¹.

Todavia, o *anulamento*, na sua real expressão jurídica, coloca-se em tese na fenomenologia das nulidades, uma vez que as nulidades nada têm a ver com a anulabilidade, duas posições não antagônicas mas também não excluídas na busca dos efeitos.

Os vícios dizem certamente com as nulidades conquanto que a anulabilidade envolve os conceitos de revogação e de anulação, surtindo ambos institutos na sua feição fenomênica de duas situações características de fato e de direito.

Aceitável, por certo, na sua inteligência, é a figura do anulamento quando constitui “um ato de tutela jurídica, de defesa da ordem legal constituída”²². Nunca porém um procedimento administrativo imposto ou provocado, sim espontâneo da própria Administração.

210. Projeção das nulidades

Irrelevante, na doutrina ou na prática, qualquer jogo de palavras que venha a justificar fenômenos reais no direito, mas que bem analisados na relação procedimental podem explicar as nulidades diante de critérios, por razões diretas, indiretas ou derivadas²³.

O problema *in casu* ou nas hipóteses que surpreendem ocorre como decorrência das posições assumidas, de como o fenômeno nulificador ataca

20. Agustín A. Gordillo, *Procedimientos y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1971, p. 103.

21. Miguel Reale, *Revogação e anulamento do ato administrativo*, Rio de Janeiro, 1968, p. 45.

22. Miguel Reale, *op. cit.*, p. 45-7.

23. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, t. 1, p. 577.

o direito, valendo compreender que a nulidade absoluta ou radical, total ou parcial, alcança outras exatas figurações:

— na direta “quando o vício é do próprio ato que se declara inválido”;

— na indireta, ou derivada, quando o vício “deflui como consequência de outro ato que padece de ilegitimidade, uma vez que existe entre eles vinculação nos efeitos de direito”²⁴.

Depreende-se, do plano geral do ordenamento jurídico, que no problema das nulidades convém determinar:

— “as diferenças entre o ato administrativo e o ato jurídico de direito privado”;

— “a aplicação das regras de direito privado no domínio do Direito Administrativo”²⁵.

Esse o caminho correto pelo menos nos regimes administrativos ainda não consolidados, não codificados ou submetidos a regime comum de direito, nos quais a atividade pública deve corresponder a uma normal declaração de vontade, isenta de vícios e pronta a ser executada.

211. Nulidades e responsabilidade

Vale aqui, em termos de avaliação no estudo das nulidades, a noção hoje admissível do ato administrativo *negativo*, traduzindo o oposto do ato jurídico positivo ou afirmativo, mas onde os efeitos fazem licitude diante de causa legítima ou do interesse público²⁶.

Tais atos, na maioria das vezes de negócio jurídico, invertem situações anteriormente acertadas, atingindo permissões ou autorizações, surgindo de alterações na manifestação de vontade, embora possam trazer na formação nulidades nos modos de desfazer relações ou obrigar²⁷.

Na verdade, é precisamente o princípio da legalidade que separa os institutos da revogação e da anulação das nulidades que maculam adoecendo os atos administrativos ou trazendo consequências de eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* conforme direitos ou interesses afetados²⁸.

24. “Os atos nulos são considerados como jamais formados; são juridicamente inexistentes; a nulidade ocorre de pleno direito, e, portanto, ninguém é obrigado a obedecê-lo, ante o seu caráter de invalidade absoluta; os atos anuláveis são considerados plenamente constituídos, enquanto não decretado o vício de que padecem”, pois o seu defeito pode ser “de menor gravidade, de simples irregularidade na sua feitura” (v. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, op. cit., v. 1, p. 577).

25. Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, p. 32-6.

26. Federico Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, p. 568-70.

27. Em bons termos doutrinários: “nulo é o ato que entrou, embora nulamente, no mundo jurídico; também entra, e menos débil, no mundo jurídico, o suporte fático do negócio jurídico anulável; nulo e anulável existem; no plano da existência, não há distingui-los; toda distinção só se pode fazer no plano da validade” (v. J. Cretella Júnior, *Do ato administrativo*, São Paulo, 1977, p. 239-40).

28. “... alguns dos vícios, que no direito privado vão dar lugar à nulidade, aqui são causas de simples anulabilidade” (v. J. Cretella Júnior, op. cit., p. 243).

De origem-princípio e nos resultados, revogados, anulados ou convalidados, os atos administrativos sofridos de vícios nulificadores, enquanto vigerem na projeção dos efeitos, determinam responsabilidade, pressupõem culpa ou danos jurídicos em favor do administrado e na defesa da ordem constituída.

Não é preciso, porém, ir tão longe, porque a responsabilidade que provém da prática dos atos administrativos depende da eficácia quanto aos efeitos produzidos ou do ato em si que embora viciado produz danos jurídicos primários ou secundários.

Os primários ou diretos exigindo apenas o desaparecimento de uma ou mais nulidades para que o ato fique perfeccionado, os secundários ou indiretos carreando possibilidades ressarcitórias na medida dos prejuízos resultantes da vigência do ato viciado.

SUMÁRIO:

- 212. Limites do problema.
- 213. A retroatividade nas situações protegidas.
- 214. Retroatividade na má aplicação da lei.
- 215. Eficácia retroativa e efeitos duvidosos.
- 216. Conseqüências lógicas e jurídicas.
- 217. Determinação dos efeitos sobre o passado.
- 218. O valor de juízo na interpretação.
- 219. Ato novo na retroatividade.
- 220. A retroatividade na revogação.
- 221. A retroatividade na anulação.
- 222. Tutela administrativa e retroatividade.

CAPÍTULO XX

Retroatividade dos atos administrativos

212. Limites do problema

Apreciados os atos administrativos nos elementos constitutivos, o complexo problema da retroatividade no tocante a interesses ou direitos no seu equacionamento jurídico decorre necessariamente de dois inalienáveis pressupostos:

- o da eficácia;
- o da natureza dos efeitos.

Não há, por assim dizer, tanto no direito público como no direito privado, regras imperecíveis em matéria de retroatividade, *regras* que no geral não dependam do exame do ato administrativo ou do ato jurídico, já que na maioria dos atos as conseqüências criam ou não situações jurídicas.

Por essa razão, que parece fundamental, não se pode simplesmente afirmar:

- os atos administrativos *têm* efeitos retroativos;
- os atos administrativos *não têm* efeitos retroativos.

Na verdade, *in casu*, um ato administrativo necessita ser analisado *in concreto*, em face do que pretende ou quer a Administração, na razão de sua extensão e profundidade, tendo em conta ser manifestação de vontade na plenitude de poderes conferidos¹.

1. "O tema da *retroatividade do ato administrativo* não se equaciona, nem se resolve do mesmo modo que o paralelo da retroatividade da lei, a não ser, em tese, com relação aos atos administrativos denominados *gerais*; com efeito, o editor do ato não lhe pode, em tese, atribuir efeito retroativo, a não ser quando lei anterior expressamente o autorize" (v. J. Cretella Júnior, *Retroatividade do ato administrativo*, in *Compêndio em homenagem ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*, São Paulo, 1979, t. 1, p. 89).

Quando um ato nasce, surge de imediato para vigor ou ter eficácia, não podendo, quem analise um ato na sua finalidade, apontar outras condições que não as *atuais* e de momento jurídico, *condições* que nas projeções constituem a vida jurídica do próprio ato.

Princípio geral, portanto, é aquele que dá ao ato administrativo existência jurídica quando publicado, passando os problemas que surgirem a serem analisados conforme relação jurídica administrativa constituída ou dos efeitos do ato *in tempore*.

213. A retroatividade nas situações protegidas

Sem dúvida, em tese, “a aplicação retroativa do ato administrativo pode aceitar-se em determinadas situações jurídicas, assumindo sempre um caráter excepcional e sem chegar a constituir uma regra geral na matéria”².

A excepcionalidade, no entanto, da aplicação retroativa do ato administrativo há de considerar os limites subjetivos da eficácia, o alcance dos efeitos produzidos ou as dimensões que tomou o ato diante da vontade e da juridicidade³.

Daí porque não basta apenas a vontade manifestada, mas a juridicidade dos efeitos que afetaram direitos, limitando a eficácia ou atendendo a essência do ato administrativo. Importando, assim, os *direitos* e não simplesmente a vontade⁴.

Examinando o direito tal como se projetou, não podemos ter na retroatividade uma figuração empírica ou doutrinária, já que a afetação de direitos insertos na ordem jurídica subordinam a Administração conforme a natureza do ato praticado.

A questão, na devida colocação jurídica, tem sede naquilo que o ato deve produzir, pois não se discutindo a viabilidade das exceções, o que se discute não é o ato administrativo perfeito, porém aquele ato cujas consequências voltam a situações já protegidas.

214. Retroatividade na má aplicação da lei

Embora a norma deva impor apenas para o presente e o futuro, não devendo possibilitar efeitos retroativos, faz princípio constitucional que a lei não prejudicará o direito adquirido e o ato jurídico perfeito⁵, impondo a retroatividade nas hipóteses lesivas.

Fere o princípio geral da irretroatividade o ato que se imponha como retroativo em virtude da má aplicação da lei ou de lesões reconhecidas, so-

2. Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978, p. 363.

3. F. P. Mastropasqua, *I limiti subbiattivi di efficacia dell'atto amministrativo*, Milano, 1950, Cap. 1, p. 13-57.

4. F. P. Mastropasqua, *op. cit.*, p. 20-1.

5. Constituição Brasileira, art. 153, § 3.º: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

bretudo na anulação ou na revogação, nos casos de nulificação, nos quais a eficácia opera-se anteriormente ⁶.

Via de regra, tanto na prática como na doutrina, onde possa acontecer na relação da Administração com os administrados, a retroatividade protege os direitos constitucionais que dependem na sua aplicação de atos administrativos subseqüentes.

Pergunta-se: em que consiste a retroatividade? Resposta: no geral ela se ativa quando os efeitos jurídicos de um ato administrativo se produziram antes da vigência de novo ato ⁷. Vindo o novo ato retroativamente para assegurar direitos ou interesses.

As posições, ainda em tese nas relações administrativas, decorrem ou podem decorrer:

- de outros efeitos que se atribuam ao ato administrativo originário;
- do reconhecimento de efeitos anteriores não contemplados no ato atual;
- da extinção de relações jurídicas anteriormente constituídas;
- do ato perfeito que não atendeu disposições expressas de lei.

De qualquer maneira, o retroagimento aplicado ao Direito Administrativo reflete-se, no tocante à eficácia, na interpretação dos atos precedentes, na revogação, na anulação, na convalidação ou na conversão ⁸, alterando efeitos e resguardando situações.

215. Eficácia retroativa e efeitos duvidosos

Melhor dizendo: “nas hipóteses de desfazimento do ato administrativo”, principalmente “traduzidas nas duas modalidades existentes, a anulação e a revogação, é que vamos encontrar, em toda sua plenitude, o problema da retroatividade do ato administrativo” ⁹.

Não obstante “a aplicação no tempo dos atos administrativos venha dominada pelo princípio geral da não-retroatividade” ¹⁰, é admissível a retroatividade em face da aplicação exata da lei, quanto a direitos lesionados ou inadequada interpretação da norma.

Dentro porém do pressuposto que não há regra sem exceção, do ato administrativo examinado *in concreto* na eficácia e nos efeitos atingidos ou por atingir, duas situações podem ocorrer:

6. “A eficácia do ato pode ser estabelecida em momento anterior à sua perfeição e, neste caso, ocorre a retroatividade; existem atos retroativos por sua própria natureza, como, por exemplo, a anulação e a revogação que desfazem a eficácia dos atos anteriores” (v. J. Cretella Júnior, op. et loc. cit., p. 91).

7. Juan Carlos Cassagne, op. cit., p. 364.

8. Guido Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, t. 1, p. 235.

9. J. Cretella Júnior, op. et loc. cit., p. 93.

10. Raymond Malezieux, *Manuel de droit administratif*, Paris, 1954, p. 143.

- a da existência de eficácia retroativa;
- a da revisão dos efeitos duvidosos.

Todavia, todos aqueles atos que se referem a atos antecedentes ou precedentes¹¹, sejam de natureza confirmatória ou ratificatória, de declaração de nulidade ou anulamento, retroagem necessariamente para alcance da finalidade prevista.

Pela revisão, sanados os efeitos ou o próprio ato, ratifica-se a vontade e a eficácia retroage a fim de que novo ato convalide o anterior, exercendo a Administração poderes de autocontrole nos limites assegurados de direitos.

216. Conseqüências lógicas e jurídicas

Nesta passagem é de importância conhecer, que, embora a irretroatividade dos atos administrativos seja princípio jurídico geral consagrado, não devemos confundir a irretroatividade com os institutos afins da revogação ou da anulação.

No fundo, na forma e na finalidade, “pela revogação de um ato extinguem os efeitos”, conquanto “pela anulação declara-se a morte total do ato e das relações criadas desde o nascimento”¹², impossibilitando qualquer confusão doutrinária.

Todavia, os efeitos retroativos na revogação ou na anulação justificam-se porque o novo ato declara a inexistência dos anteriores, no tocante à revogação por motivo de mérito e no tocante à anulação por defeitos que maculam o ato.

A retroatividade, excepcionalizando efeitos, afirma conseqüências lógicas e jurídicas em algumas categorias, a saber:

- quando “anulatórios de atos ilegais anteriormente praticados ou que executem sentenças de anulação”;
- quando “aproveitem atos ilegais anteriores sanáveis nos termos da lei por ratificação, reforma ou conversão”;
- quando “interpretativos” ou de “retificação de erros de escrita ou de cálculo de atos anteriores”¹³.

Dentro do princípio geral da irretroatividade a ninguém cabe desconhecer como fizemos ver os atos que merecem proteção jurídica e que no tempo criando direitos permitiram incorporação dos mesmos ao patrimônio dos administrados.

217. Determinação dos efeitos sobre o passado

Não se pode deixar de concluir, por razões *lógicas* na dinâmica administrativa e também razões *jurídicas* no ordenamento positivo, que o princípio

11. Giovanni Miele, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1960, t. 1, p. 193.

12. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 306.

13. Marcelo Caetano, *Princípios fundamentais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 164-5.

da irretroatividade não é absoluto, uma vez que o efeito retroativo ou sobre o passado condiz com a garantia assegurada dos direitos protegidos ¹⁴.

Com respeito ao ato de eficácia retroativa em si mesmo caracteriza exceção na atividade legal, pois “o problema se fixa na determinação dos efeitos sobre os fatos passados, sobre situações jurídicas anteriores” ¹⁵, ou seja, da eficácia do novo ato sobre o anterior, precedente ou antecedente.

Tirante o que na doutrina é pacífico, isto é, que o ato administrativo produz efeitos presentes, imediatos ou futuros, convém na prática apreciar não só o caráter acidental da retroatividade, mas a reparação de consequências jurídicas acontecidas no passado ¹⁶.

A retroatividade, como meio de procedimento legal, visa, sobretudo, interesses tutelados e direitos constituídos, não simplesmente atingir ato perfeito ou regular, nunca forçar a Administração rever decisões ou admitir critérios contrários à ordem jurídica.

Evidentemente, a regra geral da não-retroatividade é uma questão de regime e de organização constitucional, não se podendo aceitar a rigor “as disposições análogas do Direito Civil” ¹⁷, porém apreciar o que vem da natureza dos atos administrativos quanto à eficácia e os efeitos jurídicos.

218. O valor de juízo na interpretação

Vincula-se, no fundo, o problema da retroatividade ao problema da interpretação dos atos administrativos, valendo para compreensão que “a retroatividade é consequência natural de atos ditados de acordo com normas objetivas”, ou seja, “subordinados ao que fica disposto normativamente” ¹⁸.

O que quer dizer: se a norma objetiva nada dispõe, o ato não tem efeito retroativo, mas terá “por razão de tempo conforme o direito subjetivo de que trate, isto é, em face “da força retroativa do ato” ¹⁹, do ato impondo eficácia sobre o passado.

A retroatividade chega para substituir uma situação *anormal* por outra *normal*, mediante valoração da eficácia quanto aos exatos efeitos a produzir

14. “O efeito retroativo se confunde, assim, com a aplicação de um ato com violação de direitos adquiridos, isto é, de situações jurídicas já consideradas no patrimônio de quem as adquiriu” (v. Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 176).

15. Themistocles Brandão Cavalcanti, *op. cit.*, p. 176-7.

16. “Relativamente a certos atos administrativos, a retroatividade é da natureza do ato jurídico; tal se verifica com os atos declaratórios, que remontam seus efeitos à época em que os fatos se verificaram, e desde essa data lhe atribuem consequências jurídicas; sirvam de exemplo os que declaram o tempo de serviço do funcionário para efeito de adicional; igualmente, isso se verifica com os atos que constituem condição legal para eficácia de outro; assim, a aposentadoria de funcionário que depende de homologação do Tribunal de Contas” (v. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1969, t. 1, p. 536-7).

17. Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, p. 232-6.

18. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 268.

19. Recaredo F. de Velasco, *op. cit.*, p. 269.

ou a serem produzidos, principalmente quando pretendem reconhecer vantagens, interesses ou direitos antes existentes e protegidos ²⁰.

Senão vejamos, para exemplo: a revogação de atos declaratórios de direitos restabelece ou não situações anteriores, sobretudo com respeito a casos de lesividade, se a revogação não faz ato retroativo sobre atos antecedentes ²¹? Claro que sim.

Da mesma maneira, numa decisão suspensiva, o ato de suspensão retroage, parализando a eficácia, detendo a execução ou os efeitos do ato. Não obstante a doutrina tergiverse, os efeitos ficam pendentes diante da natureza provisória da manifestação administrativa ²². Na retroação, há sempre uma relação anterior, exigindo proteção.

219. Ato novo na retroatividade

De plano geral, aceita como regra impositiva a tese da não-retroatividade, é retroativo qualquer ato “que pretenda fazer remontar seus efeitos a uma data anterior à sua entrada em vigor” e aqueles que venham dependendo de requisitos procedimentais ²³.

Também passa a retroativo, no plano da interpretação, ato novo que procure dar conteúdo exato ao anterior refazendo ou clareando situações equívocas, afirmando ou explicitando a posição da Administração em face das relações formalizadas.

Embora, em muitos regimes, no Direito Administrativo sejam mais teóricas que práticas as construções em torno da retroatividade ou da irretratividade, permanecem as exceções legais à regra da não-retroatividade como valores jurídicos consagrados ²⁴.

Na hipótese de atos *obscuros*, o hermeneuta é levado à interpretação da vontade do legislador ²⁵; como nas áreas recursais o ato pode ser interpretado na sua fonte, surgindo assim como eficaz à época da sua edição e publicação.

Nas várias hipóteses, os atos confirmativos, interpretativos ou retificativos possuem efeito retroativo. Conduzem à eficácia anterior restituindo conseqüências, restaurando situações ou reconstituindo relações antes existentes.

20. Aldo M. Sandulli, *Atti retroattivi*, in *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1954, p. 278-9.

21. Aurélio Guaita, *Revocación de actos declaratorios de derechos en materia de personal*, Madrid, 1952, p. 29-30.

22. Ugo Gargiulo, *La sospensione dell'atto amministrativo da parte del consiglio di Stato*, Napoli, 1948, p. 108-20.

23. Olivier Dupeyroux, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, Paris, 1954, p. 94-5.

24. Olivier Dupeyroux, *Les exceptions légales à la règle de la non-rétroactivité*, in op. cit., p. 120.

25. Olivier Dupeyroux, *L'interprétation par le Conseil d'État de la volonté du législateur*, in op. cit., p. 233.

220. A retroatividade na revogação

Não se trata aqui de novamente apreciar o ato revogável ou não, a revogabilidade ou a irrevogabilidade, mas de conhecer no instituto da revogação força de fazer cessar os efeitos de um ato por meio de um novo que tire a existência do anterior.

Sem dúvida, um ato que revoga ato anterior é um ato que retroage. Não importa, ao analista, a natureza do ato revogatório. Em termos, acaso a revogação vulnere interesses ou direitos, no mérito ou nos motivos é que o ato de revogação pode ser impugnado.

São os efeitos do ato revogatório que devem ser considerados, pois “o desfazimento encontra barreira inarredável nos direitos adquiridos, que se erguem como limites intransponíveis à vontade da Administração”²⁶.

Enquanto não examinados os efeitos do ato de revogação, supostamente válido pelo que representa e quer, temos nele autêntico ato retroativo que passa a vigir tornando ineficaz o ato precedente ou desfazendo os efeitos já produzidos.

Portanto “podemos dizer que o ato revogatório é um provimento *ex novo* sobre matéria já disposta anteriormente”²⁷, um provimento-ato que retroage ao tempo do ato revogado, fazendo no momento da revogação cessar a eficácia e as relações antes firmadas.

Com a supressão dos efeitos do ato anterior a revogação faz nova disposição-ato²⁸. Realiza-se pela sua natureza retroativa a fim de atingir situações passadas não obstante fique aberta a discussão se o ato era ou não revogável.

221. A retroatividade na anulação

Só é nulo ou anulável ato com existência definitiva e vigência no tempo. O importante, na temática, não reside em debater procedimentos anulatórios, mas sim em procurar saber até que limite o ato de anulação opera sobre o passado quando age para extinguir o anterior²⁹.

Se o ato administrativo existente, nulo ou anulável, está produzindo efeitos, a anulação é atividade retroativa. Para que um ato seja eliminado desde o momento da sua formação, necessário é existir novo ato que tenha plena eficácia retroativa.

Já que o ato administrativo de anulação, na sua condição instrumental jurídica, objetiva na projeção apagar outro ato nos efeitos, o seu alcance não é presente porque se estende ao passado, não é atual porque volta ao tempo do ato nulo ou anulável.

26. J. Cretella Júnior, op. et loc. cit., p. 98.

27. Lucia Valle Figueiredo, A revogação dos atos administrativos, in *Compêndio em homenagem ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*, São Paulo, 1979, t. 1, p. 126.

28. Lucia Valle Figueiredo, op. et loc. cit., p. 123.

29. Neste livro, 5.^a parte, Caps. XVIII e XIX.

A retroatividade, nas hipóteses anulatórias, é concreta e tangível. O simples *deixar sem efeito* ato vigente caracteriza a retroatividade. Qualifica uma decisão voltada para ato defeituoso que poderia estar produzindo efeitos mesmo quando infringente na ordem jurídica.

222. Tutela administrativa e retroatividade

A responsabilidade nas questões de retroatividade decorre do exercício da tutela nas áreas internas administrativas, pois a tutela impõe à Administração *dever* pelas potestades que possui de tomar decisões que venham legitimar situações ilegítimas ou prover situações irregulares em regulares.

A tutela estende-se, conforme os regimes de organização administrativa, na hierarquia, a toda Administração ativa, intervindo para consagrar medidas condicionantes, seja suspensivas, corretivas, revogatórias ou anulatórias ³⁰.

Claro que não podemos sem conhecimento dos regimes ou dos ordenamentos jurídicos avaliar os limites e a natureza da tutela, já que a idéia de ação tuteladora tem sentido nos sistemas administrativos e resulta dos pressupostos organizacionais.

Na verdade, podem ser considerados atos de efeitos retroativos, aqueles atos que, excedendo a regra geral da não-retroatividade, alcançam órgãos e agentes na descentralização, desmanchando situações tidas como resultantes de liberalidades ou incapacidade decisória ³¹.

Em face da prática administrativa consagrada, nas hipóteses permissíveis, o ato que retroage fica a juízo da Administração, responsável que é diante de prejuízos ou danos eventuais, na aferição do interesse público ou em matéria de direitos personalizados, sobretudo no tocante a atos que reflitam desvio ou excesso de poder.

30. Olivier Dupeyroux, Tutelle administrative et rétroactivité, in op. cit., p. 301-11.

31. Olivier Dupeyroux, op. cit., p. 305-6.

SEXTA PARTE

- **Desvio de poder nos atos administrativos**
- **Excesso de poder nos atos administrativos**
- **Abuso de poder nos atos administrativos**
- **Atos administrativos e direitos adquiridos**

SUMÁRIO:

- 223. Harmonia entre motivação e finalidade.
- 224. O limite da eficácia e os efeitos produzidos.
- 225. Ato e destinação equívoca.
- 226. O ato não pode querer mais que a lei.
- 227. Desvio e excesso de poder.
- 228. Finalidade e legalidade.
- 229. O direito e o fato na finalidade.
- 230. Finalidade e moralidade.
- 231. A tradição no pensamento doutrinário.

CAPÍTULO XXI

Desvio de poder nos atos administrativos

223. Harmonia entre motivação e finalidade

Constitui o desvio de poder, no Direito Administrativo, a prática de ato distante da finalidade legal prevista. Todo ato, exercitado ao arrepio da finalidade, embora não ferindo a competência, violenta a lei, o direito e a vontade do legislador.

Um ato administrativo, seja qual for a natureza, bem estruturado nos elementos, pela categoria a que pertence, traz ou deve trazer um escopo a realizar. Havendo, portanto, desarmonia entre a motivação e a finalidade caracteriza-se o desvio de poder.

A motivação, por sua vez, justificando a edição do ato considerado perfeito na formação há de trazer ao intérprete convicção de certeza jurídica na finalidade. Por isso, a finalidade divorciada da motivação torna o ato administrativo ilícito ou imoral¹.

Aliás, o ato administrativo, quando interpretado, conduz o analista a dois tipos de investigação:

- uma para saber da legalidade;
- outra para saber se o ato é legal ou apenas possui aparência de legalidade.

1. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, A moralidade administrativa e o desvio de poder, in: *O controle da moralidade administrativa*, São Paulo, 1974, p. 179-95. "A prática do ato em circunstâncias diversas das requeridas importa a manifestação pelo direito da sua repugnância em reconhecê-lo como produtor de conseqüências jurídicas" (v. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, p. 138).

Assim o desvio de finalidade, que corresponde ao desvio de poder, fica a exigir três tipos de controle:

- o da tutela jurídica na hierarquia;
- o da observância da lei ou da norma;
- o da imperatividade do ato administrativo no seu fundamento e manifestações.

Obviamente, nas manifestações², o ato administrativo, que na sua imperatividade falsear a finalidade, coloca a Administração contra o ordenamento e a ordem jurídica positiva. Permitiu-se o *desvio* e assim deve ser apreciado na sua eficácia.

224. O limite da eficácia e os efeitos produzidos

A questão, entretanto, que mais preocupa a doutrina no desvio de poder ou finalidade, reside na “distorção do fim legal, substituído habilidosamente por um fim ilegal ou imoral não desejado pelo legislador”³.

Envolve o problema, como estamos vendo, a necessária harmonia entre a vontade administrativa e a vontade do legislador ou mais propriamente da lei. Não se observando harmonia o ato administrativo fica ilegítimo porque desvirtuado nos legítimos propósitos.

Sem dúvida, toda lei, quando pertinente, traz “certas finalidades que apreciadas de acordo com as circunstâncias e pelo que pretende decidir⁴, só pode dar lugar ao ato certo no objeto e na conseqüente eficácia jurídica.

O importante, no desvio de poder ou finalidade, além da motivação, é a percepção do limite subjetivo da eficácia⁵, ou seja, até onde o ato desviado pode chegar afetando direitos. Até que ponto justifica o interesse público atual.

No desvio de poder, diante da finalidade do ato, a eficácia na produção dos efeitos, afastando-se a hipótese de circunstâncias excepcionais⁶, pro-

2. Eduardo Soto Kloss, *Suspensión y revogación, La imperatividad del acto administrativo: sus fundamentos, sus manifestaciones*, in: *La ejecución del acto administrativo*, Bogotá, 1979, p. 8-16.

3. “Dentre os elementos indiciários do desvio da finalidade está a falta de motivo ou a discordância dos motivos com o ato praticado; tudo isto dificulta a prova do desvio de poder ou de finalidade, mas não a torna impossível se recorrermos aos antecedentes do ato e à sua destinação presente e futura por quem o praticou” (v. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 84). “Para a prova do desvio de poder, os meios indiretos, como as presunções judiciais, podem desempenhar um papel importante” (v. Alberto Ramon Real, *La prueba administrativa*. *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*, Montevideo, 1977, p. 92).

4. Agustín A. Gordillo, *Desviación de poder*, in: *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1974, t. 1, p. VIII-32/3.

5. Para consultar: F. P. Mastropasqua, *I limiti subbietivi di efficacia dell'atto amministrativo*, Milano, 1950, p. 71-7.

6. Raymond Malezieux, *La légalité dans les circonstances exceptionnelles, Le détournement de pouvoir*, in: *Manuel de droit administratif*, Paris, 1954, p. 138-221; Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *A linha moral na ação administrativa*, in op. cit., p. 109-21.

voca situações que atingem a competência e vulneram a normalidade do ordenamento jurídico.

Resta ao hermeneuta saber, examinando *in concreto* um ato administrativo acusado de desvio:

- qual o limite da eficácia;
- quais os efeitos produzidos.

Já que na verdade o ato praticado com desvio de finalidade uma vez consumado não é fácil de ser examinado na sua aparência de legalidade, as medidas probatórias de impugnação devem ficar adstritas aos valores de eficácia quanto à vontade ou dos efeitos em razão da eficácia.

225. Ato e destinação equívoca

Duas situações concretas possuem na doutrina viabilidade de prático entendimento:

— “a atividade administrativa sendo condicionada pela lei à obtenção de determinados resultados, não pode a Administração deles desviar-se, demandando resultados diversos dos visados pelo legislador”;

— “os atos administrativos devem procurar atingir as conseqüências que a lei teve em vista, quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade”⁷.

A questão, portanto, é de lei ou de norma legal. Nunca de simples manifestação de vontade. Sobretudo nos serviços públicos onde as finalidades são concretas e verificáveis. Principalmente quando a Administração planeja e traça planos de atividade.

Ao intérprete não cabe, nas relações efetivas, cair em sutilezas a fim de buscar motivações psicológicas. Um ato após editado traz as causas e aponta a finalidade. Não possui, ou pelo menos não deve possuir, destinação equívoca ou temerária.

Embora muitas vezes não se possa fugir, não há porque não sendo preciso separar o *espírito* da lei da *letra* da lei, já que nem matéria administrativa as posições surpreendem pela objetividade do querer e do fazer administrativo⁸.

O desvio de poder ou finalidade torna o ato administrativo não só inadequado juridicamente, mas impreciso nos pressupostos inalienáveis de validade. Ofende, antes de ferir, a legalidade, a juridicidade e o princípio da legitimidade⁹.

7. M. Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 1968, p. 79.

8. “Na realidade, o desvio de poder permite sancionar violações do espírito da lei que respeitam, no entanto, a letra da lei; a violação do espírito da lei constitui também violação da lei, motivo por que o desvio de poder é igualmente uma forma de ilegalidade” (v. J. Cretella Júnior, *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*, São Paulo, 1978, p. 73).

9. “Pode o ato administrativo eivado de desvio de poder ser fulminado pela própria Administração Pública como pelo Poder Judiciário” (v. Percival Júlio Vaz Cerquinho, *O desvio de poder nos atos administrativos*, São Paulo, 1977, p. 67).

Tudo na Administração é lei ou norma, causa e efeito, fim ou finalidade. A simples vontade, que pode legitimar o querer, não é o bastante na atividade administrativa. O bastante, além da causa e da motivação, chama-se finalidade explícita, determinada e legal.

Não sendo na extensão um problema de competência, o ato exercitado com desvio de finalidade atinge no entanto a competência no exercício da função. Tão-somente porque não há *função* sem um limite de *atribuições* qualificadas por lei.

226. O ato não pode querer mais que a lei

Na verdade “um ato administrativo não tem maior imperatividade que a lei”, ficando carente de imperatividade quando sem sustentação legal passam “a irregulares ou antijurídicos”, podendo “qualquer cidadão desconhecê-lo, desobedecê-lo ou a ele resistir”¹⁰.

O desvio de poder ou finalidade, na sua devida colocação jurídica, quando exorbita da lei ou da norma, faz, não obstante a competência na função, atividade irregular, pois a toda função correspondem atribuições limitadas por força da lei.

Além disso tira a imperatividade do ato, ou seja, a sua juridicidade diante de exatas prescrições legais. Sem dúvida que despoja a Administração de poder jurídico, possibilitando ao administrado usar dos meios viáveis de proteção jurisdicional.

Não só isso porém. Quando um ato administrativo entra no mundo jurídico querendo mais do que a lei diz, este ato forçou os limites do possível legal, caindo em ilicitude por corromper a finalidade ou por dispor da norma sem respeitá-la nas prescrições.

Se órgãos ou agentes existem, *existem* porque foram criados pelo direito, *criados* “para obrar juridicamente na medida em que o direito haja determinado”¹¹, sem que a eles se possibilite alcançar finalidades inidôneas ou fins que extravazem a força jurídica da função.

Haverá sempre desvio de finalidade quando a Administração, para satisfazer determinadas necessidades públicas, não busca, por meio da função, maneiras de exercitar as potestades que lhe são inerentes adotando critérios adequados de jurídico comportamento administrativo.

227. Desvio e excesso de poder

Convém diante das práticas administrativas não confundir desvio de finalidade com excesso de poder. São duas colocações que na doutrina se

10. Eduardo Soto Kloss, *Suspensión y revocación — sistema do common law inglês*, in op. cit., p. 14-5; Caio Tácito, *Desvio de poder em matéria administrativa*, Rio de Janeiro, 1951, p. 4.

11. Eduardo Soto Kloss, *El sistema románico continental*, in op. cit., p. 16-21; lembrar na doutrina: Henri Welther, *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative*, Paris, 1939; Michel Rousset, *L'idée de puissance publique en droit administratif*, Paris, 1960; Lon F. Fuller, *The morality of law*, London, 1964.

aproximam, mas que objetivamente correspondem na finalidade a distintas maneiras de conduta administrativa ¹².

No *desvio*, reafirmamos, o que há é uma troca de finalidade, o alcance de outra que não aquela determinada. No *excesso*, respeitada a finalidade, o querer administrativo vai além do que o previsto, resultando em autoritarismo ou arbítrio na atuação.

Feito o necessário reparo, muito embora não poucas vezes a doutrina identifique os pressupostos, é bom deixar explicitado:

— “em toda definição de *desvio de poder* existem dois elementos nitidamente diferenciáveis: em primeiro lugar a presunção de legalidade objetiva do ato; em segundo o afastamento do ato do seu fim legal” ¹³;

— a noção de *excesso de poder* é incerta, regular na aparência embora revestida de forma que amplia a finalidade dando ao ato conteúdo de maior extensão quanto aos fins esperados ¹⁴.

No desvio de finalidade pode haver *excesso*, ao passo que no excesso não há *desvio* de finalidade. *Desvio* nada mais é que alterar o destino das

12. “Deixando de lado o poder discricionário, o desvio de poder nada mais é que o desvio de finalidade, que ora parece como *excesso* de poder, ora como *abuso* de poder, expressões que apesar de não sinônimas se apresentam fundadas numa mesma realidade conjuntural; essa realidade é o Poder Público nas suas variadas manifestações ativando-se dentro de regras estabelecidas, isto é, nos limites legais circunstancialmente permitidos; a rigor, não há função administrativa que não se enquadre na ordem jurídica; na chamada esfera de *liberdade*, bastante imprecisa na temática doutrinária, a Administração deve fazer valer a lei por meio apenas de duas maneiras diferentes; ou bem executando-a fielmente, ou então ajustando-a aos seus fins” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *O controle...*, cit., p. 180). “Considerando que o uso da faculdade discricionária se faça com *fim* diverso, aí temos o ponto de aproximação entre o poder discricionário e o desvio de poder e sem que se precise confundir as noções no exame da livre atividade estatal; há que necessariamente distinguir para maior exatidão na qualificação dos conceitos, o espírito da lei em oposição à letra da lei...; a condição da certeza na interpretação do ato administrativo é uma necessidade de relação jurídica” (idem, *O controle...*, cit., p. 182-3).

13. Julio A. Prat, *La desviación de poder*, Montevideo, 1976, p. 43; Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Do desvio ao excesso de poder*, in: *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 185.

14. As imprecisões da doutrina decorrem dos regimes administrativos e da evolução dos conceitos. Merecem cuidadosos estudos, as posições de: Laubadère, Jéze, D'Alessio, Fragola, Duez e Gendín. Gastón Jéze, por exemplo, acha que tudo traz abuso de poder. Na verdade, esta última expressão tem sentido generalizante. Diante, porém, de atos concretos, duas soluções ficam viáveis: a da verificação da *finalidade possível* e a da *interpretação lógica*. Já é tempo, sem dúvida, de fixar os conceitos, separando o desvio do excesso de poder. “Quando através dos elementos do ato se puder chegar à conclusão de que o sujeito assumiu como escopo individual a prossecução dum interesse que não era o interesse típico apontado pelo legislador, então deve ter-se a certeza de que a lei não pode reconhecer consistência ao ato, porque também de fonte segura o conteúdo da escolha do agente não pode ser o melhor, o ótimo, como ela queria” (v. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, ob. cit., p. 222).

coisas ou dos fatos. *Excesso* aquilo que ultrapassa o limite legal. Os fenômenos quando acontecem dão significação singular aos atos administrativos e constituem vícios que ilegitimam o ato¹⁵.

Equacionado o problema na sua adequação lógica “o desvio de poder é uma espécie de ilegalidade e não mera imoralidade administrativa”¹⁶. Ilegalidade que, pelo desvio ou no excesso, domina sobretudo a *forma* do ato.

228. Finalidade e legalidade

De princípio, “a finalidade, que a lei designa, é, portanto, outro elemento essencial de legalidade dos atos administrativos, conforme a lição dos doutrinadores no direito brasileiro, como no comparado”¹⁷.

Desfeita, por imposição de lógica jurídica, a unidade de valor que não existe entre atos desviados e os praticados com excesso, o entendimento passa a refletir na ilegalidade distintas atuações condenáveis e passíveis de anulabilidade.

Na França, embora os critérios não tenham aplicação no Brasil, valem contudo pela juridicidade dos princípios consagrados. De igual maneira na Itália e Portugal, como em outras nações¹⁸. O importante, entretanto, fala necessariamente de regimes administrativos.

Matéria de fato, de lei e finalidade, o desvio deve ser apreciado conforme situações concretas, isto é, de acordo com a natureza do ato na sua extensão finalística, tendo em conta conseqüências e efeitos produzidos, resultados não previstos e artificialmente conseguidos.

É o que vamos tentar, não obstante, ainda agora, as questões de *desvio* não ofereçam soluções senão interpretativas. Uma lei autorizativa, por exemplo, faz ou pode fazer caso concreto. As permissões também. Outro tanto os atos expropriatórios e os que na base da lei declaram ou criam situações.

229. O direito e o fato na finalidade

Todavia “o campo reservado ao *poder de polícia* é o que fornece mais exemplos do *desvio de finalidade*”¹⁹. Não esquecendo aqueles atos em que a Administração discricionariamente valora a conveniência ou a oportunidade.

15. A jurisprudência francesa ou italiana, servindo aos respectivos regimes, em outros não impedem fatos visíveis que na finalidade acontecem com desvio ou então excesso. Todavia, em face da evolução e das transformações sofridas pelo direito público, os conceitos já caminham separadamente. E vão ganhando conteúdo peculiar.

16. Marcelo Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 177.

17. Caio Tácito, *Direito administrativo*, São Paulo, 1975, p. 119.

18. Verificar posições: J. Cretella Júnior, *Do desvio de poder*, São Paulo, 1964, p. 65, 72, 77, 88-92; *Anulação...*, cit., p. 149, 161, 168, 175-87; Julio A. Prat, op. cit., p. 139.

19. J. Cretella Júnior, *Do desvio...*, cit., p. 119.

Nas desapropriações, principalmente, as ocorrências que fazem desvio de finalidade não são poucas²⁰. Para conhecimento conclusivo basta que haja, nas espécies expropriatórias, alteração do destino da coisa expropriada.

Quando a finalidade vem implícita ou explícita, os critérios discricionários ficam inidôneos, maculando o ato exercitado por falta de atendimento legal, isto é, do que a lei na sua clareza dispõe para fazer cumprir na exatidão do mandamento.

Surpreendem, na maioria das hipóteses de desvio da finalidade, duas condições não respeitadas:

- uma de *direito* imposta por expressa disposição legal;
- outra de *fato* conseqüente da eficácia na materialização do ato.

Considerado o valor da atuação administrativa, o ato na sua qualificação jurídica, o desvio de finalidade fica provado, devendo o hermeneuta atender:

- o exame da forma inadequada na espécie;
- a análise dos efeitos com respeito aos fins ilegítimos²¹.

A finalidade, assim, já que a lei está claramente dizendo, não constitui diante da imperatividade do fato na fase de conhecimento, discricção, oportunidade ou conveniência. Sim flagrante ilegalidade por motivo de falsa destinação.

230. Finalidade e moralidade

Na verdade, as projeções podem abreviar-se numa só: “a violação da lei”²². Mas, por certo, para que a violação da lei fique constatada, interessa conhecer o ato na categoria e nos efeitos, a fim de caracterizar sua lesividade.

Sem dúvida, importa bastante, no desvio de finalidade, o ponto de toque formal e material²³. Pelo aspecto *material* com maior precisão afere-se do alcance do ato administrativo na eficácia e nas inevitáveis conseqüências.

Em qualquer dos aspectos nominados, incide sobre a conduta da Administração, no momento em que baixa ato com desvio de finalidade, desvirtuando determinantes legais, a acusação de comportamento contrário à moralidade administrativa²⁴.

A moralidade não traduz aqui apenas um simples pressuposto, mas *ratione materiae* significa, num ato praticado com desvio de finalidade, a intenção de não conhecer a lei ou incorretamente manifestar a vontade.

20. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Do mandado de segurança e do ato expropriatório, in *Do mandado de segurança nas desapropriações*, São Paulo, 1976, cap. 2, p. 43-59.

21. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *A prova administrativa*, São Paulo, 1973, p. 121-41.

22. Julio A. Prat, op. cit., p. 23.

23. Georges Vedel, *Droit administratif*, Paris, 1964, p. 459-60.

24. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *O controle...*, cit., p. 181-3.

Uma irregularidade qualquer que venha alcançar o princípio da finalidade, ou seja, distorcendo a expressa vontade legal, ilegítima o exercício do poder administrativo, porque:

— sempre existe uma regra superior determinando a competência a nível da norma geral e da lei específica;

— a infração da regra, diante do que a norma legal não permite e a lei não dá, constituindo atuação praticamente viciada.

Observando os caracteres objetivos do ato como os seus caracteres subjetivos, estamos a saber que o desvio de finalidade é um dos fenômenos mais sensíveis no direito, pois ofende a ordem jurídica e o princípio da subordinação à lei.

231. A tradição no pensamento doutrinário

Tenhamos, portanto, sem falar em discricionariedade, que “o desvio de poder é um vício objetivo caracterizado pelo desencontro de um ato e a finalidade objetivamente traçada pela norma autorizadora da prática do ato em causa”²⁵.

Acertamos, mais, esquecendo a discricionariedade, que o desvio de finalidade, *in concreto*, decorre:

— do exercício indevido da competência para a edição de ato contrário à lei e diverso do que ela pretende;

— da formalização de ato vindo a desvirtuar finalidade e dando motivo à revisão ou à anulação.

Daí, jamais tocando em discricionariedade, o vício real, que marca o desvio de finalidade, provir:

— da ausência de poder legal para legitimar a atuação administrativa;

— de defeito na manifestação de vontade com respeito à função e forma do ato.

Não é de agora, mas da tradição de pensamento doutrinário, a posição de que o desvio de poder legal surge mediante ato condenado pela diferença dos fins, fazendo “abuso de mandato conferido”, e “incorrecção nas intenções” que a lei não permite e a norma geral proíbe²⁶.

Ato administrativo que passa a *fato*, o desvio de finalidade quando acontecido ofende as *formas* impostas pela legislação, as atribuições de *competência* no exercício da função e, na origem, poderes virtuais antes conferidos²⁷.

Já que a lei impõe sempre uma correta e determinada finalidade para o ato jurídico, o desvio de finalidade faz ilegalidade em virtude de a Administração permitir-se a si própria contrariar a lei e provocar fins estranhos considerados exorbitantes.

25. Percival Julio Vaz Cerquinho, *op. cit.*, p. 80.

26. E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, 1896, t. 2, p. 548-9.

27. Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, 1938, p. 419; Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris, 1935, p. 132-40; Louis Trotabas, *Manuel de droit public et administratif*, Paris, 1953, p. 180; Marcel Waline, *Manuel de droit administratif*, Paris, 1946, p. 126.

SUMÁRIO:

- 232. Finalidade e condições lógicas.
- 233. O excesso nas condições extrínsecas.
- 234. Efeitos além dos previstos por lei.
- 235. Eqüidade e moralidade.
- 236. Excesso e ato inexistente.
- 237. Excesso e arbitrariedade.
- 238. Comportamento ilícito.
- 239. Paralelismo entre desvio e excesso.
- 240. O cumprimento da lei pela
Administração.
- 241. A eficácia no excesso de poder.

CAPÍTULO XXII**Excesso
de poder
nos atos
administrativos****232. Finalidade e condições lógicas**

Embora não digam afirmativamente as construções doutrinárias ainda não chegaram ao ponto fundamental de distinguir o desvio de poder do excesso de poder¹. No entanto, pela própria atividade pública e de como se manifesta a vontade administrativa não pode o analista deixar de apreciar situações *in casu* nada semelhantes.

O problema quando equacionado é de finalidade e também de interpretação, de *conhecimento* do ato administrativo na motivação e consequências, de *entendimento* da finalidade no exato momento jurídico da edição. Ganhando vida, o ato administrativo ganha força executória, e, portanto, há de cumprir-se nos fins.

Na finalidade, considerados os *fins*, duas aparecem as condições lógicas:
— uma de lei ou norma;
— outra de licitude no objeto.

Na primeira, havendo suporte legal, o ato nada tem de negativo no tocante à origem. Na segunda, tão importante quanto a primeira, a ilicitude surge por meio da verificação material dos efeitos, de *efeitos* que conduzem a fatos anormais, à *anormalidade* tirando do ato condição essencial de validade.

233. O excesso nas condições extrínsecas

Pelo *desvio* a finalidade é *outra*, não aquela de obrigatório atendimento legal. No *excesso* a Administração vai além do permitido, estendendo di-

1. Neste livro, 6.^a parte, Cap. XXI, § 227.

reitos, deveres e obrigações, favorecendo interesses ou retirando faculdades, inobservando a norma legal e as condições extrínsecas nela prescritas ².

Em face da inobservância da norma legal e das condições extrínsecas, o que se procura no *excesso* é a quantidade de valor jurídico contido no ato, o peso substantivo da eficácia na produção de efeitos excessivos ou a *mais* que a Administração poderia afetar ou conceder.

Evidente que, tanto no exame do desvio, como do excesso de poder, a nulificação procede tão-somente porque o poder conferido extravasou limites, na última hipótese, *excedeu-se* nas medidas ampliando a finalidade nos efeitos a serem efetivamente produzidos ³.

Claro que é importante para a doutrina, deixando à parte o desvio de poder, considerar o excesso de poder construindo teoria própria para os atos administrativos marcados de efeitos excessivos, isto é, de *efeitos* que conflitem a declaração de vontade com a norma legal permissiva ⁴.

Tanto é aceitável, no tocante à finalidade, o exame em profundidade do ato administrativo em face da teoria do *desvio* como da teoria do *excesso*, pois não podemos deixar de avaliar nos casos concretos como se usa ou abusa do poder público dentro ou fora do concedido por lei.

234. Efeitos além dos previstos por lei

Está claro que nada queremos inovar em matéria administrativa. O que se propõe, com adequado posicionamento jurídico, na realidade, é dar a cada fenômeno o destaque casuístico, já que o *excesso* na projeção da finalidade do ato pode consagrar duas situações:

- uma de exata competência para a declaração de vontade;
- outra de objeto ilícito ou impossível.

Haverá *excesso*, não *desvio*, quando o ato administrativo ultrapassa dos limites legais ou provoca efeitos além dos normalmente previstos na finalidade imposta ao ato pela lei. O problema aqui não é de *fim diverso*, mas de alcance excessivo na finalidade.

A tarefa interpretativa é, por conseqüência, a de “determinar o fim legal, isto é, o fim pelo qual conferiu-se um certo poder a uma autoridade

2. Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 169.

3. Oreste Ranalletti, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945, p. 81.

4. A jurisprudência francesa denomina *detournement de pouvoir* o desvio de poder. Todavia, qualquer análise de maior penetração interpretativa há de considerar os *excessos* na sua distinta figuração, já que o problema se é de finalidade também pode ser de *quantidade* na finalidade. No sistema francês de justiça administrativa a unidade conceitual não prejudica *in casu* o exame de atos praticados com excesso de poder ou exercitados com uso abusivo de poderes. Na Itália, as colocações são as mesmas. O Conselho de Estado, num como noutro país, firmando jurisprudência pacífica, atende na prática o ato administrativo pela sua natureza, eficácia e também efeitos.

administrativa”⁵. Este *certo poder* não valida o ato senão dentro das limitações legais, definido na competência e preciso na finalidade. Isento, portanto, de excessos.

235. Equidade e moralidade

Um texto de lei, determinado na finalidade legal, exige para os casos legais e semelhantes, a mesma aplicação. Ferem regras de boa conduta administrativa as decisões que não tenham conteúdo de equidade e de moralidade:

- a falta de equidade faz problema de excesso de poder;
- quanto à falta de moralidade problema provável de desvio de poder.

O interesse público, editando atos ou recomendando decisões, “realiza-se tecnicamente em relação a certas situações de fato”⁶. As situações criadas, sendo objetivas, têm no texto de lei as intenções e as limitações. Não aconselham tratamento desigual entre pessoas iguais nas situações que se correspondem.

Sabemos que o *nepotismo* e as *pressões grupais* ainda agora no direito público dominam enormes áreas administrativas. Mas o direito por trás das liberalidades (excessos) tutela a Administração e resguarda situações jurídicas protegidas.

Nesse ponto a noção de *causa* vindo ligada à noção de *finalidade* qualifica a determinação legal, repudiando sobretudo os *excessos* e possibilitando a abertura dos conflitos, das controvérsias e dos recursos cabíveis conforme os regimes⁷.

Causa e finalidade, integradas no ato administrativo, constituem os dois elementos que atuam valorativamente contra os excessos de poder, dizendo o que a Administração deve ou pode fazer, *contendo*, entre o que há no fato e existe na lei, a vontade administrativa.

236. Excesso e ato inexistente

Quando se fala que um agente ou órgão administrativo não pode *exceder* suas funções, estamos a reconhecer que o *excesso* fulmina o ato na sua finalidade legal, a não ser que aconteça *erro de fato* revisável ou corrigível⁸.

5. Julio A. Prat, *La desviación de poder*, Montevideo, 1976, p. 47.

6. Georges Vedel, *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*, Toulouse, 1934, p. 314-16. “A teoria da causa serviria assim como garantia de que o ato administrativo, além de se propor um fim de interesse público típico, realiza também interesses públicos reais; e desta maneira favoreceu uma concepção puramente objetiva de excesso de poder, como vício da causa dos atos administrativos” (v. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, p. 156).

7. Henri Welter, depois de Maurice Hauriou, pioneiro na tese da *finalidade viciada*, nas suas observações sobre a *irregularidade dos fins*, consagrou posições preciosas na vida dos direitos, muito embora até hoje não tenham vencido o irracionalismo antipositivo nas relações administrativas (v. *Le controle juridictionnel de la moralité administrative*, Nancy, 1929, p. 470-75).

8. *Secundum allegata et probata*, na expressão de Michel Stassinopoulos (v. *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, p. 181).

Entretanto, na prática, o *excesso de poder* não é apenas uma teoria. A Administração extravasando o interesse público qualificado pela norma, ou, então, tentando impor finalidade não querida pelo legislador, o *excesso* passa a vício semelhante ao vício do desvio de poder.

É preciso, portanto, em face de artificiosa legitimidade formal, analisar os efeitos jurídicos ou se o ato nos efeitos carecia de texto expresso de lei. Carecedor, sem dúvida, o ato inexistirá, não terá existência porque apresenta-se gravemente viciado.

Por consequência de lógica jurídica, o ato administrativo, que venha dando o que não possa dar, *inexiste materialmente*, cabendo ao intérprete avaliar a nulidade do mesmo a nível absoluto ou relativo no plano geral do ordenamento jurídico.

237. Excesso e arbitrariedade

Aplicada uma norma inexistente ou uma norma proibida, as duas entre si de conceitos assemelhados, “pois ambas não possuem validade e não podem ser qualificadas de presuntivamente legais”⁹, além de excesso nos propósitos, a Administração atua com arbitrariedade.

Daí porque a presença de um ato administrativo, *estendendo* faculdades ou atribuições, faz do atuar administrativo uma atuação desigual, odiosa nos regimes constitucionalizados e viciadora da vontade subjetiva na finalidade e na forma.

Se, no desvio de poder, o vício aparece espúrio, inconfessável ou clandestino¹⁰, no *excesso de poder* basta comparar o ato com a lei e a sua finalidade para verificar-se que o vício aparece objetivo e concreto, palpável na extensão dos efeitos não validados pela norma.

No tocante aos excessos que atingem a finalidade e a forma, o ato assim viciado pode ser revogado para o futuro ou anulado retroativamente. Não importam os direitos conferidos a favor de destinatários ou as situações favoráveis à Administração.

238. Comportamento ilícito

O comportamento administrativo, no desvio como no excesso de poder, leva a ilicitude por três razões:

- uma de lesão na ordem jurídica;
- outra de interesse juridicamente relevante;
- outra mais pela ilegitimidade da lesão.

No capítulo da *licitude*, bem colocadas as questões de excesso de poder, quando *in concreto* apresentam resultados de comportamento proibido pelo

9. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 363.

10. Julio A. Prat, *Los actos y los contratos administrativos*, in: *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 3, v. 2, p. 182.

ordenamento jurídico e passível de sanções nas distintas formas de responsabilidade, a patrimonial, a penal e a administrativa ¹¹.

Já que um novo fato se produz maculando de ilicitude o ato praticado com excesso de poder, os métodos de interpretação devem conhecer antes do ilícito a finalidade e a forma, o conteúdo ou objeto proibido por meio da mesma análise que exigem as demais categorias. Tudo na prática para que, examinado o ato ilícito de excesso de poder, possa o hermeneuta conhecer:

- qual o tipo de lesão ocorrida na ordem jurídica;
- o agente ou órgão responsável;
- se a consequência lesiva é de direito subjetivo ou de simples interesse.

Declarativo, extintivo ou restritivo, em princípio “o problema jurídico da interpretação que reflete limitações de direito objetivo” contribui para as operações de tutela tratando de declarar os excessos, extingui-los ou restringi-los no que o ato possa trazer de válido ¹², permanecendo, para avaliação, o problema da responsabilidade.

239. Paralelismo entre desvio e excesso

Diga-se de passagem que a doutrina e a jurisprudência em nações adiantadas no progresso jurídico, quando elaboram construções para o desvio de poder, não esquecem situações ou relações paralelas como aquelas surgidas da prática de atos prenes de excessos proibidos.

Não obstante os fenômenos fáticos não se identificarem no desvio ou no excesso de poder e nem se poderem mais confundir, é sempre a mesma a interpretação e o mesmo o tratamento para tais atos maculados de ilicitude com respeito à finalidade e à forma ¹³.

Não falando só de finalidade, mas da *forma* que envolve a *finalidade*, o vício que ataca a forma “constitui uma ilegalidade” e um caso impugnável ou de recurso por *excesso de poder* ¹⁴. A ilegalidade é material por inexistência de motivação e de texto legal.

A finalidade, voltemos a ponderar, é também uma situação de *dever* para o exato cumprimento de *poderes jurídicos*, porque desmerecida por desvio ou excesso gera a ilegalidade, consideradas *in casu* as efetivas circunstâncias de fato ou de direito ¹⁵.

11. Giovanni Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, t. 1, p. 177-8.

12. Giovanni Miele, *op. cit.*, t. 1, p. 145.

13. Num concurso público “se novas condições visam a favorecer a certos candidatos ou a trazer dificuldades a outros, elas são abusivas e devem ser impugnadas através de recursos jurisdicionais pertinentes; no sistema francês os recursos são os clássicos: *excès de pouvoir* e *detournement de pouvoir*” (v. Rafael Bielsa, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1938, t. 2, p. 10).

14. *Le vice de forme est une illegalité qui constitue un cas d'ouverture pour excès de pouvoir* (v. Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, Paris, 1935, p. 222).

15. “A firmeza do *fim* como elemento essencial do ato administrativo foi uma das maiores conquistas do direito público moderno, pois contribuiu eficazmente para a eliminação do conceito autoritário de governo” (v. Enrique Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. 1, p. 449).

O cumprimento ou o acatamento pela finalidade e pela forma evitam procedimentos desviados ou excessivos, respondem por causas determinadas, explicam motivos reais e lícitos, a existência da norma como suporte da permitida atividade administrativa.

240. O cumprimento da lei pela Administração

Normalmente, na ordem jurídica “o recurso por excesso de poder deixa de ser uma simples via de petição ou de denúncia para converter-se em verdadeiro processo, por intermédio do qual assegura-se o cumprimento da lei pela Administração”¹⁶.

Considerando, nos regimes jurídicos administrativos estáveis que a Administração não pode ativar-se senão em virtude de poderes legais explícitos, todo administrado só há de respeitar ou suportar o que a lei não proíba ou permita¹⁷.

Quanto ao ato administrativo, para que não seja passível de nulificação, principalmente no tocante à forma e à finalidade, o objeto não poderá ser ilícito, porque:

— “se a lei *fixa* qual o objeto de um ato administrativo, o agente não poderá visar outro, seja diferente, seja reduzido, seja acrescido”;

— “a alteração qualitativa importará na nulidade”;

— “se houver alteração quantitativa para menos, o ato não será anulado, mas deverá ser corrigido”;

— “se a alteração quantitativa for para mais, a anulação só atingirá o *excesso do objeto*”¹⁸.

Não discutindo porém as hipóteses de anulação e sim as de excesso de poder, a *exorbitância* nas práticas administrativas, ou seja, de a Administração querer ir além do que pode, não só invalida o ato como tira-lhe a necessária legitimidade.

Duas circunstâncias merecem lembrança:

— a do interesse público na finalidade;

— a da intenção legal que legitima a finalidade.

O interesse público, quando *concreto*, é matéria certa de organização e lei. A intenção legal, essa sim, surgindo do fato e da lei, exige adequação à finalidade. A finalidade, por meio da *forma*, constitui o elemento essencial externo de avaliação do ato.

16. Eduardo Garcia de Enterría, Sobre los derechos públicos subjetivos, in: *Anuario de Derecho Administrativo*, Santiago de Chile, 1975/76, p. 71.

17. “Aqui está a profunda intuição de Hauriou equiparando o recurso por *excès de pouvoir* às ações possessórias” (v. Garcia de Enterría, op. et loc. cit., p. 83).

18. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 147.

241. A eficácia no excesso de poder

O que um ato administrativo objetiva é atingir sua finalidade. Não porém fora da lei ou da norma. Com a finalidade opondo-se ao *objeto* ou o objeto trazendo *forma* estranha à finalidade. Não se fale aqui em localização do mérito, mas de ato imperfeito, *irregular* diante dos propósitos administrativos.

Apontado o excesso de poder, examinado o ato na intenção ou avaliado nos efeitos, a eficácia deve ser apreciada:

- no seu limite objetivo;
- no seu limite subjetivo.

Na primeira hipótese considerando o alvo ou o *fim* que a Administração pretende atingir; na segunda, a intenção legal ou do sujeito que haja praticado o ato. Só no plano da lei ou do direito cabe ao intérprete objetivar ou subjetivar.

Se a eficácia assenta “na verificação dos efeitos jurídicos a que o ato administrativo se destina”, não há dúvida que só o “ato perfeito efetivamente produz de imediato conseqüências jurídicas próprias”, no ordenamento normativo¹⁹.

Pois bem, não há quem não considere, tanto o *desvio* de poder como o *excesso* de poder, em face do princípio elementar de formação e estrutura dos atos administrativos, maneiras do ato imperfeiçãoar-se por carência de eficácia ou operatividade.

Duas indagações interessam à hermenêutica:

- é perfeito ou tem eficácia o ato administrativo com *fim diverso* daquele previsto por lei?
- é perfeito ou tem eficácia o ato administrativo que *excede* o disposto em norma ou lei?

Já que as noções, no Direito Administrativo, de perfeição, validade e eficácia estão interligadas embora sejam distintas²⁰, os atos formalizados com desvio ou excesso pressupõem ilicitude, e precários ficam os efeitos procurados.

Por outro lado, *in fine*, convém não desconhecer em relação ao exercício permitido da função administrativa que ela se exaure nas esferas próprias de procedimento consentido validando o ato perfeito e não o ato desviado ou excessivo.

19. Flávio Bauer Novelli, *A eficácia do ato administrativo*, RDA, 60:16, Rio de Janeiro, 1960.

20. Massimo Severo Giannini, *Lezione di diritto amministrativo*, Milano, 1950, v. 1, p. 403.

SUMÁRIO:

- 242. Posição real do problema.
- 243. Abuso de direito e abuso de poder.
- 244. Os meios repressivos e corretivos.
- 245. Os meios na lei maior.
- 246. Abuso e finalidade do ato.
- 247. Algumas hipóteses no direito brasileiro.
- 248. Realística necessidade de entendimento doutrinário.
- 249. Intenção de prejudicar e presunção de malevolência.
- 250. Distinção nas posições.

CAPÍTULO XXIII

Abuso de poder nos atos administrativos

242. Posição real do problema

O abuso de direito entra no domínio do Direito Administrativo, por meio de atos administrativos. O preciso, no entanto, é determinar os efeitos de certas decisões qualificando situações que em nada se assemelham ao desvio ou ao excesso de poder.

O problema, na sua origem, é *constitucional*, porque a lei maior, ao mesmo tempo que fala de *ilegalidade*, condena igualmente o *abuso de poder*¹. Impossível, portanto, que não seja considerado nas relações administrativas, sobretudo quando, com apoio da norma, atos abusivos são editados.

Apresenta-se o abuso de poder logo de princípio como forma de ilicitude, pois o ato embora de aparência legal contraria o direito alcançando finalidade censurável, concretizando atitude arbitrária mediante decisões desvinculadas na execução do limite recomendado pelo interesse público.

Ao Direito Administrativo de hoje convém distinguir tão amplas são as atividades públicas, o desvio ou o excesso de poder do *abuso*, inclusive, diante de fatos finais, não confundir finalidade *diversa* com finalidade *excessiva*².

1. Constituição brasileira, art. 153, §§ 20 e 21, tratando de *habeas corpus* e mandado de segurança. V. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, El mandato de seguridad (Mandado de segurança) en el ordenamiento jurídico brasileiro; La question de la legalidad; El problema del abuso de poder, *Revista de Derecho Público*, 24:106/8, Santiago de Chile, 1978.

2. Neste livro, 6.^a parte, Caps. XXI e XXII.

No abuso de poder ou de direito, o que observamos nada mais é que, embora respeitada a lei na edição do ato, venha o ato administrativo a ser executado com violência ou fraude, longe dos procedimentos adequados ou sob coerção no atendimento normal da finalidade.

243. Abuso de direito e abuso de poder

No Direito Administrativo, também *razoavelmente* podemos admitir alguns pressupostos básicos conseqüentes do ordenamento positivo:

- “no abuso de direito, tem-se o direito, embora viciado”;
- “o abuso de direito é cometido no exercício de um direito”;
- “dentro dos limites de equidade dos direitos, situa-se o ato abusivo”³.

Como tudo parte da Administração, da atividade administrativa ou da atuação de poder administrativo, de atos de comando ou de poder público, o Estado numa mesma unidade para “fazer política e realizar Administração”, o abuso de direito constitui abuso de poder na função administrativa⁴.

Como as normas administrativas se integram e compreendem nas normas gerais de direito, a analogia entre abuso de direito e abuso de poder correspondem a tipos de ilicitude que maculam atos jurídicos privados ou atos jurídicos administrativos.

244. Os meios repressivos e corretivos

Na verdade, o abuso de poder ou de autoridade no exercício da função surge na prática do ato administrativo executado, entrado na fase executória e pronto para produzir efeitos conforme causa e finalidade.

Os remédios para os abusos de poder, uma vez comprovada a ilicitude, só podem ser por isso de dupla natureza:

- os internos *repressivos* por meio da tutela administrativa;
- os externos *corretivos* de controle dos atos administrativos.

Não existem, por assim dizer, meios preventivos capazes de adentrar a vontade na atuação administrativa, *meios* que possam *adivinhar* o com-

3. Everardo da Cunha Luna, *Abuso de direito*, Rio de Janeiro, 1959, p. 102-3. “O direito não é agora concebido como um limite externo à atividade da Administração, mas como a única forma possível de manifestação dessa atividade” (v. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, p. 83).

4. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *O poder político e o poder administrativo*, La Plata, 1969, p. 7-8. No direito, em tese e na prática, “a Administração não pode exercer *mais* potestades que aquelas que efetivamente lhe foram concedidas...” (v. E. Garcia de Enterría e T. R. Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1975, t. 1, cap. 3).

portamento psicológico dos agentes públicos, *meios* impeditivos que submetam a Administração aos rigores da lei e do direito ⁵.

A questão do abuso de poder, na sua dificuldade conceitual só tem sentido quando materializada a atuação abusiva, nunca antes porque os valores não trazem coloração própria, nem se avaliam senão por manifestações concretas denunciadas.

245. Os meios na lei maior

Evidente que, na área interna administrativa, o administrado prejudicado na defesa de direitos possui condições apelativas frente à Administração, reclamando, representando, pedindo reconsideração ou recorrendo na hierarquia. Isto porém não basta para nulificar o ato perfeito aplicado arbitrariamente.

Os meios internos, embora *repressivos*, não fazem o bastante no tocante ao abuso de poder. Nos *corretivos* tem o administrado maneiras melhor normadas de procedimento a fim de coagir a Administração a responder, explicando como na execução está fazendo aplicar um ato administrativo ⁶.

Nos textos insertos nas leis fundamentais a referência é sempre *ilegalidade* ou *abuso de poder*, valendo a conjunção alternativa para distinguir e não igualar, ou seja, para qualificar na prática o ato defeituoso e aquele outro ato na execução aplicado mediante injustificado comportamento arbitrário.

246. Abuso e finalidade do ato

Como todo e qualquer direito, principalmente os que decorrem de relações administrativas, o *subjetivo* público possui requisitos constitutivos, *relações* entre o sujeito e o objeto do direito que reside no *fato*, impedindo o abuso e limitando o poder de ação.

Mesmo as normas de exceção, restritivas de direitos não sancionam o abuso de direito ou poder, porque todas as normas de ordem pública dão natureza e caráter a cada disposição, sobretudo nas condições de causa, eficácia e legítimos efeitos.

Figurado o *desvio* e configurado o *excesso*, no abuso o ilícito escapa da finalidade do ato administrativo, não se devendo discutir nele o ato em si mesmo, mas os modos pelos quais a execução se processa desnaturando a normalidade das relações.

5. Caio Tácito, na sua posição de estudioso e pesquisador, ressalta a "revisão provocada do ato administrativo" (v. *Abuso de poder administrativo no Brasil*, Rio de Janeiro, 1959, p. 35). Também nós. Mas a experiência diz, basta observar, que em matéria de abuso de poder dificilmente a Administração intervém, já porque o ato é perfeito, já porque o ato não é ilegal. No tocante à responsabilidade, "o interesse público é o interesse incorporado na norma" (v. Massimo Severo Giannini, *Lezione di diritto amministrativo*, Milano, 1950, v. 1, p. 80).

6. Constituição brasileira, Tít. II, Cap. IV, Dos direitos e garantias individuais, art. 153, §§ 20, 21, 30 e 31.

Não é esse um problema de finalidade diversa, nem de limites ultrapassados. Sim de execução pelo arbítrio, pela força ou violência, sem que a Administração busque apoio nos meios apropriados de coerção ou nos remédios legais destinados ao cumprimento do ato.

Simplesmente, “o emprego arbitrário da força, a violência contra o administrado constituem formas abusivas de uso do poder estatal, não toleradas pelo direito e nulificador dos atos que as encerram”⁷. Nisto está o centro da questão.

Há o ato existindo, por detrás do ato, a norma ou a lei, porém nos modos de aplicação é que aparece o abuso de poder. A partir de uma conduta administrativa executória ou imoral o que surpreende é o abuso, não o desvio nem o excesso.

Por isso, compete ao pensamento doutrinário, mais precisamente à hermenêutica, renovar conceitos diante de realidades, avaliar na fase executória de cada ato administrativo o capricho, a má fé e a moralidade quando da permanência de lesões diretas ou indiretas.

247. Algumas hipóteses no direito brasileiro

Certas hipóteses no direito brasileiro, embora não caracterizem desvio ou excesso de poder, caracterizam abuso de poder:

— “a da admissão ao serviço público remunerado, com desobediência, quanto às condições de habilitação, das normas legais, regulamentares ou constantes de instruções gerais”;

— “a operação bancária ou de crédito real quando for realizada com desobediência a normas legais, regulamentares, estatutárias, regimentais ou internas”;

— “a empreitada, a tarefa e a concessão de serviço público”, nos casos de contratos celebrados “sem prévia concorrência pública ou administrativa”;

— “quando no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo”;

7. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 81. “O Direito Administrativo não logrou ainda sistematizar de modo uniforme a nomenclatura e o conceito das diversas hipóteses de exercício patológico do poder administrativo” (v. Carlos Roberto de Siqueira Castro, *Considerações acerca do desvio de poder na administração pública; O poder administrativo; O abuso do poder, Arquivos do Ministério da Justiça*, 138:93-5, Rio de Janeiro, 1976).

“A projeção de um ato desviado ou sofrido de excesso tende a provocar *abuso de poder*, já que qualquer ato não pode ser num dado momento circunstancial, conforme e contrário ao direito. Caracteriza-se o abuso de poder, no Direito Administrativo, quando há abuso de direito.” “Afetando a finalidade do ato, o desvio ou o excesso exterioriza abuso de poder ou de direito, merecendo correção porque o requisito da finalidade implica má aplicação da norma, negação do fim que a lei manda o ato administrativo perseguir” (Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 186-7).

— “nos casos em que a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem a limitação das possibilidades normais de competição”;

— “as modificações ou vantagens, inclusive prorrogações, que forem admitidas, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos de empreitada, tarefa e concessão de serviço público, sem que estejam previstas em lei ou nos respectivos instrumentos”;

— “a compra e venda de bens móveis ou imóveis, nos casos em que não cabível a concorrência pública ou administrativa” com “desobediência das normas legais, preço superior ao corrente no mercado, na época da operação”⁸.

Observe-se que em nenhuma das hipóteses existem atos desviados na finalidade ou com excessos na finalidade. Fica flagrante, no entanto, o abuso de autoridade e de poder já que não existem vícios a denunciar e muito menos falta de competência no exercício da função.

248. Realística necessidade de entendimento doutrinário

Voltando ao desvio ou ao excesso de poder, por realística necessidade de entendimento doutrinário, tomado o ato administrativo na sua autenticidade jurídica, verifica-se:

— o desvio, alterando a finalidade para uma *diversa*, constitui uma doença intrínseca do ato administrativo formalizado;

— o excesso, *ampliando* a finalidade, constitui também outra doença intrínseca do ato administrativo editado;

— o abuso de poder, diante do ato formalizado, em razão da exata finalidade, constitui uma doença extrínseca do ato administrativo.

Nos três exemplos, “os poderes concedidos pressupõem um fim explícito ou implícito que se dirige à norma legal”⁹. Considerando, nas categorias, os modos de *ser* e de *fazer*, o que representa o ato na sua feição jurídica e o que pode atingir na fase executória.

O modo de *ser* está na *forma* do ato, o modo de *fazer* na sua *execução*. É o modo de *fazer* ou de aplicação do ato que diz com a existência ou não de abuso de poder. Constitui, necessariamente, problema de função e de atuação desmedida da função provocando efeitos potenciais.

249. Intenção de prejudicar e presunção de malevolência

Na problemática, o abuso de poder traduz ilicitude no procedimento executório, não propriamente ilicitando o ato. O abuso quando se dá ou pode dar na ocorrência é provável que possa acontecer, mesmo havendo um ato válido ou legítimo.

8. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, art. 4.º e incisos. V. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Posiciones de legalidad substancial; La forma de la norma en el acto, in: *El mandato de seguridad*, p. 108-10.

9. Caio Tácito, *Direito administrativo*, São Paulo, 1975, p. 49.

Em alguns pontos, repetimos, o abuso de poder assemelha-se ao abuso de direito, não obstante na lei civil o abuso de direito não passe de ato ilícito¹⁰. No direito público a ilicitude pode alcançar a atuação administrativa deixando porém incólume o ato administrativo.

Um ponto comum é aquele que reside na intenção de prejudicar; outro, na presunção de haver malevolência. Só que de um lado está a Administração e de outro uma pessoa física ou privada. Contudo, na ordem jurídica geral, “o ato abusivo deriva, logicamente, da relatividade dos direitos subjetivos”¹¹.

Tanto na ordem das relações privadas como também na ordem das relações administrativas, o ato abusivo é o ato *antifuncional* ou contrário à função¹². Principalmente no Direito Administrativo onde a função assume características inalienáveis de validação e legitimação do *querer público*.

250. Distinção nas posições

No Direito Administrativo o que é preciso investigar não corresponde ao conhecimento dos limites legais que se impõem ao abuso de direito na esfera privada¹³. Onde os regimes não são ordenados, nem codificados mediante preceitos que conduzam a uma exata execução do ato, o abuso de poder decorre:

— de ato lícito, legal portanto, porém, abusivo no momento do alcance executório;

— de comportamento ilícito culposo ou doloso conforme o grau de arbítrio na execução.

No abuso de poder não se discute a natureza da lei ou o ato administrativo. Não se trata de um conflito de direitos, mas de corruptela na

10. Código Civil brasileiro, art. 160, I.

11. “Tem o Direito Administrativo, nas codificações civis, lugar semelhante ao dos fatos naturais, reconhecidos ou definidos pela ordem jurídica” (v. Ruy Cirne Lima, *O Código Civil e o Direito Administrativo*, RDA, 62:1, Rio de Janeiro, 1966. Também: Everardo da Cunha Luna, op. cit., p. 76. “A primeira tarefa do administrador é, portanto, a de individualizar a diretiva para o caso concreto; nisso é que reside o mais significativo da concessão do poder discricionário” (v. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, op. cit., p. 191).

12. Alberto G. Spota, *Relatividad y abuso de los derechos*, in: *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, 1947, t. 1, v. 2, p. 317. Na lição de mestre Cirne Lima: “a figuração publicística da relação de administração é, do ponto de vista sistemático, a nota dominante da acepção do Direito Administrativo no Código Civil” (v. op. et loc. cit.).

13. Pedro Batista Martins, *O abuso de direito e o ato ilícito*, Rio de Janeiro, 1935, p. 40-6. “O que vale é o ato em si contra a expressão formal da lei. O que importa é o ato em si desvinculado de concretas hipóteses legais. Fato e ato ofensivos que se contrapõem com a lei ou com um preceito constitucional” (v. Oliveira Franco, *El mandato de seguridad*, cit., p. 107-8).

execução¹⁴, ou melhor, do uso degradante da norma legal no exercício de função administrativa.

No abuso de direito, embora as semelhanças procedam, há o direito não obstante viciado. No abuso de poder existe o ato ou o ato-norma perfeito aplicado abusivamente ou quebrando a equidade na aplicabilidade de disposições obrigatórias.

O abuso de direito, quando concreto, é cometido no exercício de um direito. O abuso de poder, quando apreciado, resulta do exercício de uma função administrativa. Não se confunda, entretanto, com o desvio ou o excesso, figuras distintas na realidade dos fatos conseqüentes de atividade pública.

14. Na sábia expressão romana: "*abusus non est usus, sed corruptela*". Esse é o ponto de toque que sensibiliza o Direito Administrativo, ou seja, da vontade administrativa corrompendo a vontade da lei na execução de atos. Aqui localiza-se o *abuso de poder* quando a Administração se ativa distorcendo o espírito e o querer da norma. "É preciso, portanto, para satisfazer os intentos do legislador, que o agente, ao atuar, esteja colocado perante um interesse público *concreto e real*" (v. Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, op. cit., p. 132). Não estando, o ato pode ser impugnado e é certa a responsabilização.

SUMÁRIO:

- 251. Exceções à nulificação.
- 252. Validez ou autenticidade do ato.
- 253. Garantias e situações jurídicas.
- 254. Tempo jurídico e direito adquirido.
- 255. Ato violatório = ato inexecutável.
- 256. Os critérios no direito comparado.
- 257. A problemática no Brasil.
- 258. Definição de direito adquirido.
- 259. Ato de autoridade = ato administrativo.

CAPÍTULO XXIV

Atos administrativos e direitos adquiridos

251. Exceções à nulificação

Contrariando *regra geral* de que os atos administrativos não retroagem, a *regra* de que a não-retroatividade faz princípio de atividade em face da imperatividade das decisões públicas, o problema do retroagimento alcança válidas *exceções* que o direito tem como *fundamentais* para a proteção do ordenamento jurídico ¹.

Na verdade, a qualidade de certos direitos, que merecem exemplar proteção jurídica, torna retroativos os atos administrativos. A retroatividade, em tese, não atinge a lei, mas direitos ou interesses protegidos que a norma legal assegurou, ou seja, direitos ou interesses decorrentes de situações jurídicas definitivas.

Isso quer dizer que a retroatividade, diante do desfazimento de ato posterior, refaz a eficácia do ato anterior, repondo na ordem jurídica situações desaparecidas, tornando vigente em toda sua extensão decisões proferidas num dado momento jurídico passado.

Embora a retroatividade provenha de soluções nulificadoras ou de intervenção no plano corretivo jurisdicional ², não são os vários aspectos do problema que aqui interessam, mas o valor jurídico de uma decisão colocando ato anterior em vigência, reparando direitos e restaurando interesses.

1. Neste livro, 5.^a parte, Cap. XX.

2. Olivier Dupeyroux, *Rétroactivité et droits acquis*, in: *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, Paris, 1954, p. 110-30.

Sobretudo, a bem dizer, fazendo revigorar na sua plena eficácia o ato administrativo reaparecido porque revitalizado, aquele ato que discutido na esfera recursal pela sua perfeição e conseqüências não poderia sofrer medidas anulatórias ou revogatórias.

252. Validez ou autenticidade do ato

Portanto, o que se examina para efeitos retroativos é a legalidade ou não do ato de revogação ou anulação, o direito adquirido desaparecido, o ato *in casu* que revogando ou anulando atingiu situações “incorporadas ao patrimônio individual e que não podem ser modificadas pelo ato administrativo”³.

Pode afirmar-se, sempre porém em tese, “que os limites da revogabilidade encontram no direito adquirido sua maior garantia de segurança”, pois evidentemente “ressarcir uma lesão também não significa restabelecer novamente o direito vulnerado”⁴. A questão, no direito ferido, é de avaliação jurídica do ato administrativo.

Avaliar juridicamente o ato administrativo, em matéria de direito adquirido e contra uma autoridade administrativa, será o mesmo que “determinar a conduta do autor do ato impugnado e também a validade ou autenticidade do ato, que é uma questão de *forma*”⁵.

No tocante a direitos adquiridos, as questões, que no Direito Administrativo merecem destaque, referem-se:

- à natureza do ato impugnado na sua finalidade e forma;
- ao ato que venha com infração notória e provada carreando lesão;
- à decisão que por meio do ato oponha-se a fato criador de situações jurídicas.

A dificuldade, para a doutrina e na prática, reside em conhecer:

- o direito figurado por força de ato anterior assegurando direitos;
- a norma aplicável dando suporte a novo ato desfazendo o precedente.

Temos assim, na controvérsia, dois atos administrativos que dizem com direitos ou interesses protegidos, *um* anterior *concedendo* por meio de

3. Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 198. “Em princípio, são os atos administrativos revogáveis; tanto os gerais quanto os especiais ou individuais; o limite a essa revogabilidade é o direito adquirido, o direito subjetivo perfeito; se a lei não pode ferir o direito adquirido, com maior razão será isso vedado ao ato de administração válido, pelo seu desfazimento que, se ocorrido, permitirá ao prejudicado obter a devida reparação” (v. Carlos S. de Barros Júnior, Considerações a propósito da revogação dos atos administrativos, *RDA*, 61:14, Rio de Janeiro, 1960).

4. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 308.

5. Rafael Bielsa, Función de policía jurídica, in *El recurso de amparo*, Buenos Aires, 1965, p. 221.

decisão formalizada, *outro* posterior, *retirando* a eficácia e os efeitos do primeiro. Ambos ficam a exigir exame de validade e de autenticidade diante do fato e da lei.

253. Garantias e situações jurídicas

Mesmo considerando que nos vários regimes *processualmente* as garantias não se identificam, as *garantias* como atos que mantêm direitos ou interesses protegidos possuem origem na aplicabilidade em outros atos administrativos ou em atos-decisão conflitantes ⁶.

Quando se recorre às garantias na esfera administrativa jurisdicional ou judicial, estamos em face de duas situações jurídicas, frente a dois atos colidentes, não importando ao observador comparar regimes quando são os atos que estão a exame na procura de legitimação e validade.

Clareando o pensamento, tendo em conta a origem dos atos, do ato suposto *perfeito* e do ato acusado de *violatório*, em qualquer regime o problema tem colocação na ilegitimidade, na ilegalidade ou na arbitrariedade, no manifesto descumprimento da lei ou da norma ⁷.

O que se pretende de um ato administrativo para que não seja anulado ou revogado? Apenas que esteja perfeito na formação e finalidade. Corrige-se o desfazimento de ato quando fere direitos adquiridos conforme tenham apoio em razões fáticas e jurídicas.

254. Tempo jurídico e direito adquirido

O problema, que é de ordenamento jurídico, no direito adquirido é também de eficácia da norma administrativa no *tempo*. De efeito futuro resultante de um fato passado, do *factum praeteritum* dominante à época e conseqüente de condições jurídicas idôneas produzindo efeitos correspondentes ⁸.

Na verdade, firmadas relações estáveis, o direito ou o interesse após formalmente concedido constitui *ato definitivo*, justificando a irrevogabilidade, mantendo a situação criada pelo ato, assegurando que ato deste jaez é irrevogável ⁹.

A questão, contudo, não fica aí, porque está em saber se a situação criada por um ato administrativo serve de “base a um direito adquirido” ¹⁰. Claro que *sim* quando os atos geram direitos conforme sua “força jurídica interna” e a ordem positiva vigente ¹¹.

6. Consultar: Eduardo Soto Kloss, El control jurisdiccional sobre la administración inglesa, *Revista de Derecho Público*, 18:109-48, Santiago de Chile, 1975.

7. José Luiz Lazzarini, El acto violatorio, in *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 1967, p. 161-72.

8. Giovanni Miele, *Principii di diritto amministrativo*, Padova, 1953, t. 1, p. 234-6.

9. Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, p. 253-4.

10. Michel Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 357-8.

11. Michel Stassinopoulos, *op. cit.*, p. 259.

As colocações, na problemática do direito adquirido, explicam-se assim nos ordenamentos positivos *internos* e nas legislações *nacionais*, ficando como ponto pacífico que os atos administrativos só em princípio geral são revogáveis, porque ficam irrevogáveis quando afetam direitos subjetivos constituídos.

255. Ato violatório = ato inexecutável

O ato administrativo violatório de direitos adquiridos é ato administrativo *inexecutável*. Já que a execução, ou a executoriedade, significa *idoneidade* para produzir efeitos *in concreto* e com o caráter de obrigatoriedade ¹².

Ato administrativo que, anulando os efeitos de ato anterior, atinja direito adquirido, traz como causa impeditiva a validade, a falta de substância jurídica, carência de elementos que possibilitem a anulabilidade ou a revogabilidade.

Como observamos, embora controversa na doutrina a hipótese da retroatividade nos casos de revogação, controvérsias não permanecem quando em jogo direitos adquiridos ¹³, tão-somente porque o ato que retroage não tem aqui força coerciva por inidôneo e inexecutável.

O que na doutrina vertente é preciso distinguir para separar é:

— o direito condicional ou ocasionalmente protegido, do direito adquirido;

— o ato administrativo, condicionando o atuar administrativo, do ato que, sem violação da norma, concedeu direitos.

Tanto os meios de defesa do administrado como os remédios chamados extraordinários têm em mira o exame do ato administrativo na sua perfeição e finalidade ou aquele ato que venha desfazer outro alterando situações definitivas ou constituídas.

256. Os critérios no direito comparado

Estudadas as posições no direito comparado verifica-se em todas elas profunda semelhança. O que está frontalmente exposto a dúvidas é o ato administrativo, o ato legal ou válido, o ato idôneo ou não, o ato executável ou impossível no objeto.

Na França, o problema é de ato ilegal, não propriamente de direito subjetivo. Atém-se à correção da ilegalidade, inclusive nos casos de interesse protegido. Embora não tenha sua execução suspensa, o ato submete-se a juízo de anulação ¹⁴.

12. Cino Vitta, *Diritto amministrativo*, Milano, 1959, t. 1, p. 439.

13. Dario Foligno, *L'attività amministrativa*, Milano, 1966, p. 125.

14. Consultar: Raphael Alibert, *Le contrôle juridictionnel au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1926; Roger Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, Paris, 1934; Marcel Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1953. Diga-se que, na França, o sistema, na composição e na estrutura, não tem sofrido alterações que mereçam novos estudos críticos. Nem a jurisprudência administrativa francesa.

Na Itália, tutelam-se as lesões que afrontem direito subjetivo ou interesse legítimo, aquele interesse pertencente ao administrado e aquele outro condicional ou ocasionalmente integrado na norma geral que protege interesses comuns ¹⁵.

Nos Estados Unidos, são amplos os meios de defesa dos administrados, valendo fundamentalmente o princípio da responsabilidade funcional, muito embora em virtude do sistema constitucional haja variedade de ações que resguardam pelo controle situações protegidas ¹⁶.

Na Inglaterra, o controle jurídico sobre a Administração funda-se no *common law* e na *equity* sempre que a atuação administrativa viola atos com objeto e uma finalidade precisa, pratica decisões com excesso ou abuso de poder ¹⁷.

Não é, no entanto, nossa intenção, com respeito a direitos adquiridos, adentrar os diferentes regimes existentes, nem tampouco analisá-los comparativamente, mas sim indicar pressupostos legais básicos que protegem os indivíduos e equilibram os poderes.

257. A problemática no Brasil

No Brasil, o direito adquirido vem assegurado na Constituição e por lei. Do instrumento político e da norma legal decorrem os pressupostos objetivos, sobretudo para consagrar a perfeição e os efeitos dos atos administrativos, a importância da forma e o rigor da finalidade.

Basta considerar, nas origens constitucionais, submetendo a Administração, que:

15. Estudar, no sistema italiano: Pietro Bodda, *Giustizia amministrativa*, Torino, 1950; Giovanni Salemi, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1958; Raffaele Resta, *Giustizia amministrativa*, Roma, 1974.

16. O *writ of mandamus* é o principal instrumento jurídico. “Segundo um sistema de Direito Administrativo desenvolvido, o cidadão que for lesado por ato governamental irregular deve dispor de um recurso” (v. Bernard Schwartz, *Direito constitucional americano*, trad. bras., Rio de Janeiro, 1966, p. 255-74). Também: Leonard D. White, *Administrative responsibility-judicial control of administrative action*, in: *Introduction the study of public administration*, New York, 1942, p. 561-79.

17. “Ao remediar os excessos cometidos no exercício de poderes jurídicos administrativos, já no plano da legalidade, já no plano da execução concreta, tendem os meios processuais, que tanto o *common law* como a *equity* idealizaram, a evitar a atuação arbitrária das autoridades administrativas”. Contudo, “o controle que exercem os tribunais sobre a atuação administrativa, chamado controle jurisdicional, *judicial review*, recai sobre a legalidade no uso dos poderes jurídicos atribuídos, isto é, que sejam ditos poderes jurídicos concretados *intra vires*, dentro do limite de atribuições outorgadas pelo Parlamento, pois não deve olvidar-se que na concepção inglesa de poderes, o executivo, em princípio, carece de um poder normativo autônomo” (v. Eduardo Soto Kloss, op. et loc. cit., p. 113). Consulte-se também: J. H. G. Griffith e H. Street, *Principles of administrative law*, London, 1959, p. 23; H. W. R. Wade, *Administrative law*, Oxford, 1961, p. 99, ambos citados pelo ilustre mestre chileno.

— “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder”¹⁸.

— “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* sempre que, ilegalmente, ou com abuso de poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”¹⁹.

Apreciados, na devida avaliação jurídica, os textos apontados, verifica-se que duas situações aparecem de imediato, impondo por conseqüências duas indagações:

— a primeira quanto à qualificação jurídica do que é *direito adquirido*;

— a segunda para determinar o ato de autoridade como *ato administrativo*.

Entretanto, a doutrina não guarda mais dúvidas que ato de *autoridade* faz ato *administrativo*, já que partem do exercício da função, de quem exerça na organização constitucional, atribuições efetivamente representativas de poderes jurídicos.

258. Definição de direito adquirido

Deixando fora de colação o mandado de segurança, porque o importante instrumento processual não motiva este trabalho, cabe aqui apenas buscar como antes dissemos o que pelo conteúdo peculiar qualifica juridicamente o direito adquirido.

Simplificando conceitos básicos constitucionais e legais:

— vem a ser *direito adquirido* aquele direito líquido e certo;

— a *liquidez* e a *certeza* constituem condições essenciais do direito adquirido.

Na legislação positiva brasileira e também para o Direito Administrativo, “direito líquido e certo é direito comprovado de plano”²⁰, porque a “circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a característica de liquidez e certeza”²¹.

Conclusivamente, havendo direito líquido e certo, o que fica em avaliação é o ato administrativo, o chamado *ato de autoridade*, uma vez que o que se visa proteger é o ato administrativo idôneo “para a produção de

18. Constituição brasileira, art. 153, § 21. V. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Do mandado de segurança no direito brasileiro*, RT, 515(67):11-4, São Paulo, 1978.

19. Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, art. 1.º. V. Oliveira Franco, *op. et loc. cit.*, p. 12-3.

20. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança e ação popular*, São Paulo, 1975, p. 16.

21. Celso Agrícola Barbi, *Do mandado de segurança*, Rio de Janeiro, 1977, p. 85.

efeitos insuprimíveis”²², tudo “em razão da eficácia e do que produz em efeitos materiais”²³.

Ato de autoridade, na feição jurídica de ato administrativo, passa a ser o ato que provém da função administrativa e que deve ser examinado na estrutura ou nos seus defeitos, apreciado nos elementos constitutivos ou então em razão da causa e finalidade.

259. Ato de autoridade = ato administrativo

Em matéria de direito adquirido, a nível de liquidez e certeza, o ato de autoridade como ato administrativo qualifica-se ao mesmo tempo em decisório e executório, porque traz “em si uma decisão e não apenas execução”²⁴.

É um ato qualificado, determinado na categoria decisória, produzindo efeitos imediatos embora suspensíveis na área litigiosa recursal, um *ato certo* ou impugnável, de existência discutível até provada a ilegalidade ou o abuso de poder.

Na proteção, tais atos pela sua natureza envolvem a Administração ante os deveres legais, sua conduta e a responsabilidade que assume, não sendo de afastar hipóteses de situações que não violando a lei conduzem ao abuso e onde o capricho significa arbitrariedade²⁵.

Ao contrário do que acontece na revogação, o ato administrativo de autoridade quando desativado mantém o ato anterior incólume nos efeitos, ficando íntegros os produzidos e a produzir, não tirando do ato precedente sua existência jurídica, mas confirmando-o na validade.

O que ocorre, no tocante ao direito adquirido, é a desqualificação jurídica do ato de autoridade que *in casu* pretendeu anular o anterior, desfazendo uma relação jurídica comprometida com a ordenança constitucional e a lei.

O direito, por assim afirmar, depois de adquirido, quando líquido e certo, faz coisa julgada administrativa. Não admite retratabilidade. Pelo menos no Brasil, após concedido, faz valor absoluto. E nesse ponto, sem dúvida, fica incontestável.

22. Fernando Henrique Mendes de Almeida, *Os atos administrativos na teoria dos atos jurídicos*, São Paulo, 1969, p. 37.

23. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Do mandado de segurança nas desapropriações*, São Paulo, 1976, p. 58.

24. Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 14.

25. Rafael Bielsa, *La arbitrariedad en la ley*, in *op. cit.*, p. 195; José Luis Lazzarini, *Concepto de arbitrariedad*, in *op. cit.*, p. 162. “Exige a correção o ato administrativo, embora legal ou com aparência formal de legalidade, onde firam-se direitos adquiridos. Onde a lesão que venha a produzir-se atente contra direitos assegurados. No qual a lesividade apareça comprovada de plano em face da lei” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 188).

SÉTIMA PARTE

- **Atos administrativos recorríveis e impugnáveis**
- **Os atos administrativos na prática dos recursos administrativos**
- **Modos de controle “interno” dos atos administrativos**
- **Modos de controle “externo” dos atos administrativos**

SUMÁRIO:

- 260. Atos recorríveis e atos impugnáveis.
- 261. O recorrimto e a impugnação.
- 262. Objeto da impugnação.
- 263. A matéria de impugnação e recursos.
- 264. O sentido material da função.
- 265. Localização das conseqüências lesivas.
- 266. Impugnação e propósitos tutelares.
- 267. Legitimidade impugnatória.

CAPÍTULO XXV

**Atos
administrativos
recorríveis
e impugnáveis**

260. Atos recorríveis e atos impugnáveis

Os atos administrativos imperfeitos, viciados nos elementos de sua estrutura, são recorríveis e impugnáveis. *Recorríveis* quando apenas apreciados na esfera própria revisora da conduta administrativa. *Impugnáveis* quando, esgotada a via recursal interna, fica mantida a decisão prejudicial.

A idéia da divisão *atos* recorríveis e *atos* impugnáveis é a que mais serve de plano a todos os regimes jurídicos administrativos, pois os meios decorrentes da apreciação de atividade ilícita ou ilegal atuam interna e externamente, ou seja, movimentam a tutela hierárquica e o controle jurisdicional.

O fundamento, no entanto, universal e comparado, como já vimos analisando, assenta no princípio originário da legalidade, que impõe:

— a existência de uma Administração ajustada na atividade, tanto nos seus atos gerais como nas suas decisões concretas, às leis formais ou a atos com força de lei;

— a presença de uma Administração na organização hierárquica, condicionando decisões gerais ou concretas a normas ditadas nos níveis administrativos superiores;

— uma Administração, nas diferentes partições de competência, ajustando sua atuação às regras gerais ou particulares em esferas determinadas.

O problema, na doutrina e na prática, visa o ato administrativo como *objeto*, sobretudo na impugnação onde as posturas assumem posições ade-

quadas aos sistemas administrativos e aos regimes políticos constitucionalmente organizados ¹.

No Direito Administrativo contemporâneo não basta diante das leis maiores e do ordenamento jurídico positivo apenas assegurar as prerrogativas da Administração esquecendo as garantias que protegem os administrados. O *interesse público* não é a única preocupação.

261. O recorrimto e a impugnação

O ato administrativo em tese traz caráter constitutivo. O que se quer, nos procedimentos recorríveis ou impugnáveis, é *desconstituí-lo*. Evidente pois que a intenção no seu fundamento, mediante meios instrumentais próprios procura materializar-se, valendo primeiro o *direito* e não só o interesse público.

Nos casos subjetivos, nos quais o administrado ganhou situação jurídica, só o interesse público não dá causa, nem oferece motivação. Não basta a faculdade de auto-revisão ou a revisão interna para a Administração desmanchar decisões. Antes de tudo há o permissivo legal.

Ninguém fala em nome do interesse público, nem a própria Administração não ocorrendo fato concreto determinante, figurado na sua expressão fática. Na história das instituições o interesse público duvidoso ou quando lesivo também dá razão à intervenção tutelar ².

Essa intervenção, apreciando as situações criadas, não é para simplesmente aceitar a alegação de interesse público, mas vem a fim de examinar o ato, diante:

- do fato interesse;
- da lei ou da norma;
- da licitude do objeto;
- do ato na sua estrutura.

O recorrimto e a impugnação quando invalidam o ato administrativo não dizem que o interesse público inexistente, mas que tanto o interesse como o ato deverão vir harmônicos entre si para que na eficácia não se desqualifiquem os efeitos.

Os conceitos, de oportunidade, ou de conveniência, tomados num sentido amplo, constituem na fixação do interesse público ilimitada liberdade

1. Na literatura hoje clássica: Umberto Fragola, *Gli atti amministrativi*, Milano, 1952; Renato Alessi, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956; Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954; Manuel Maria Díez, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961; Dario Foligno, *L'attività amministrativa*, Milano, 1966; Bartolome A. Fiorini, *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, 1969; Raffaele Jusso, *Motivo e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Milano, 1963; Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978.

2. Inglaterra, Estados Unidos, França, Itália ou Espanha possuem tipos de recursos próprios tutelares de direitos ou interesses, conforme os regimes de organização que adotaram.

de ação, já não aceita com tranqüilidade nos regimes ordenados de garantias jurídicas consolidadas.

Ato, interesse e ação administrativa, traduzem uma mesma realidade e uma mesma relação, porque o que se quer não é recuperar uma decisão duvidosa, nem validar o inválidável, mas preservar o direito e a norma na aplicabilidade, resguardando valores jurídicos conseqüentes do *suum cuique tribuere*.

262. Objeto da impugnação

A impugnação tem sempre em mira um ato administrativo. O objeto da impugnação, nos distintos procedimentos recursais, é sempre um ato administrativo, apareçam na projeção como de conteúdo geral ou concretos³.

Entretanto, a impugnação para efetivar-se ou processar-se independe da categoria do ato ou da sua natureza. Investe contra decisão já no mundo das relações jurídicas e produzindo efeitos. Toma o ato em si para apagar ou deter sua eficácia.

O que importa são os meios recursais adequados, tão-somente porque o ato materializado na categoria, constituindo o objeto da impugnação, é que diz do tipo de recurso e da jurisdição, dos modos pelos quais a Administração fica submetida ao direito e à lei.

Problema de *regimes*, todo ato administrativo porém, no plano geral, possui dupla significação:

- de uma parte executando a lei;
- de outra convertendo-se numa operação condicionada.

Afirmamos que o problema é de regime, porque pela sua natureza a questão é de ordem constitucional e de ordenamento jurídico⁴. Uma conseqüência inevitável da submissão da Administração aos direitos *internos* e do que se atribui em poderes na organização.

263. A matéria de impugnação e recursos

Em matéria de impugnação ou recursos, as chamadas questões contenciosas fazem questões de competência, de jurisdição administrativa ou ordinária, conforme prescrições legais, funções administrativas e funções judiciais⁵.

Embora os atos administrativos respondam pelo conteúdo a categorias diferentes, não havendo uma categoria jurídica única os recursos de oposição facultam o duplo conhecimento jurisdicional, dando unidade às relações de situação jurídica individualizada.

3. Fernando Garrido Falla, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 96-149.

4. Senão, vejamos, para exemplo: Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, trad. franc., Paris, 1903, t. 1, p. 119-25; Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 70-5; Carlo Tivaroni, *Teoria degli atti amministrativi*, Torino, 1929, p. 8-10; Massimo Severo Giannini, *Lezione di diritto amministrativo*, Milano, 1959, t. 1, p. 280-3; Marcel Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, 1946, p. 360-2.

5. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 74-5.

Sejam os atos, na sua qualificação, constitucionais, normativos ou jurisdicionais, na execução transformam-se em atos administrativos, pois refletem vontade e produzem efeitos jurídicos, um “desejo dirigido no âmbito do direito objetivo” à satisfação de necessidades ⁶.

Os recursos, nos modos recursais, nas formas impugnativas, decorrem necessariamente “do pronunciamento concreto de um sujeito administrativo no exercício de função administrativa” ⁷. Colocados, em termos, os conflitos equacionam-se nas jurisdições e conforme o objeto impugnado.

264. O sentido material da função

O que há para considerar nas impugnações, diante do objeto a examinar, é a declaração de vontade na extensão dos efeitos jurídicos. Quais, na impugnação, as conseqüências quanto à natureza do ato nas relações que passam a discordantes.

Na verdade, o importante nas esferas recursais, no tocante sobretudo à responsabilidade, está em compreender o sentido *material* da função administrativa. Reconhecendo, da verificação de fatos, que “o conceito material” de ato pode “não coincidir com o formal” ⁸.

Não basta, com respeito a interesses ou direitos, o critério analítico apenas *formal*. Nos ordenamentos jurídicos, a face exterior do ato há de refletir em razão do sujeito um valor jurídico material. A função administrativa não mais admite construções teóricas que tornem certos atos imunes à tutela ou ao controle ⁹.

Não deve ser assim nas áreas recursais, já que temos de observar as decisões materializadas nos efeitos produzidos, a fim de que nos recursos os ditos efeitos fiquem determinados em cada caso concreto e de acordo com a motivação e a lei ¹⁰.

O enfoque tem sede não na doutrina, não propriamente na natureza do ato, mas na índole do direito violado carreando lesão, quando:

- descumpre-se a norma reguladora, ou
- cumpre-se a norma produzindo conseqüências lesivas.

Uma coisa é respeitar a norma na sua aplicabilidade *normal*, outra dizer que a norma não possa ter aplicabilidade *anormal*. Aqui reside a grande

6. Carlo Tivaroni, *op. cit.*, p. 25.

7. Pietro Bodda, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 1947, v. 1, p. 44.

8. André de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1953, p. 156-8.

9. No entendimento do mestre Laubadère, com o qual concordamos, não é fácil caracterizar a existência de uma “função governamental”, pois, para ele, no direito positivo francês, a função de governo, pela índole material, faz função administrativa (*op. cit.*, p. 162). Desnecessário dizer que o conceito material de função pública vem ganhando adeptos desde as realísticas posições assumidas por Leon Duguit, Gaston Jéze e Roger Bonnard.

10. Fernando Garrido Falla, *op. cit.*, p. 116.

tarefa do hermenêuta, separando no ato o que ele pode perseguir e o que fica limitado a direitos ou interesses protegidos.

265. **Localização das conseqüências lesivas**

No que se refere ao Direito Administrativo, as questões impugnativas que se transformam em contenciosas, decorrem necessariamente:

- do ato com defeitos afetando a validade ou a legalidade;
- das lesões produzidas;
- da lesão produto de ato válido a avaliar;
- da lesão resultante de ato ilegal.

Sem dúvida, nos aspectos acima, a relação apresenta-se inequívoca. Há invalidade ou ilegalidade causando lesões. Resta apontar, todavia, os casos supervenientes:

- de lesão estimável no ato aparentemente sem defeitos denunciáveis;
- de lesionamento por meio de ato que, legal, provoca prejuízo patrimonial.

Os exemplos podem acontecer com freqüência nas desapropriações e nos contratos administrativos, nas autorizações e na execução de serviços, onde as disposições particulares contrariem as regras gerais, onde em nome do interesse público transformem-se em anormais relações normais antes estabelecidas.

Claro que há muito a Administração não é uma atividade desligada do direito, “não mais considerada em sua totalidade como estando numa esfera discricionária”¹¹. De fundo e plano, o direito é o limite da atuação administrativa. Ninguém discute hoje tal posicionamento. . .

266. **Impugnação e propósitos tutelares**

Em princípio, nas impugnações, coincidem dois propósitos tutelares:

- a lei ou a norma devem regradar nas relações aqueles pontos limites que ultrapassados provocam a tutela;
- a tutela nas relações deve limitar-se àqueles pontos que efetivamente estão regradados por lei ou norma.

Como a Administração trabalha não só por meio dos atos isolados, senão mediante “uma constelação de atos”, conforme a natureza da matéria, as impugnações nas esferas jurisdicionais hão de proceder dos atos principais, definitivos ou de execução¹².

Exposta assim a questão, “não há dúvida que a teoria dos motivos da impugnação do ato administrativo coincide substancialmente com a teoria dos vícios dos atos administrativos”, inclusive no tocante à validez e à eficácia¹³.

11. Adolf Merkl, *Teoría general del derecho administrativo*, trad. esp., Madrid, 1935, p. 186-7.

12. Massimo Severo Giannini, op. cit., v. 1, p. 261.

13. Fernando Garrido Falla, op. cit., p. 196.

Embora a problemática da nulificação dos atos jurídicos “haja inicialmente sido estudada pelo direito privado e só mais recentemente pelos cultores do direito público”, as posturas identificam-se por força do direito positivo e civil, no Direito Administrativo em consequência da teoria geral do direito ¹⁴.

Portanto tudo se resume no exame dos vícios que maculam o ato administrativo ¹⁵, no ajustamento do ato viciado aos motivos impugnatórios, em torno do ato nulo ou anulável, do ato com falta de um elemento essencial indispensável à sua formação.

Não obstante as impugnações estejam ligadas à teoria das nulidades e as nulidades nos atos administrativos vinculados ao interesse geral, nem por isso diante de lesões os atos públicos deixam de ser apreciados nos elementos essenciais e na ponderação dos efeitos jurídicos.

267. Legitimidade impugnatória

O que legitima a impugnação, o acesso às jurisdições recursais, a rigor é a titularidade de um direito subjetivo ou de um interesse protegido. Situações que não permitem discriminações quanto a coisas, fatos, pessoas e atos ¹⁶.

Contudo, o elemento mais importante, que se incorpora à motivação, é o elemento *causa*, a *causa jurídica* ou a *causa natural*, gerando efeitos práticos na formação dos atos administrativos e por consequência possibilitando a abertura dos meios impugnatórios quando da sua falta ou falsa determinação.

Do exame da causa, razão objetiva, surge o exame do postulado, razão subjetiva ¹⁷. As duas condições, imperativas e presentes, influem no conhecimento dos recursos e no provimento das medidas impugnatórias. Fazem o *fato* e dizem com o direito ou o interesse.

Já que o ato administrativo, conforme o seu caráter legal ou concreto, pode ser fonte de direito objetivo ou criador de situações jurídicas individuais, também pode em determinadas circunstâncias desfazer as situações criadas levando à contestação e à atividade recursal, à impugnação mediante meios que garantam a reposição dos efeitos ou a sua anulação.

Consideradas as *vias permitidas*, os recursos sensibilizam a tutela e o controle do ato nas jurisdições, passando os superiores procedimentos administrativos ou jurisdicionais a constituírem *maneiras* apropriadas de conhecimento e invalidação dos atos administrativos imperfeitos ou lesivos.

14. Fernando Garrido Falla, op. cit., p. 196-9.

15. Neste livro, 2.^a parte, Cap. VII.

16. Carlo Tivaroni, op. cit., p. 95-8.

17. Roger Bonnard, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, 1940, p. 29.

SUMÁRIO:

- 268. Direito e interesse.
- 269. Pressupostos nas situações afetadas.
- 270. Caracterização do direito subjetivo.
- 271. Lesões de posição jurídica.
- 272. Caráter exterior e substancial do ato.
- 273. Caracterização do interesse.
- 274. Interesse legítimo ou simples.
- 275. Quando se aprecia direito ou interesse.
- 276. Lesão jurídica e recurso hierárquico.

CAPÍTULO XXVI

Os atos administrativos na prática dos recursos administrativos

268. Direito e interesse

Como observamos no capítulo anterior, os atos administrativos sofrem intervenção recursal em dois aspectos:

- o *interno* administrativo;
- o *externo* conforme a categoria do ato e a natureza do recurso.

Há portanto *direito* à impugnação dos atos administrativos, *direito* que decorre de situações subjetivas, de um interesse legítimo ou de um interesse mesmo simples. Dependendo das situações os procedimentos cabíveis e as ações que previnam a proteção do administrado.

Os atos recorríveis, atendida a pretensão na esfera administrativa, esgotam-se por si próprios; não atendida, abrem-se as possibilidades impugnatórias, levando a processo que, a nível de contenda, procura um juízo final de valor jurídico¹.

No entanto, necessário se faz que haja algo a pleitear, alguma coisa concreta a defender, um direito subjetivo, um interesse legítimo ou um simples interesse afetando posições relacionais antes existentes e que envolvam o ato na sua eficácia e efeitos.

269. Pressupostos nas situações afetadas

Ao hermeneuta, na sua apreciação de análise crítica, compete figurar as situações jurídicas afetadas a fim de qualificar o que pretendem os recursos na extensão e projeção dos efeitos que possam produzir.

1. Bartolome A. Fiorini, Acto jurídico impugnabile y acto jurídico recorrible, in *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 268.

Na verdade, “tanto o direito subjetivo como o interesse legítimo e o interesse simples são proteções estabelecidas pela ordem jurídica”². Proteção distinta em cada caso e de significação gradual conforme o caráter da lesão.

Tal proteção jurídica, entretanto, liga-se a pressupostos inalienáveis nas situações afetadas, não podendo ninguém desconhecer, nem a Administração nem o administrado, o que o ato administrativo atingiu ao ser editado e qual o grau das repercussões lesivas.

Daí porque cumpre determinar, fazer valer conceitos jurídicos concretos, distinguindo o direito subjetivo do interesse legítimo ou do simples interesse, clareando intenção quanto ao ato diante da lei ou da norma que permitiu a manifestação de vontade administrativa.

270. Caracterização do direito subjetivo

Evidente que o chamado *direito subjetivo* não constitui apenas uma relação abstrata. Coexiste, no Direito Administrativo, entre Administração e administrado, nascido da “transferência ou do exercício de uma parcela do poder estatal”³.

Na essência, para a qualificação do direito subjetivo, considerando o ato administrativo nos seus elementos, algumas condições prevalecem para sua caracterização:

- a da norma jurídica predeterminando a normal conduta administrativa;
- a da aplicação da norma conhecendo situação exclusiva de posição jurídica;
- a do ato em face da conduta administrativa marcando o *momento* do direito.

A condição de *situação exclusiva* surge, no Direito Administrativo, como também no direito privado, “em benefício de quem aparece como titular”⁴. O problema, pelo conteúdo do ato concessivo, institui regime jurídico distinto, passando a irrevogável quando adquirido.

271. Lesões de posição jurídica

Todavia, nas manifestações do fenômeno recursal interno administrativo, convém conhecer:

2. Agustín A. Gordillo, *Procedimiento y recursos administrativos*, Buenos Aires, 1971, p. 106.

3. “Antes, ainda, do instante em que o direito subjetivo se concretiza, já alguma coisa dele existe, no patrimônio jurídico do sujeito; a essa situação jurídica, anterior à completa subjetivação do direito, chama-se posição jurídica” (v. Ruy Cirne Lima, *Sinopse de direito administrativo brasileiro*, Porto Alegre, 1965, p. 21). No mais, “o interesse é um conceito extrajurídico: econômico ou ético” (v. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 273).

4. Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 266.

— a presença do “recurso administrativo como exercício de atividade jurisdicional”;

— a decisão do “recurso administrativo, como atividade de controle”;

— o julgamento do “recurso administrativo como função de justiça”;

— a apreciação do “recurso administrativo como expressão de jurisdição interna”;

— a natureza do “recurso administrativo como ato de autotutela decisória”;

— em final, “o recurso administrativo como procedimento de segundo grau”⁵.

Em se tratando de recurso interno, hierárquico a nível de decisão ou subordinação, mesmo definido o recurso como uma garantia puramente administrativa no qual o administrado reage contra “lesões de posição jurídica”, as decisões são formais e substanciais⁶.

Já que as lesões de posição jurídica resultam de atos administrativos, os recursos, quando interpostos, visam o ato denunciado, aquele *ato* marcado de vícios em face do ordenamento jurídico⁷.

No Brasil, as feições recursais na esfera administrativa, quando o ato se apresenta duvidoso ou lesivo, trazem origem constitucional, partindo do pedido de reconsideração ao apelo hierárquico para assegurar direito ao administrado por intermédio de representação ou petição⁸.

O que se procura num ato acusado de lesivo nada mais é que provocar juízo de valor sobre o mesmo ato, uma outra manifestação de função jurisdicional (*jus dicere*) na hierarquia capaz de remover ou manter a decisão considerada estranha à norma aplicável.

Expressão de *jurisdição interna*, de atividade na organização administrativa, os recursos contra atos administrativos constituem instrumentos de autotutela decisória ou de autotutela executória, objetivando dirimir ou esclarecer prováveis situações contenciosas.

272. Caráter exterior e substancial do ato

Na recorribilidade ou na impugnação do ato administrativo, a intenção é apreciar a vontade declarada, apurar a verdade material da decisão nos efeitos, ou seja, avaliar os conflitos postos em causa e fazer respeitar direitos ou interesses protegidos.

5. Pietrangelo Jaricci, *Il ricorso gerarchico improprio*, Milano, 1970, p. 31-57; J. Cretella Júnior, *Dicionário de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1978, p. 438-40.

6. Pietrangelo Jaricci, *op. cit.*, p. 14-48.

7. Explica Jaricci: “Trattando delle singole figure di ricorsi, la generalità degli autori enumera: a) l’opposizione; b) il ricorso gerarchico; c) il ricorso gerarchico improprio; d) il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica” (*op. cit.*, p. 14).

8. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 300-6.

Função e lei, norma e função fazem o ato administrativo, mas podem não fazer o direito ou contrariar o interesse. Razão pela qual o ato administrativo atacado fica submetido ao ato de jurisdição, nos *recursos*, permitindo a verificação da certeza do postulado.

Na fase recursal de procedimento tutelar, o ato administrativo, como todo ato de aplicação da lei, sujeita-se a exame de conhecimento diante da causa e da finalidade. Valoriza-se, assim, o efeito final do ato consoante a causa geradora da eficácia.

Nos recursos, estudados nas áreas superiores decisórias, os atos administrativos, a fim de serem apreciados, devem merecer a análise de dois aspectos essenciais:

- um de caráter exterior do ato, considerados os efeitos e a eficácia;
- outro de caráter substancial, com respeito aos elementos que integram o ato na sua formação.

Qualquer análise, visando um ato concreto, recorrido ou impugnado, abrindo o contraditório, dá estrutura ao recurso administrativo, isto é, reconhecendo assim *in casu* a *legitimatío ad causam* e a *legitimatío ad processum*⁹.

A ninguém se tira, nas relações jurídicas estabelecidas, sobretudo nas hipóteses lesivas, a capacidade de reagir de um sujeito ofendido. O confronto com a Administração, em todos os regimes, constitui garantia de *justiça administrativa*.

Nas condições da contenda não vai a Administração submeter-se à vontade particular, porém não opor-se às exigências do ordenamento jurídico no conhecimento ou não do ato administrativo, nos aspectos interno e substancial, na eficácia e nos efeitos.

273. Caracterização do interesse

Além do direito subjetivo, este mais fácil de avaliação, há, para considerar os interesses postos em causa, *interesses* que a doutrina tem como legítimos ou simples, mas que na prática identificam-se a direitos adjetivados.

Tal como na caracterização do direito subjetivo, o interesse legítimo ou simples possui também caráter qualificador que se ativa exteriorizado por meio de condições harmônicas:

- uma referente à norma jurídica predeterminada concretamente;
- outra no tocante à permitida conduta administrativa;
- outra mais, apontando uma situação relacional de exclusividade.

Entre o interesse legítimo ou simples que reclamam pronunciamento superior, o problema tem sede comum no tipo de comportamento admi-

9. Dario Foligno, I ricorso amministrativi, in *L'attività amministrativa*, Milano, 1966, p. 225-31.

nistrativo, na conduta assumida pela Administração diante do ato que não coincide com a norma jurídica predeterminada ¹⁰.

Os modos recursais, não semelhantes de conteúdo, graduam-se conforme a natureza da proteção jurídica e sua extensão, ajustando assim os atos aos fatos na procura da certeza jurídica. Destarte, o direito é conhecido, o interesse legítimo apurado e o interesse simples atendido ou não.

274. Interesse legítimo ou simples

Comparando o direito subjetivo com o interesse legítimo ou simples, a fim de que os critérios impugnatórios dos atos administrativos assumam *in casu* colocação concreta, basta que:

— o direito subjetivo venha, com respeito ao titular, relacionado juridicamente com algo possível de ser exigido;

— o interesse legítimo corresponda à intenção legal de dar ou fazer diante de disposições aplicadas a um ou mais destinatários;

— o interesse simples apresente-se fundado no cumprimento de lei geral embora manifeste a impessoalidade.

Na verdade, aprofundando os conceitos, já que nas suas manifestações o direito subjetivo faz interesse juridicamente protegido, o que importa reside no ato administrativo estudado na causa e na finalidade, na afetação dos efeitos ¹¹.

Tanto nos atos recorríveis como nos impugnáveis, os recursos que servem para atacar os atos administrativos devem legitimar-se ao afirmar a singularidade do ato-objeto do recurso, pois só assim tipifica-se o direito e os caracteres essenciais à determinação do interesse quer legítimo ou simples.

Na comparação, o direito subjetivo sempre assenta numa prescrição de concreta limitação, ao passo que o interesse legítimo ou simples decorre de situações concorrentes ou gerais individualizadas ¹². O *legítimo* fala de administrados protegidos pela ordem jurídica, o *simples* diz do que é comum a todos sem distinções.

Melhor clareando, o interesse *legítimo*, a nível recursal, pertence a uma categoria qualificada e definida de administrados. O *simples*, a ser invo-

10. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 274; Agustín A. Gordillo, op. cit., p. 107-8.

11. Jean Dabin, *El derecho subjetivo*, trad. esp., Madrid, 1955, p. 90-6. Em contrapartida, convém esclarecer que “o interesse juridicamente protegido *existe também* quando há direito subjetivo” (v. Agustín Gordillo, *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, 1966, p. 331). A distinção, por isso, juridicamente assenta na lógica e na teoria do conhecimento. Traz como resultante determinar o que a vontade pública quis realizar ou efetivar por intermédio do ato administrativo.

12. Agustín A. Gordillo, capitulando na extensão o significado de *interese legítimo*, esclarece: a) é interesse pessoal e direto; b) é interesse num círculo definido e limitado; c) é interesse que pode ser patrimonial ou moral; d) é interesse que pode ser subjetivo; e) é interesse que pode ser atual e eventual (v. *Introducción...*, cit., p. 367-77).

cado, é aquele que alcança a todos de uma comunidade. No primeiro, há limitação de categoria, no segundo, ilimitação quanto ao que é geral e comum.

275. Quando se aprecia direito ou interesse

Logicamente, a apreciação na sua valoração jurídica advém do ato administrativo quando colocado em dúvida. Em todos os regimes, embora diversos na organização, o princípio é o mesmo. Da interposição do recurso define-se pela postulação o que é direito ou interesse¹³. Da apreciação, dependendo, na área administrativa, a tipicidade da procedência recursal.

O princípio é o mesmo, o do *oficialismo* nos procedimentos recursais, subordinando a Administração ao dever de impulsionar *de ofício* o pedido de reexame do ato, a realizar a instrução ajustando o postulado ao direito, a procurar a verdade material na realidade dos fatos¹⁴.

Avulta a importância da distinção entre *direito* e *interesse*, uma vez que a proteção jurídica *sub specie* tende a estimar o grau lesivo do ato discutido, a posição do titular recorrente para aferição no exame do ato da existência “de um direito subjetivo ou de um interesse legítimo”¹⁵.

O problema, entretanto, no seu real equacionamento, não pode ser outro senão aquele que envolve a Administração e a violação da norma administrativa¹⁶, por consequência de ato administrativo conforme a atividade administrativa realizada. De ato que, em razão da causa e da finalidade, inobservou prescrições jurídicas.

Pela presença de normas de direito público ou de direito privado, ficamos sabendo, em cada hipótese de abertura recursal, se estamos diante de um direito subjetivo, de um interesse legítimo ou de simples interesse protegido. Do exame do ato chega-se ao conhecimento dos efeitos normais, lesivos ou danosos.

276. Lesão jurídica e recurso hierárquico

Evidentemente, “direito e interesse não são conceitos opostos nem incompatíveis”, valendo nas esferas de apreciação recursal do ato saber que a todo direito corresponde um interesse, embora “existam interesses cuja lesão não supõe lesão de direito”¹⁷.

13. O momento adequado de avaliação da posição do administrado é precisamente aquele em que se encaminha o recurso. Consultar: Raymond Odent, *Conténieux administratif*, Paris, 1958, v. 1, p. 470-1.

14. Alberto Ramon Real, *Nuevos estudios de derecho administrativo*, Montevideo, 1976, p. 19-21.

15. Raffaele Resta, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1974, p. 31-8.

16. “La violazione, da parte dell’amministrazione, di una norma di relazione, risolvendosi in indebita invasione nella sfera del cittadino, comporta la lesione di diritto soggettivo; la inosservanza di una norma d’azione si sostanzia in un comportamento dell’amministrazione difforme dall’interesse pubblico, che essa stessa impersona, cui consegue la lesione di un interesse legittimo” (v. Raffaele Resta, op. cit., p. 41).

17. Aurelio Guaita, *El proceso administrativo de lesividad*, Barcelona, 1953, p. 62.

Já que toda lesão jurídica tem no ato administrativo o seu veículo violatório, o resultado de atuação que vulnera a ordem jurídica com repercussões patrimoniais, somente pelo estudo do ato nos casos concretos chega-se à efetividade da lesão ou à falta dos elementos essenciais que venham a viciá-lo.

Duas posições persistem no ordenamento jurídico positivo:

- a dos atos administrativos que afetam direitos subjetivos públicos;
- a dos atos administrativos que afetam direitos subjetivos privados.

Prosperando a demanda contra atos recorríveis ou impugnáveis, o que se pretende é atingir decisões para desfazer atos administrativos com substantividade própria¹⁸. De parte de quem denuncia o ato ou de parte da Administração quando conhece dos recursos direitos subjetivos públicos privados.

Ademais, nos recursos administrativos, em defesa da legalidade as questões duvidosas se resolvem “na proteção dos direitos e interesses legítimos dos administrados”, numa esfera de poder hierarquizado que responde na sua existência “pela eficácia de meios jurídicos protetores dos administrados”¹⁹.

Nos recursos internos, o *hierárquico*, pela sua importância na organização administrativa, consagra a impugnação de ato “que lesiona um direito subjetivo ou um interesse legítimo”, sendo desnecessário no interesse simples sempre defensável mediante petição ou representação²⁰.

O enfoque, em matéria administrativa, reside no estudo:

- antes, do ato em razão da legalidade;
- depois, do ato conforme a competência e a forma;
- em final, do ato em face do mérito com respeito ao fim da lei e à finalidade do ato.

Para tanto, na organização administrativa e na hierarquia, o órgão superior substitui o inferior, a autoridade maior substitui a menor no exercício da função de controle tutelar. Tudo visando, na organização, a normal conduta administrativa e a aplicação da lei.

18. Aurelio Guaita, *Actos administrativos — Silencio administrativo*, in op. cit., p. 102-4.

19. Rafael Bielsa, *El recurso jerárquico*, Rosario, 1939, p. 17-37.

20. Rafael Bielsa, op. cit., p. 43.

SUMÁRIO:

- 277. Comportamento do sujeito público.
- 278. Distinções especulativas.
- 279. O recurso hierárquico.
- 280. As decisões na hierarquia constituem autotutela.
- 281. A decisão na hierarquia é executória.
- 282. Interesse público e ordem jurídica.
- 283. Os dois “modos” fundamentais.
- 284. Simplificação dos conceitos.
- 285. O ato posto a exame para reexame.
- 286. O ato recursal nos fundamentos.

CAPÍTULO XXVII

Modos de controle “interno” dos atos administrativos

277. Comportamento do sujeito público

Pelos *modos* de controle interno dos atos administrativos, a própria Administração tem o *dever* da tutela preservando:

- a ordem jurídica;
- a legitimação na atuação pública;
- as relações com os administrados.

O papel da Administração, realizando atividade funcional e colocada no centro do poder estatal, na organização não é apenas de instrumento dos serviços públicos a prestar, mas sobretudo de instrumento para a manutenção da ordem jurídica com respeito à igualdade dos direitos¹.

Já observamos que “todo mecanismo constitucional, toda a importância jurídica da lei, especialmente a constitucional, regulando a capacidade da Administração, ordenando os direitos subjetivos, dimanam de que por si mesmos constituem uma garantia e produzem sanções por sua vulneração”².

Direitos ou interesses, tanto de sentido ético como de sentido econômico, igualmente trazem, quando violados, repercussões jurídicas. *Consequências* em relação à ordem jurídica e ao particular, afetando o objeto da vontade na prática dos atos administrativos.

1. “Aqui surge a idéia de direito; o direito só tem sentido com referência a vários interesses, para harmonizar aqueles interesses; as desigualdades sociais não se marcam por igualdades legais, senão por igualdade de interesses; a desproporção entre umas e outras provoca desigualdades sociais e também jurídicas” (v. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 275).

2. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 280.

O comportamento do sujeito público, submetendo o ato à apreciação de controle superior, é o que ganha relevância diante da licitude ou da ilicitude, da causa e do poder jurídico de ação, conduzindo ao exame da perfeição, da validade e da eficácia³. Condições essas de pura natureza recursal.

278. Distinções especulativas

No Brasil, como em outros regimes, a fonte constitucional inspira as colocações no Direito Administrativo, deixando no entanto livre o Estado para conhecer das instituições básicas⁴. Ficando, por isso, como ponto de partida, o direito de representação e de petição.

Contudo, no pensamento comparado, respeitada a fonte constitucional, com as construções objetivando idênticos propósitos, os recursos administrativos na sua expressão de autotutela, *lato sensu*, apresentam figurações bastante características.

Haja visto, aquela que, valorando as situações jurídicas, destaca nas operações recursais dois tipos procedimentais, os recorríveis e os impugnatórios, qualificando o apelo de sentido *próprio* e o apelo hierárquico de sentido *impróprio*⁵.

Embora o *impróprio* baseie-se no poder de anulamento ou reforma do ato, afastando a hipótese decisória de quem pode *reconsiderar*, o *impróprio* melhor resguarda a potestade hierárquica, a força de poder revisor na organização administrativa.

Na verdade, porém, as distinções na doutrina apenas especulam, porque na prática os *meios* conduzem aos mesmos *fins*⁶, fazendo do ato de recurso um *fato*, já que, na relação firmada, o importante reside no direito de provocar outra ou nova manifestação administrativa.

279. O recurso hierárquico

Logo, ao que se conclui, na organização administrativa, o recurso hierárquico, sob que aspecto venha nos regimes, desdobra-se por fases perfeitamente definidas. Ademais, constitui, ainda hoje, “o primeiro passo na instituição de uma jurisdição contenciosa administrativa, que é necessário criar organicamente o quanto antes”⁷.

3. Giovanni Miele, *Principii di diritto amministrativo*, Padova, 1953, t. 1, p. 115-31.

4. Constituição brasileira, art. 153, § 30, para aplicação do que se entenda por “direito de representação e de petição”.

5. Pietrangelo Jaricci, *Il ricorso gerarchico improprio*, Milano, 1970, p. 64.

6. Na literatura: Arnaldo de Valles, *Il concetto giuridico di gerarchia*, Como, 1926; Aparicio Mendez, *La jerarquía*, Montevideo, 1950; Aldo M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959; Pierre di Malta, *Essai sur la notion de pouvoir hierarchique*, Paris, 1961; Massimo Severo Giannini, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962; Pietro Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968.

7. Rafael Bielsa, *El recurso jerárquico*, Rosario, 1939, p. 17.

Todo órgão administrativo, na hierarquia ou na subordinação, “exerce normalmente poder de revisão da conveniência, da oportunidade e da legalidade dos seus próprios atos, sem necessidade da intervenção superior ou estranha nos sistemas orgânicos”, porque “a Administração deve velar sempre pela legalidade”⁸.

Por isso, e não outra razão jurídica, o recurso administrativo na hierarquia caracteriza-se “como uma demanda direta a provocar uma decisão administrativa” contra ato criador de situações jurídicas duvidosas, “condicionando a impugnação ou o conflito” ao direito público e subjetivo do administrado⁹.

Próprio ou impróprio, o recurso hierárquico como categoria fundamental estrutura-se no ordenamento jurídico e na fenomenologia do proceder administrativo diante do interesse de recorrer e do seu objeto que está no ato impugnado ou recorrido que se quer apreciado em busca de novo entendimento decisório.

Evidente, entretanto, que havendo o ato lesivo, há de haver “capacidade do sujeito envolvendo o problema da legitimação”, a *legitimatío ad causam* ou a *legitimatío ad processum*, condições que decorrem dos sistemas gerais do direito processual a fim de dar substância jurídica ao atuar administrativo¹⁰.

Tanto faz que a oposição ao ato administrativo, na defesa de um interesse ou da legalidade, tome formas as mais distintas em tese, porque quando acontece transgressão da ordem administrativa, os *modos* de ataque ao ato simplesmente denominam-se direito de petição ou de representação, ativando os recursos.

280. As decisões na hierarquia constituem autotutela

A questão, nos recursos, quase nunca é de presunção ou de intenção, mas de motivação e vontade declarada. O fato ou a lei, inspirando a decisão, não podem fazer o ato partir de situações falsas ou errôneas, porque assim o ato nasce viciado¹¹.

8. Alberto Ramon Real, Diversos tipos de contralor administrativo, in: *Nuevos estudios de derecho administrativo*, Montevideo, 1976, p. 84. “Mandamento constitucional, tanto o pedido de reconsideração como o recurso hierárquico integram-se aos direitos e garantias individuais, podendo ambas as medidas na extensão jurídica serem propostas por qualquer pessoa interessada. Nos dois tipos lembrados de provocação, o informalismo é a constante administrativa. Exigindo-se, porém, a proteção do recorrente ou a determinação dos seus direitos, o procedimento transforma-se em processo diante da necessidade da instrução e do princípio da legalidade” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 303).

9. Dario Foligno, *L'attività amministrativa*, Milano, 1966, p. 228-30.

10. Dario Foligno, op. cit., p. 236-7.

11. Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, p. 207.

É importante na esfera recursal saber que muitas vezes “a legalidade do ato administrativo depende, não bem da declaração de vontade do interessado”, mas também “da oportunidade a este aberta, para dar sua versão pessoal sobre determinado fato, ou situação, que possa motivar o ato administrativo”¹².

O que vale, no ordenamento jurídico, nas relações administrativas para a Administração também vale para o administrado. A aceitação de um ato depende do direito *posto*, da lei e da vontade privada. Naturalmente que o direito e a lei submetendo a vontade particular e subordinando a Administração.

Já hoje em dia a orientação doutrinária não se pode opor à prática, porque os elementos do ato, não constituindo segredo algum, oferecem ao analista adequada visão do que um ato administrativo possa conter para adquirir validade. Os remédios, quando aplicáveis, estão ao dispor da Administração e do administrado.

Os remédios, na jurisdição interna como na externa judicial, embora as situações de caráter pessoal não se prevejam, prevalecem em face do objeto do recurso, que é o ato administrativo formal e objetivamente exercitado. Quanto ao alcance deles depende das categorias.

Com respeito à norma, ao direito ou à lei, em princípio nas decisões, constituem “instrumento de autotutela”, valendo “a vontade da norma” por sobre a vontade administrativa, ou seja, dando sustentação a um “acertamento constitutivo” peculiar a qualquer decisão superior resultante do contraditório¹³.

Na existência de conflitos, os recursos de oposição visam a substituição ou o anulamento do ato originário, não querendo isto dizer que, analisada, a decisão recorrida não possa ficar mantida. A potestade de reexame valora a posição do poder autônomo que decide.

281. A decisão na hierarquia é executória

Depreende-se, assim, que nos recursos administrativos, em razão dos atos recorridos ou impugnados, da ordem jurídica, da legitimidade da atuação pública e das relações estabelecidas, “a decisão editada em virtude de recurso hierárquico é sempre executória”¹⁴.

Executória, sim, porque na organização e na jurisdição o poder, que aceita o recurso e decide conforme as premissas levantadas, pode suspender os efeitos do ato atacado, anulá-lo na eficácia ou simplesmente adotar decisões meramente declaratórias.

12. Lafayette Pondé, *A vontade privada na formação ou na eficácia do ato administrativo*, RDA, 63:24, Rio de Janeiro, 1961.

13. Dario Foligno, *Contraddittorio — Decisione*, in op. cit., p. 257-8.

14. Rafael Bielsa, op. cit., p. 115.

Nisso reside, sem dúvida, a potestade de reexame do ato, da faculdade que a Administração mantém para resguardar interesses públicos ou interesses de ordem administrativa, passando o ato, conforme a finalidade e os efeitos, a buscar a nível de outro poder decisão que seja definitiva.

O problema aqui, no tocante aos atos administrativos, *problema* que torna a doutrina imprecisa nos princípios, está no fato de a Administração ter privilégios no tratamento dos interesses coletivos, do interesse público variável na extensão e na intensidade, ficando com ela *no momento* o ajuizamento do mérito das decisões.

Contudo, sabemos, o direito de plano rejeita o ato viciado tirando-o da tutela interna jurisdicional, tão-somente porque o interesse público não basta para validar ato carente de aptidão jurídica para produzir efeitos jurídicos. Além disso, o interesse público, quando abstrato, pode não coincidir com a norma concreta.

282. Interesse público e ordem jurídica

No campo do Direito Administrativo, o afã de alargar o conceito de interesse público contraria o Estado de direito, afeta negativamente a ordem jurídica, transformando faculdades limitadas em poderes ilimitados. As nulidades são fatores implícitos e não valores inominados¹⁵.

O ato administrativo, quando sofrido na instância recursal e como objeto do recurso, há de ser apreciado no sentido técnico-jurídico, na sua existência como um fato concreto, real na categoria e na figuração, sujeito sempre ao exame dos elementos que podem *um a um* serem devidamente qualificados.

Essa é a verdadeira posição doutrinária envolvendo o ato em si e na inteligência da sua interpretação de lógica jurídica. Não devemos, portanto, afirmar que o interesse público seja tudo *porque não o é* quando afrontante da ordem jurídica.

Tenha-se como exatas condições de valor de juízo:

— que os atos jurídicos praticados pela Administração devem ter como suporte a lei ou a norma;

— que os atos jurídicos originários do poder administrativo devem ter como finalidade o interesse público.

A harmonia entre a lei, a norma e o interesse público é que torna *in fine* o ato administrativo perfeito na estrutura, pronto para ser executado, capaz de satisfazer eficazmente a ordem jurídica e as soluções impostas pelas necessidades coletivas¹⁶.

A bem observar, a equação é bastante simples, não oferece dificuldades ao hermenauta já que a Administração, *sponte sua*, detém a potestade de rever ou revogar, de simplesmente não contrariar as normas prescritas pelo ordenamento jurídico.

15. Ver sobre as nulidades: Tito Prates da Fonseca, *Lições de direito administrativo*, São Paulo, 1943, p. 352-3; Ruy Cirne Lima, *Princípios de direito administrativo brasileiro*, Porto Alegre, 1964, p. 94.

16. Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, México, 1968, p. 334.

283. Os dois “modos” fundamentais

Daí porque os *modos* fundamentais de controle interno na realidade da mecânica administrativa desdobram-se em dois tipos de permitida atuação:

- a *provocada* de parte do particular e de substância constitucional;
- a de *tutela* de parte da Administração e de hierarquia na organização estatal.

Ambos os *modos* procedimentais fazem *recurso* diante do *objeto* do ato, diante da *finalidade* em face do objeto. Na primeira hipótese a *provocação* coloca o ato em reexame. Na segunda é a própria Administração autotutelando a atividade administrativa ¹⁷.

Exercitado o ato, a revisão provocada ou *forçada* reflete posições antagônicas de partes integrando uma mesma relação administrativa. A auto-determinada ou *espontânea* já possui alcance maior porque o ato acaso retirado de vigência pode vir a produzir danos conseqüentes ¹⁸.

Na problemática da revisão, porém, as hipóteses provocadas são as comuns e freqüentes, pois ferido um direito ou um interesse ativa-se a reconsideração a pedido ou o *pedido de reconsideração* abrindo na ordem jurídica a possibilidade de formalização recursal preventiva de situações lesivas ou anormais.

284. Simplificação dos conceitos

Aliás, analisando os conflitos na relação administrativa, qualquer pesquisa mais profunda evidenciará a tendência já antiga à simplificação dos conceitos, ou seja, de racionalização dos métodos e processos de conhecimento, principalmente no tocante à atuação pública ¹⁹.

17. Na verdade, tanto a doutrina secular como o pensamento doutrinário saem-se por uma variedade de caminhos transformados em descaminhos. Embora convenhamos que a questão do reexame dos atos administrativos constitua problema de regime, é preciso simplificar os pressupostos, já que duas são as partes nos conflitos. Claro que, em matéria de direito ou interesse, pode haver pessoas intervenientes. Mas as *partes* sempre serão *duas*. Inclusive nos atos-contratos e nas licitações. Simplificar, portanto, atendendo a realidade dos fenômenos, é, sem dúvida, o melhor método de conhecimento.

18. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Da desistência nas desapropriações, *Revista de Direito Civil*, 1:111-7, São Paulo, 1977.

19. Apreciada a contribuição doutrinária no Direito Administrativo, vinda dos inúmeros regimes políticos, dos países latinos, da Alemanha, Inglaterra ou Estados Unidos, verificamos que nos dois últimos, embora não discutindo a formação constitucional, o *racionalismo* faz idéia dominante. Basta consultar: L. Urwick, *The elements of administration*, London, 1944; Comstok Glazer, *Administrative procedure*, Washington, 1941; Dwight Waldo, *The administrative state*, New York, 1948; Walter Gelhorn, *Federal administrative proceedings*, Baltimore, 1941. Todavia, ressaltada para análise a importância dos regimes, os anglo-americanos, distantes da influência italiana ou francesa, vêm de há muito valorando os aspectos práticos da atividade administrativa. O mesmo não acontece no direito latino-americano, sensibilizado continuamente pelas concepções adotadas na França, Itália ou Espanha.

Evidente que a tendência à simplificação traduz uma posição “não coerciva nas formas de atuação administrativa”, uma atividade livre envolvente de pessoas e *modos* capazes nas estruturas de submissão e respeito ao poder constitucional ²⁰.

A valorização dos *modos* recursais chega a fim de valorizar os atos administrativos, não propriamente para desatender interesses públicos ou necessidades coletivas, mas para impor à Administração linha responsável de conduta nos chamados “sistemas de responsabilidade” ²¹.

O que não podemos deixar de conhecer, no desenvolvimento da atividade administrativa, “é a forma ordenada e regular da atuação” ²², evitando, em face do direito normado, a criação inventiva de procedimentos que não tenham suporte nas franquias constitucionais.

Convém assinalar que, sendo o comportamento da Administração decorrência da legalidade, os atos por ela editados quando *legais* ainda assim podem justificar recursos, tendo em conta na lesividade a obrigação de reparar, o dever de compensar, pois não devemos confundir o direito subjetivo estatal com o direito subjetivo do administrado.

285. O ato posto a exame para reexame

Determinada a função administrativa por meio de atos, o problema da subjetividade dos direitos em especial afeta não apenas a Administração, mas todo um ordenamento jurídico. Se a questão no ato administrativo é de mecanismo, também é de poder e de processo, isto é, por assim dizer, de responsabilidade e de controle.

Há responsabilidade no recebimento dos pedidos recursais. Há controle quando do recebimento o ato denunciado é posto a exame para *reexame*, persistindo no direito posto, as seguintes equações:

— direito de petição + pedido de reconsideração = recurso direto ou simples;

— direito de representação + apreciação superior = recurso hierárquico.

Pelo pedido de reconsideração solicita-se “à mesma autoridade, que despachou o caso, o reexame do ato”, procurando “imprimir outro rumo à decisão anteriormente tomada”. Tal pedido supõe “a existência de decisão anterior com a qual não se conformou o recorrente” ²³.

Na hierarquia, o apelo é dirigido como *remedium juris* a uma autoridade ou órgão superior “a fim de que reexamine a decisão proferida, considerada

20. Leonard D. White, Noncoercive forms of administrative action, in *Introduction to the study of public administration*, New York, 1942, p. 465-83.

21. Leonard D. White, Administrative responsibility, in op. cit., p. 561-80.

22. Bartolomé A. Fiorini, *Procedimiento y recurso jerárquico*, Buenos Aires, 1971, p. 26; Jorge José Dacobo, La actuación administrativa, in *Estudios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1975, t. 1, p. 63.

23. J. Cretella Júnior, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 662.

lesiva a direitos ou interesses do recorrente”²⁴. Nesta *via* o que é recorrível passa necessariamente a impugnável.

Já que a ordem hierárquica não cria subordinação de pessoas mas sim de órgãos, não provido ou decidido o recurso administrativo *in casu*, tem o ato no Judiciário possibilidade de ser desfeito. O ato é o alvo da correção. As conseqüências extinguem-se com a procedência da decisão judicial.

286. O ato recursal nos fundamentos

Analisada a relação administrativa nos conflitos, dois atos criadores de duas situações distintas surpreendem:

— o ato *recorrido* formalmente editado pela sua eficácia produzindo efeitos jurídicos;

— o ato do administrado *recorrente* fundado em fato controverso ou de efeitos jurídicos prejudiciais.

Os fundamentos, dessarte, de ato administrativo motivo de recurso, têm suporte também em duas situações distintas:

— uma de ataque ao ato *viciado* produtor de efetivas conseqüências lesivas;

— outra impugnativa de ato *perfeito* que pela eficácia venha a produzir efetivas lesões.

Fundamentado o recurso administrativo, pelo agravo de um direito ou ferimento de um interesse legítimo, elementos constitutivos dão-lhe unidade processual a partir do ato sujeito à revisão até uma decisão final conclusiva.

Os elementos constitutivos integrados correspondem instrumentalmente ao pedido realizado, aos motivos fáticos do mesmo, ao recebimento e à resposta conforme ou não ao postulado²⁵. Da postulação à decisão os trâmites dizem com o ato discutido.

A competência para receber o recurso e remover o ato viciado ou então lesivo, criando ou modificando situações, alcança por intermédio do recurso soluções reformatórias ou revogáveis diante do direito controvertido ou do ato-objeto da controvérsia.

Portanto a força decisória proveniente de decisão ditada em virtude de recurso administrativo é sempre executória. Trata-se, na espécie, de uma qualidade própria de todo ato administrativo, seja suspendendo os efeitos, seja mesmo apenas declaratória²⁶.

Do contrário, a oposição há de prosperar na esfera judicial, tudo porém conforme os *modos* de controle *externo* dos atos administrativos, acontecendo desaparecer a Administração-poder-estatal para dar lugar à Administração-pessoa-jurídica-pública e parte.

24. J. Cretella Júnior, op. cit., p. 657.

25. Rafael Bielsa, Requisitos generales, Elementos constitutivos del recurso, Recurso directo, tramitación, prueba, in op. cit., p. 79-87.

26. Rafael Bielsa, Fuerza ejecutoria, in op. cit., p. 115.

SUMÁRIO:

- 287. Fiscalização e controle.
- 288. A característica do controle judicial.
- 289. Mérito e juízo de conhecimento.
- 290. Os elementos no ordenamento jurídico.
- 291. Aspectos substanciais no controle judicial.
- 292. Direito, processo e decisão.
- 293. O ato e a lei.
- 294. Legitimidade ou limite da legalidade.
- 295. Os remédios processuais comuns.

CAPÍTULO XXVIII

Modos de controle “externo” dos atos administrativos

287. Fiscalização e controle

O controle *externo* substitui de *plano* o controle *interno*. O controle aqui, na sua figuração jurídica, não se confunde com fiscalização, nem de contas financeiras nem de atuação legislativa¹. Significa envolvimento do ato administrativo para que outro poder diga da sua eficácia e conseqüências jurídicas.

Quando se dispõe que “a lei regulará o processo de fiscalização, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, dos atos do Poder Executivo, inclusive os da administração indireta”, o que se quer em ordem mandamental superior é precisamente *fiscalizar* o ato na aplicabilidade e não invalidá-lo².

1. A matéria de contas financeiras ou de intervenção pelo Legislativo realiza *fiscalização* e não *controle* dos atos administrativos. É importante a distinção, porque na fiscalização o que está em jogo não é propriamente o ato e sim a conduta da Administração, mais propriamente a *exação administrativa* no trato dos negócios públicos. O problema, como está colocado, não é de função, mas de poderes. *Fiscalizar* faz vigilância, exame, sindicância, censura. O *controle* realiza operações jurídicas que têm por finalidade manter ou eliminar o ato administrativo. O controle, no geral, vem depois da fiscalização.

2. Constituição brasileira, art. 45. Na Carta Constitucional, Cap. IV, seção VII, art. 70, o problema é de fiscalização financeira e orçamentária, “mediante controle externo e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo”. Pela fiscalização não se pretende atacar o ato administrativo, nem apreciar sua perfeição na estrutura e formação. Claro, no entanto, que a questão pode ser de legalidade, no tocante à “execução orçamentária” ou “aplicação dos dinheiros públicos” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *O controle da moralidade administrativa*, São Paulo, 1974, p. 229).

Não vingando sanções administrativas, restam aos administrados sanções judiciais. A interferência de outro poder, o Judiciário, submetendo a administração, no caso o Executivo, apreciando atos e decisões-atos visa restabelecer a nível de controle constitucional a ordem jurídica sofrida por força de infrações.

A questão em tese, na sua problemática, é de prestigiamento ou desfazimento do ato administrativo, de obediência à lei acaso violada, de proteção da legalidade, de adequada conduta administrativa conforme os regimes e o ordenamento jurídico institucionalizado³, ou de sistemas que correspondam a meios e fins.

Colocada tão-somente a Administração no centro do controle da legalidade, por certo os conflitos em que é parte integrante não teriam sucesso para os administrados, já que na esfera administrativa necessidades públicas podem afetar direitos subjetivos individuais ou interesses privados protegidos.

288. A característica do controle judicial

Não há dúvida que “diante desses conflitos, em que são partes, de um lado a Administração pública como órgão ativo do Estado, de outro o indivíduo, surjam dois problemas complexos no mecanismo estatal:

- o da sujeição das atividades da Administração à ordem jurídica;
- o do controle político-jurídico dessa sujeição interessando aos fenômenos da dinâmica do direito”⁴.

Projeta-se ainda mais o controle quando judicial, porque “a função administrativa que constitui o objeto das atividades da Administração, essencialmente realizadora do direito, não se pode compreender seja exercida sem que haja texto legal autorizando-a ou além dos limites deste”⁵.

Entre fiscalização, autocontrole ou controle judicial, a distinção qualificadora é:

- na fiscalização ou no autocontrole os *meios* são corretivos dos defeitos do ato ou da inadequada conduta administrativa;
- na tutela a correção pode ser de fundo ou de forma atingindo o ato na sua causa, formação e efeitos jurídicos.

Aliás, assegurar o exercício pleno dos direitos individuais e dos administrados constitui na organização constitucional a característica fundamental do controle judicial, apreciada a atividade administrativa na extensão e conseqüências do ato administrativo.

3. Leonard D. White, *Introduction to the study of public administration*, New York, 1942, p. 547-57; Fernando Garrido Falla, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 195-285.

4. M. Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio de Janeiro, 1941, p. 74. V. Pedro Salvetti Netto, *Controle da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos*, in *Curso de teoria do Estado*, São Paulo, 1979, cap. 7, p. 317-27.

5. M. Seabra Fagundes, *op. cit.*, p. 75-6.

No bem entender, em face das transformações concretas sofridas pelo direito público, a análise da legalidade ou da legitimidade envolve o merecimento do ato administrativo, embora no mérito possam quando motivados alcançar dimensões justificáveis.

289. Mérito e juízo de conhecimento

As exceções, oportunidade e conveniência não invalidam princípios fundamentais. Não consagram a ilegalidade ou a ilegitimidade. A vedação que afasta o controle judicial só se valida quando no mérito o ato é possível e lícito em vista de atuação consentida ⁶.

É indispensável, no controle judicial, em respeito da própria ordem jurídica, examinar a norma aplicável, o ato na sua feição concreta, a extensão da eficácia, as fontes legais e a equidade diante da natureza da atuação, das necessidades coletivas ou da urgência administrativa ⁷.

Não é fácil, mas faz importância, considerar o ato administrativo mediante um juízo de conhecimento, valorizando a manifestação de vontade seja de conteúdo *negativo* ou de conteúdo *positivo*, a fim de que pelo mérito os efeitos absorvam na legalidade os pressupostos de oportunidade e conveniência ⁸.

A impugnação, transportada para a esfera judicial depois de esgotados os meios recursais administrativos, supõe mais estreita vinculação da Administração à lei, dado o relevo “no direito positivo da distinção entre atos discricionários e atos regrados” ⁹. Baralhar critérios de análise será o mesmo que *discricionarizar* a atividade pública.

Verdade que a doutrina, em nome dos regimes políticos, procura não limitar os privilégios públicos da Administração, não procurando definir em bons termos critérios distintos de apreciação dos atos administrativos, quando o que prevalece nos Estados de *direito* não é a discricionariedade eventual, mas o ordenamento jurídico determinante de exatas limitações.

290. Os elementos no ordenamento jurídico

Nos sistemas orgânicos de direito hoje universalizados, sobretudo nos sistemas jurídico-administrativos, os princípios operantes decorrem dos fatos e da lei, passando pouco valer “o vago princípio de que só à Administração compete a faculdade de apreciar os fatos ou os elementos fáticos que servem de causa aos atos administrativos” ¹⁰.

6. Na verdade, a separação de poderes justifica que seja vedado apreciar o mérito dos atos administrativos. A doutrina, com tal posição, exagerou nos pressupostos fáticos. O que devemos ter em mente não é simplesmente a *separação*, mas a unidade estatal integrada. Em se tratando, porém, de ato discricionário, a finalidade explica as situações. Se a regra da inapreciação do mérito admite excessos, o controle judicial não pode esquecer e sim conter.

7. Giovanni Salemi, *Giustizia amministrativa*, Palermo, 1935, p. 127-8; Giovanni Miele, *Principii di diritto amministrativo*, Padova, 1953, t. I, p. 254-57.

8. Giovanni Salemi, *Cordo di diritto amministrativo*, Padova, 1936, p. 423-25.

9. Fernando Garrido Falla, *Régimen de impugnación...* cit., p. 180.

10. Fernando Garrido Falla, op. cit., p. 185.

O problema, no exame do mérito, de distinguir aspectos da discricionariedade para escapar de um juízo de valor jurídico, ou mesmo para evitar o controle judicial, é uma questão doutrinária por demais ociosa para servir de base à ciência jurídica e ao ordenamento jurídico positivo.

As expressões, por exemplo, discricionariedade *técnica* ou discricionariedade *pura*, circunstanciais por excelência, inexistem no direito *posto*, não passam de complexas premissas que pretendem excluir na maioria dos casos os atos administrativos dos controles em favor de uma liberdade de ação não vigiada e fundada em razões casuísticas ¹¹.

O controle judiciário, na continuidade do autocontrole administrativo, faz ação e oposição, o contraditório e o processo. A existência “de remédios especiais para a solução de certas controvérsias jurídicas, é da essência mesma do direito processual, que deles se utiliza para dar maior eficácia à medida judicial” ¹².

Na organização político-constitucional, quando exemplarmente capitulados poderes e funções, a doutrina só pode inspirar decisões fundadas na realidade pública e no ordenamento jurídico, conhecendo:

- o *direito* na ordem jurídica;
- a *norma* na espécie aplicável;
- os *remédios* processuais adequados;
- o *interesse* legitimado;
- a *relação* jurídico-administrativa.

O controle somente será efetivo, real e concreto, depois do conhecimento do ato administrativo denunciado, avaliado na formação e na estrutura, enquadrado nos remédios processuais reconhecidos para dar garantia aos administrados. O encontro em juízo *judicial* da Administração com os particulares é o momento jurídico da mais alta transcendência na vida dos direitos.

As condições apontadas destacam fatores avaliáveis de valor jurídico que, na abertura do processo de controle judicial, permitem *in casu* intervenção sanatória capaz no equilíbrio entre poderes de restaurar a ordem jurídica ofendida e repelir as prováveis lesões acontecidas.

291. Aspectos substanciais no controle judicial

Diga-se que a intervenção, ou o controle judicial dos atos administrativos, não resulta da supremacia de um poder sobre outro, mas da harmonia que nos sistemas mantém respeitada a positividade do ordenamento jurídico.

A supremacia vem da ordem social e jurídica natural, da lei dando sentido ao ordenamento jurídico, das instituições básicas organizadas admi-

11. Cino Vitta, *Diritto amministrativo*, Torino, 1949, t. 1, p. 305-7; Michel Stasinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, p. 150.

12. Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 283.

nistrativamente, das funções fundamentais na atividade realizando serviços e prestando proteção jurisdicional.

Leis ou normas, preceitos ou regras, situações jurídicas e natureza processual, relação de direito e controle judicial são aspectos substanciais visíveis de supremacia constitucional, sensibilizando toda atividade humana e os conflitos surgidos principalmente da prática dos atos administrativos.

Afora a *legislativa*, que refoge deste trabalho, a função *administrativa* e a função *jurisdicional*, quer na ordem interna ou externa das manifestações jurídicas, fazem, “princípio de unidade do poder estatal”, não como simples teoria “mas como determinante prática da estrutura institucional do Estado na sua unidade”¹³.

Na realidade, o princípio da supremacia, no tríplice fenômeno de poder, manifesta-se autonomicamente trazendo como fundamento na organização, de parte do Judiciário segundo disposição legal responder ações, *ações* que na relação jurídica sejam avaliadas conforme a expressão da lei e a imparcialidade no comportamento administrativo.

292. Direito, processo e decisão

Remetido à apreciação judicial, o ato administrativo, como produto da função administrativa, há mesmo *in casu* de justificar-se:

- pelo exercício da função em razão do caso concreto;
- pela presença de um interesse específico;
- pela existência de relação proveniente do fato.

Já que, no Judiciário, o ato administrativo em apreciação constitui o objeto principal da ação de controle, qualquer decisão deve orientar-se conforme a natureza ou categoria do ato discutido e segundo a intensidade das garantias que dão proteção ao sujeito, tendo:

- no *direito* as regras que fundamentam a postulação;
- no *processo* a constatação dos fatos diante das regras pertinentes;
- na *decisão* as conseqüências jurídicas materializadas.

As três etapas de conhecimento, a da fixação do direito, a da natureza do processo e a da decisão como sentença, qualificam a *matéria* submetida à apreciação, o *fato* na sua extensão lesiva ou não e os *meios* que devam corresponder à reparação dos efeitos produzidos e no momento reavaliados¹⁴.

Devemos, sempre que um ato administrativo sofrer impugnação, ter como princípio orientador que nenhuma decisão é invulnerável ao exame da sua validade ou ilegalidade, seja na feição material ou simplesmente formal. Importa, e muito, a correta subordinação à lei.

13. Del Prete, *Il principio funzionale della distinzione degli atti giuridici pubblici*, Milano, 1946, p. 3-47, *apud* Dario Foligno, *L'attività amministrativa*, Milano, 1966, p. 16-7.

14. Michel Stassinopoulos, *La constatation des faits, La soumission des faits à la loi, La formation de la volonté*, in op. cit., p. 154-5.

293. O ato e a lei

O controle, na área de apreciação judicial, não é quanto à lei e sim sobre o ato administrativo na sua aplicabilidade, pois “quando se contesta a legitimidade de um ato em face da lei, não é à lei que se visa, mas ao ato regulado pela lei aplicada”¹⁵.

Os instrumentos reparadores ou corretivos do ato administrativo, os *modos* de controle externo e judiciais, apenas tomam da lei para fundamentação do ato administrativo, para justificá-lo na origem e nos efeitos. Não que a lei seja abstrata, mas porque o que fere o direito é o ato e não a norma legal¹⁶.

Nas várias figurações processuais, a instrumentação que fica a dispor do administrado, principalmente tratando-se de matéria administrativa, dá-lhe condições próprias de impugnação do ato, não porém da lei mal ou bem aplicada.

A questão, que exige cuidados, reside no exame da formação do ato administrativo, não escapando tal exame do entendimento do texto específico no contexto da norma, a fim de que o controle não exceda no caso concreto a relação entre o *querer administrativo* e os efeitos do ato.

Denunciado determinado ato, e, portanto, impugnado nas *vias de direito*, o controle judicial objetiva “o ato de autoridade pública e a proteção legal que deve abranger toda espécie de ato, examinando a sua legalidade, isto é, se o ato mesmo obedeceu às exigências legais”¹⁷. O confronto é entre o ato e a lei aplicável.

294. Legitimidade ou limite da legalidade

Todavia, entre a atividade administrativa para a prática de um ato e a atividade material de execução, no controle judicial não prospera a *distinção* porque todo ato público traz na sua essência imperativa força executória.

Executado ou não, contido ou não na execução, com efeitos produzidos ou a produzir, o que importa é a legitimidade ou o limite da legalidade¹⁸. O que tem importância na avaliação das situações jurídicas chama-se na temática *cessação* ou *extinção* das conseqüências.

Para bem posicionar o controle judicial, dois enfoques merecem do analista especial relevo:

— o que diz na organização político-constitucional com respeito aos poderes;

— o que explica nos regimes administrativos a existência das garantias asseguradas.

15. Themistocles Cavalcanti, op. cit., p. 303.

16. Exemplo: ações ordinárias, cominatórias, declaratórias, *habeas corpus*, mandado de segurança, ações populares. Não se discute, por intermédio dos citados instrumentos, a lei em tese. Sim o ato administrativo, ou seja, o ato de autoridade.

17. Themistocles Brandão Cavalcanti, op. cit., p. 308.

18. Dario Foligno, *Stato di diritto*, in op. cit., p. 35.

Penetrando mais a fundo, ninguém desconhece a *ruptura* havida entre a Administração pública e o Direito Administrativo, *ruptura* que sem prejuízo das perspectivas constitucionais submeteu a Administração como *pessoa jurídica* aos “restantes órgãos que exercem poder estatal, o Legislativo e o Judiciário”¹⁹.

Em que pese a variedade de atos na atuação administrativa, as variadas funções que se ativam na organização político-administrativa, o problema do controle judicial no contraditório é problema de ordenamento jurídico, de pessoas, de direitos ou interesses protegidos. Na fonte: de direitos fundamentais.

295. Os remédios processuais comuns

Compete ao Judiciário, poder de controle ou revisor de atos, não desconhecer a existência de três ordens diferentes no Direito Administrativo, “vinculadas por estreitas relações de interdependência, a normativa, a de conduta permitida e a de valores de justiça”²⁰.

Já agora a doutrina não pode separar na procura da tutela, nem distinguir na procura do controle, os direitos subjetivos privados individuais dos direitos subjetivos públicos dos administrados. Convém conhecer que os princípios da invalidade ou da nulidade dos atos públicos pertencem dogmaticamente à ciência jurídica, regendo portanto a feitura dos atos administrativos.

Justifica-se, assim, que, conforme os regimes jurídicos ou sistemas administrativos, o controle judicial dos atos administrativos seja exercido por meio dos remédios processuais comuns²¹. Nada há de estranho diante da unidade da ciência jurídica na submissão da Administração às exigências implícitas reguladoras da atividade administrativa.

Resulta considerar que mesmo a discricão na oportunidade e diante da conveniência, autolimita o poder administrativo a quatro etapas lógicas a partir da causa: a da lei, a dos fatos materiais, a dos fatos em face da regra jurídica e a da formação da vontade²².

A falta de concordância nos sistemas e a doutrina que na matéria vem evoluindo de maneira a consagrar critérios lógicos positivos passaram a exigir profunda identidade entre o ato administrativo e os limites que a Administração há de respeitar na sua atuação.

Quanto ao controle judicial não fica sujeito a motivos extrajurídicos que possam sensibilizar os sujeitos administrativos, já que o ato administrativo possui sempre uma finalidade objetivamente determinada, *finalidade* que faz condição extrínseca da legalidade.

19. Juan Carlos Cassagne, La ecuación entre administración pública y derecho administrativo: su ruptura, in *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1977, t. 1, p. 59-60.

20. Juan Carlos Cassagne, El derecho administrativo en el mundo jurídico, in op. cit., p. 75-80.

21. M. Seabra Fagundes, op. cit., p. 300.

22. Michel Stassinopoulos, Interpretation de la loi, in op. cit., p. 147-56.

OITAVA PARTE

- **Eficácia e validade dos atos administrativos**
- **Invalidação dos atos administrativos**
- **Convalidação dos atos administrativos**
- **Extinção dos atos administrativos**

SUMÁRIO:

- 296. Colocação do problema.
- 297. Elementos e atributos.
- 298. Validade e competência.
- 299. Eficácia e capacidade.
- 300. Incompetência = incapacidade.
- 301. Incapacidade = ineficácia.
- 302. Eficácia e validade.
- 303. O que significa a eficácia.
- 304. O que significa a validade.
- 305. O valor das formas.

CAPÍTULO XXIX**Eficácia e
validade
dos atos
administrativos****296. Colocação do problema**

Capítulo em destaque merece o estudo da eficácia e validade dos atos administrativos, já que da eficácia e da validade dependem os institutos da invalidação, da convalidação e da extinção, orientadores de sistemas integrados no Direito Administrativo.

A rigor, o que importa no exame da eficácia são os efeitos da declaração administrativa, porque somente por intermédio dos efeitos um ato dimensiona relações jurídicas, adquire projeção exterior ou determina finalidades públicas e de serviço público.

De igual maneira, o que preocupa no exame da validade são os elementos integradores do ato, sobretudo a motivação dando legitimidade ao atuar administrativo, os *elementos* qualificados e conseqüentes de causa em harmonia com a vontade declarada.

Na verdade, diante da pluralidade de interesses que afetam a Administração, o *fato-causa* ou motivação como o *ato* expressão formal da vontade fazem uma unidade substancial nas relações jurídicas de qualquer ordem ou natureza administrativa¹.

A que vem o ato administrativo é a grande indagação, fazendo da eficácia e da validade abstrações que desaparecem quando a vontade manifestada torna-se efetiva legitimando a atuação e colocando a Administração no plano das obrigações jurídicas.

1. Dois trabalhos de duas épocas: Manuel Leguizamo Barrera, *Los elementos de fondo del acto administrativo*, Bogotá, 1944; Luis Enrique Chase Plate, *La motivación del acto administrativo*, Asunción, 1978.

297. Elementos e atributos

Na anatomia do ato administrativo, apreciados os elementos que o integram, convém procurar distinguir a eficácia no ato com a sua validade, dois *atributos* orgânicos que determinam operatividade na permitida atuação pública ².

Por essa razão lógica de conhecimento jurídico a eficácia vem ligada à exeqüibilidade, isto é, à possibilidade de o ato ganhar validade não só diante de pressupostos práticos, mas sobretudo diante de soluções harmônicas com a norma e a lei.

Assenta a exeqüibilidade na possível imediata execução, reunindo no momento o ato condições para cumprir a finalidade esperada, ou seja, para realizar-se com existência válida, já que perfeito nas projeções jurídicas ³.

Os dois atributos, de eficácia e validade, dizem necessariamente com os efeitos jurídicos. A eficácia, a bem sentir, tornando possível os efeitos. A validade pressupondo observância da norma legal. Tudo porque atos sem efeitos inexistem para sensibilizar o direito.

A eficácia, isolada para exame, diz com o objeto lícito e possível. A validade, em face da eficácia, com a legalidade. Desintegrando o ato, os dois atributos surpreendem o analista, permitindo o exato conhecimento do ato administrativo que se quer perfeito.

No entanto, não somados os atributos, não havendo objeto possível, ocorre a ineficácia. Todavia, não havendo adequado suporte legal, surge a invalidade. Daí a importância para o hermeneuta de penetrar o ato a fim de valorar o princípio da legalidade.

298. Validade e competência

Observando o ato administrativo nos elementos e nos dois atributos nominados que lhe são indispensáveis, chega-se à conclusão de que o ato válido é aquele que provém na organização administrativa do normal exercício da competência ⁴.

2. "O ato administrativo, em razão de ser imperativo e presumidamente legal, está apto a produzir efeitos a que se destina, contidos em seu objeto (queridos pelo agente e protegidos pela ordem jurídica): chama-se a isto *eficácia*. Eficácia pressupõe, portanto e apenas, existência válida, isto é, plena manifestação de vontade mais conformidade à lei" (v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 106).

3. "Inconfundível com a eficácia é a exeqüibilidade: possibilidade de execução imediata. A eficácia é um *minus* em relação à exeqüibilidade pois só tem aptidão de *operar*, em ato eficaz. O conceito é relevante para caracterizar o *ato perfeito*, isto é, o que reúne eficácia e exeqüibilidade. Assim as características do ato administrativo perfeito são: existência + validade + exeqüibilidade" (v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *op. cit.*, p. 106-7).

4. "Ato válido é o que provém de autoridade competente para praticá-lo e contém todos os requisitos necessários à sua eficácia. O ato válido pode, porém, ainda não ser exeqüível por pendente de condição suspensiva ou termo não verificado" (v. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 143).

Aliás, nesse ponto, o ato perfeito constitui-se pela integração dos elementos somados aos atributos, não bastando a aparência de perfeição para a legitimação da vontade, nem manifestação de vontade que não tenha eficácia.

Nas diferentes categorias, no tocante principalmente à legitimidade, ganha relevo ao lado dos elementos informadores e dos atributos a *motivação* que explica a permitida tomada de posição administrativa.

Claro que é válido o ato administrativo que não contenha nenhum defeito, embora na prática esta seja uma aspiração nada fácil de atingir ainda que a doutrina procure denunciar a falta de motivo ou mesmo a falsa motivação ⁵.

Entrar nos aspectos gerais e particulares do ato administrativo, nos *gerais* considerando os elementos e nos *particulares* avaliando os atributos, constitui tarefa que envolve pressupostos causais, de entendimento e de aplicabilidade da norma jurídica.

299. Eficácia e capacidade

Por outro lado, não discutida a competência, firmado o direito de agir e o exercício normal da função, a eficácia se resume na capacidade de produzir efeitos, a *capacidade* dizendo que o ato há de vir exequível e com força executória ⁶.

A ineficácia, entretanto, não tornando o ato inválido, torna o ato inútil não havendo capacidade, além do que a eficácia no tempo e no espaço, quando projeta-se, deve trazer condições de execução sem as quais indetermina-se a vontade diante da finalidade.

A capacidade, sem dúvida, vem ligada à executoriedade, assegurando estabilidade jurídica ao ato, já que qualquer ato depende, para fazer concreta a vontade, de força que lhe dê “meios procedimentais de execução” ou “projeção jurídica de poder administrativo” ⁷.

5. “Válido é o ato administrativo que não contém nenhum defeito em relação a qualquer dos seus cinco elementos fundadores. Ao contrário, inválido é aquele a que falta motivo ou é fundado em motivo falso. A validade do ato administrativo concerne, portanto, com a sua legalidade, mas não se confunde com a sua perfeição e eficácia” (v. Luciano Benévolo de Andrade, *Curso moderno de direito administrativo*, São Paulo, 1975, p. 172). “O problema da validade do ato administrativo confunde-se, pois, com a sua intrínseca contextura” (v. Miguel Reale, *Revogação e anulamento do ato administrativo*, Rio de Janeiro, 1968, p. 35).

6. “A eficácia do ato consiste na sua capacidade de produzir efeitos. É pois um atributo decorrente de sua perfeição. Validade, perfeição e eficácia, se bem que interdependentes, são momentos diversos dos atos administrativos” (v. Luciano Benévolo de Andrade, op. cit., p. 172-3).

7. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 298-9. “A desconformidade entre a causa real do ato e o motivo que a lei exige como causa para que ele possa ser legitimamente praticado, gera, como consequência, a invalidade ou a ineficácia do ato” (v. Francisco Campos, Os atos de Governo e a teoria dos motivos determinantes, in *Pareceres*, Rio de Janeiro, 1936, 2.^a série, p. 182).

A natureza da competência, mesmo disciplinando ou limitando a atuação administrativa, transforma a vontade declarada em vontade executiva, pois nada contrariando a norma resume-se em eficácia e capacidade, em possibilidade na eficácia e força de fazer na capacidade.

300. Incompetência = incapacidade

Examinada a vontade no exercício prático do ato administrativo, depois da causa a competência perfaz o elemento de maior importância, porque responde na organização pelos poderes, órgãos e agentes⁸.

Já que as regras que determinam a competência e a capacidade no Direito Administrativo lhe são exclusivas, a herança do Direito Civil embora de peso jurídico marcou-se por alterações de profundidade, passando os conceitos a representar posições diferenciadas.

Assim, não havendo competência, a incompetência gera de imediato a incapacidade, a ineficácia nos efeitos, influenciando os atributos para invalidar a vontade e o ato, prejudicando o interesse ou mesmo a necessidade pública.

Tomando a incapacidade, no Direito Administrativo, como falta de força ou poder de ação, ou então como fenômeno de incompetência, a vontade perde seu valor jurídico no processo de formação do ato administrativo, invalidando na origem a faculdade de representação⁹.

Um ato administrativo, visando a aplicação da lei em cada caso, não terá condições executórias nem validade, porventura não venha protegido pela competência e preceito de capacidade, pois se isto não acontecer a vontade conflita-se com a própria declaração.

301. Incapacidade = ineficácia

A incapacidade, por sua vez, toca diretamente nos efeitos em virtude da ineficácia, da impossibilidade para o alcance da finalidade, isto é, pela inexistência de qualidades quanto “a legalidade objetiva da vontade expressada”¹⁰.

Considerando que todo ato administrativo deve produzir efeitos jurídicos, a validade assume colocação harmônica com a competência e a efi-

8. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Da competência na hierarquia das obrigações administrativas, Da competência na relação entre poderes e órgãos, in *Da competência administrativa*, São Paulo, 1977, p. 29-63.

9. Federico Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, p. 571-3. “Ora, quando um ato administrativo se funda em motivos ou em pressupostos de fato, sem a consideração dos quais, da sua existência, da sua procedência, da sua veracidade ou autenticidade, não seria o mesmo praticado, parece-me boa razão que, uma vez verificada a inexistência dos fatos ou a improcedência dos motivos, deve deixar de subsistir o ato que neles se fundava” (v. Francisco Campos, op. cit., 2.^a série, p. 181).

10. Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, p. 117.

cácia a fim de que a Administração concilie o interesse público com a atividade administrativa.

Sem dúvida, no exame do ato administrativo, é tão importante distinguir a eficácia da validade como também a ineficácia da invalidade, pois o que fica em apreciação trata de competência e capacidade, de incompetência e incapacidade.

Somar para a doutrina faz método de análise, não obstante a necessidade de separar os atributos num processo de conhecimento, tão-somente porque não se desconhece que um ato inválido pode ser eficaz e que um ato válido pode não ser ¹¹.

Tanto ponderam os atributos positivos como os negativos, atendendo que as questões quando surgem levam à comparação entre o que *é* e o que *não pode ser*, a um juízo de valor onde os conceitos concorrem para legitimar a atuação administrativa.

302. Eficácia e validade

Apraz afirmar antes de posicionar os atributos:

— a eficácia deve estar presente desde a formação do ato até a consumação dos efeitos;

— a validade nasce com o ato e com ele projeta-se no universo jurídico.

Eficácia e validade, como atributos distintos na existência dos atos administrativos, integram-se no ciclo de constituição do ato, participando da sua estrutura e instruindo os elementos no sentido de dar-lhes unidade.

Fazem duas noções de essência própria e peculiar, singularizando atributos não coincidentes porém ligados entre si, a eficácia dizendo da aptidão do ato para produzir efeitos e a validade sancionando situações de direito na ordem jurídica ¹².

Daí se querer, para que o ato administrativo seja perfeito, que satisfaça exigências legais e tenha plena eficácia, “condições indispensáveis para que se complete a relação jurídica, as formalidades intrínsecas e extrínsecas” ¹³.

No entanto, a eficácia tem a sua significação, como significação pertinente a validade também possui, impondo-se ao analista determinar com exatidão o que há por dentro e por fora do ato administrativo.

303. O que significa a eficácia

Estabelecidas as distinções com respeito ao significado de eficácia, duas ponderações merecem apontamento:

11. Raffaele Resta, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 40.

12. Themistocles Brandão Cavalcanti, Da validade e eficácia dos atos administrativos, in: *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 167-74.

13. Themistocles Brandão Cavalcanti, op. cit., p. 170.

— traduz a eficácia “capacidade ou aptidão que possuem os atos administrativos para produzir os efeitos que lhes são próprios”¹⁴;

— decorre a eficácia da “capacidade do ato para produzir efeitos efetivos validando potencialmente a atividade administrativa”¹⁵.

Duas conseqüências também promanam diretamente da eficácia:

— a que se refere à execução;

— a que diz com a cessação dos efeitos.

No primeiro aspecto, a eficácia dinamiza o ato na procura dos efeitos, no segundo, desaparece pela consumação dos efeitos. O que tem execução, portanto, são os efeitos perseguidos até o momento em que se consumam, extinguindo-se o ato em razão dos resultados obtidos.

Da eficácia do ato na produção dos efeitos, da execução levando ao cumprimento da vontade formalizada, procedem as medidas impugnatórias, os meios recursais apropriados à relação jurídica, medidas e meios objetivando a proteção de direitos ou interesses.

304. O que significa a validade

Válido é aquele ato, no momento da edição instrumentalmente bem formado, ao qual não faltam os elementos e os atributos, pronto para ser executado conforme a eficácia e a finalidade a perseguir.

O que importa dizer, “o ato válido é o ato saudável, isto é, o ato isento de vícios no momento da emissão”, ao contrário do inválido, “um ato enfermo, viciado na estrutura, mal formado”¹⁶. O problema aqui é de ato e não de vontade administrativa.

A validade não faz pressuposto, realiza legitimidade na atuação. Emanada de poder que tem potestade para emitir atos, “a validade supõe concorrência de todas as condições requeridas pelo ordenamento jurídico”¹⁷.

Conhecido o ato, a maneira de formação da vontade, a intenção expressa na declaração, a invalidade deriva da não-correspondência com a norma, conquanto a validade da perfeição que o torna eficaz na produção de efeitos¹⁸.

14. Hugo A. Olguin Juarez, *Extinción de los actos administrativos*, Santiago de Chile, 1961, p. 22.

15. Raffaele Resta, *op. cit.*, p. 40-2.

16. Hugo A. Olguin Juarez, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, in *op. cit.*, p. 21.

17. Hugo A. Olguin Juarez, *Validez del acto administrativo*, in *op. cit.*, p. 21. V. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Certeza e legalidade do objeto, Eficácia e requisitos da eficácia, O mérito do ato administrativo, Os efeitos do ato administrativo*, in *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 143-45.

18. A invalidade, textual ou virtual, tipo de sanção que desprotege a vontade, não constitui inexistência do ato, porque o ato inválido pode produzir efeitos e ser fonte de responsabilidade (v. Federico Cammæo, *op. cit.*, p. 596).

Todavia, a eficácia como a validade não desprezam as formas adequadas, passando as *formas* na ordem jurídica e na hierarquia, principalmente as escritas externas, a constituírem fatores de eficácia e de validade.

305. O valor das formas

Na perseguição dos efeitos, uma circular não pode substituir uma portaria, uma notificação não substitui um decreto, porque a *forma* como elemento final na estrutura do ato administrativo dá-lhe vida efetiva nas relações criadas¹⁹.

Internas ou externas, mais substanciais ou menos substanciais, as formas não só colocam o ato na categoria como protegem a eficácia e a validade, a certeza jurídica que decorre da natureza dos efeitos.

Os defeitos de forma, *formais* em atenção às conseqüências, comprometem a vontade provocando a ineficácia do ato, possibilitando a denúncia da inexistência, de nulidade absoluta ou relativa, pois “a exigência formal vem por imposição de lei e determinada pela natureza do ato”²⁰.

A *forma* assim, no sentido da eficácia e da validade, sendo indispensável para a expressão do ato administrativo, é também expressão de uma relação jurídica, essencial quando o ato adquire existência, fundamental no que se refere a defeitos e vícios formais²¹.

As *formas*, sobretudo quando previstas no ordenamento jurídico, determinam a atividade administrativa e a natureza do ato, a sua eficácia e validade já que os defeitos formais desmotivam a vontade e abrem caminhos ao anulamento.

19. Michel Stassinopoulos, *Les formes*, in op. cit., p. 122-3.

20. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 197-221.

21. “O ato pode ser formal e não formal. Entende-se por *formal* aquele no qual a inobservância da forma juridicamente prevista para a manifestação de vontade encontra sanção no próprio ato. Por ato *não formal*, toda manifestação de vontade, mais ou menos livre, com respeito à forma da sua expressão” (v. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 197).

SUMÁRIO:

- 306. Conteúdo-objeto do ato na invalidação.
- 307. Conceito de invalidação.
- 308. Fundamentos da invalidação.
- 309. O ato na invalidação.
- 310. Revogação e decadência.
- 311. Pressupostos da invalidação.
- 312. Eficácia temporal na invalidação.
- 313. Invalidação e responsabilidade.
- 314. Os efeitos da invalidação.

CAPÍTULO XXX

Invalidação dos atos administrativos

306. Conteúdo-objeto do ato na invalidação

O pronunciamento declaratório nos atos administrativos há de ser de conhecimento e verdade jurídica, de boa conduta administrativa segundo o grau de liberdade da Administração para cumprir determinados objetivos¹.

No ordenamento jurídico, não se compreende manifestação de vontade ou pronunciamento declaratório, senão quando o ato administrativo está posto instrumentado ou integrado nos seus elementos essenciais de formação.

Razão pela qual, entre os elementos essenciais, o objeto-conteúdo toma importância, surgindo na validação ou na invalidação por intermédio de pressupostos que garantem a integração do ato administrativo na sua unidade.

Observado o objeto, o conteúdo do ato administrativo, verifica-se nele, quando analisado, a existência de *requisitos* inconfundíveis que se projetam prejudicando os demais elementos, a saber:

- o de física possibilidade;
- o de licitude;
- o de determinabilidade;
- o de conveniência².

1. Carlo Tivaroni, *Teoria degli atti amministrativi*, Torino, 1939, p. 44-5.

2. Carlo Tivaroni, *op. cit.*, p. 49-52.

Não só o ato administrativo como um todo instrumentado, mas também o conteúdo-objeto merece preocupação doutrinária, tendo em vista a possibilidade de invalidação, ou seja, do problema de mérito levando à apreciação impugnatória.

307. Conceito de invalidação

O mérito, deixando há muito de ser um conceito abstrato, toca nos requisitos do objeto, não é questão que não mereça interpretação, nem questão que escape da exata figuração jurídica quando impreciso ou indeterminável.

A invalidação, por isso, atinge o mérito já que produz a extinção do ato, porque o mérito sem dúvida tem que ser valorado nos atos que alteram a ordem jurídica e nos atos contrários ao direito, sobretudo nos atos de consequências lesivas.

Embora, nos distintos regimes, a invalidação possibilite eliminar com um *ato negativo* uma declaração falha nos elementos em juízo, em face do ordenamento jurídico dá pela origem condições a que a própria Administração reveja posições instáveis³.

No seu conceito “a invalidação tem um efeito característico que consiste na eliminação da vida jurídica de um ato viciado”, de princípio inválido que “não podia juridicamente dar origem a uma relação de direito”⁴.

A invalidação, entretanto, conforme os regimes, pode vir:

- por meio de outro ato administrativo;
- de apreciação superior na esfera recursal;
- por decisão anulatória a nível judicial.

No entender prático de base, a invalidação é primeiramente unilateral e só depois provoca procedimentos recursais, podendo caber a iniciativa à própria Administração ou a quem compete rever os próprios atos.

308. Fundamentos da invalidação

Pelo visto, a invalidação como figura autônoma no Direito Administrativo, não diz apenas com a posição do poder de gestão, mas sim com a extensão dos efeitos do ato, principalmente nas projeções de lesividade.

Não obstante possa a Administração *rever os próprios atos* não os invalidando quando viciados, dimensiona-se de imediato a tutela externa em termos que a lei preveja ou em termos de proteção jurisdicional⁵.

3. Vincenzo Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 88; Marcel Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1948, p. 120.

4. Doris Piccinini Garcia, *Teoría del decaimiento de los actos administrativos*, Santiago de Chile, 1968, p. 40-1.

5. A administrativista chilena, Doris Piccinini Garcia, só aceita a invalidação unilateral. Acreditamos trate-se de um equívoco doutrinário. Não existe ato administrativo viciado que não exija tutela. Não é com isso que a unilateralidade trans-

Contudo, a invalidação na esfera administrativa tem fundamento:

— na legitimidade de ato negativo que chega para eliminar outro viciado na estrutura e formação;

— na eficácia de ato negativo para criar situação jurídica nova amparada na motivação e juridicidade.

O que se procura de pronto e tecnicamente com a invalidação é atingir a invalidade do ato, portanto a eficácia, o objeto-conteúdo do ato já editado nos efeitos formalizados, erradicando relações promoventes de responsabilidade.

309. O ato na invalidação

Para tal procedimento cabível, entretanto, dois importantes pontos sobressaem:

— o das causas que levam à invalidação;

— o dos efeitos que se produzem com a invalidação.

É pacífico, no pensamento doutrinário, que as causas dependem dos vícios na formação dos atos administrativos, de vícios que ilegitimam o querer administrativo ou distorcem a vontade declarada.

Também é pacífico, em princípio, na realidade da relação administrativa, que os efeitos permanecem enquanto não invalidados, já que o ato mesmo contaminado por vícios deu entrada e continuou no mundo do direito.

Evidente que qualquer análise há de corresponder à natureza do ato administrativo anterior e ao ato de invalidação, porque simplesmente não se extingue um ato público senão mediante causas, razões jurídicas ou motivos determinantes.

Por ser o ato de invalidação um ato novo constitutivo na esfera administrativa, quando unilateral passa a vigir no momento formal da edição, deixando um claro aberto que impõe avaliação jurídica. A questão, é também, de efeitos.

Duas conclusões tiram-se das razões motivantes do ato de invalidação:

— no tocante aos efeitos não se pode deixar de aferir as conseqüências e nem deixar de conhecer o que o ato anterior significou na ordem jurídica;

forma-se em tese indiscutida (op. cit., p. 41-2). O problema, a ser equacionado, possui maiores implicações. Sobretudo com respeito aos efeitos. No entanto, na posição em apreço, da estudiosa chilena, aumenta a responsabilidade administrativa. Não são tão amplos assim os poderes da Administração. No equilíbrio entre direitos ou interesses, não podemos esquecer a figura do administrado. Não se administra só para o Estado político... Este é um ranço medieval que aos poucos vem desaparecendo...

— num regime de garantias jurídicas asseguradas, o ato de invalidação não possui efeitos retroativos *in casu*, carreando a extinção lesividade provada ou outras situações atentatórias de direitos ou interesses conferidos.

Visa apenas o ato administrativo de invalidação evitar conseqüências a serem produzidas, não as no tempo produzidas considerando a unilateralidade da declaração de vontade contra a qual nada tem a ver o administrado atingido.

310. Revogação e decadência

A invalidação, procedimento extintivo do ato administrativo, não se confunde com a revogação ou a decadência. No entanto, embora as maneiras não se confundam, fazem instrumento diferenciados de extinção dos efeitos existentes ⁶.

A revogação, ato-processo extintivo, não apresenta dificuldades doutrinárias ⁷. Pontos coincidentes são pacíficos quando dizem que a faculdade de revogar condiz com os atos válidos e eficazes, atuando o elemento *causa* como princípio de valor ou motivo superveniente ⁸.

A decadência, por sua vez, decorre de o ato já ter atingido os efeitos, da ocorrência de fato que torne impossível a eficácia, do desaparecimento da causa anterior motivante, de circunstâncias impeditivas executórias ⁹.

Pela causa explicada na motivação, as figuras se desencontram, adquirem colocações singulares, cada uma delas ganhando sentido de efeitos determinados, de *efeitos* que diante de *causas* alteram ou extinguem a relação administrativa.

A invalidação, pela natureza e fundamentos jurídicos, além de satisfazer *no tempo* interesses públicos, vem do conhecimento de vícios que aconselham retirar o ato administrativo do mundo jurídico para não continuar a produzir efeitos prejudiciais.

311. Pressupostos da invalidação

Convenhamos que na prática dos direitos invalidar um ato não significa simplesmente retirá-lo do mundo jurídico, porque existem pressupostos a respeitar:

- de vícios que devem ser de legitimidade;
- de concreto interesse público a figurar;

6. Hugo A. Olguin Juarez, *Extinción de los actos administrativos*, Santiago de Chile, 1961, p. 229-35.

7. Para consultar: José Roberto Dromi, *Revocación administrativa por razones de ilegitimidad*, in *Jurisprudência Argentina*, Buenos Aires, 1978, p. 9-16. Também: *Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza* (n. 3.909), arts. 96 a 101.

8. Raffaele Resta, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 106.

9. Hugo A. Olguin Juarez, *op. cit.*, p. 268-9.

- de inconveniência no tempo;
- de inoportunidade não prevista.

Na primeira hipótese, o problema pode e deve ser de formação ou de estrutura do ato. Nas outras o problema reside no exercício de potestades ligadas diretamente ao conhecimento de novas causas de interesse público.

Conhecida a violação da lei, o desvio de poder ou a imprecisão da vontade declarada, a invalidação quando se impõe exige unilateralidade de atuação, que acontecendo não afasta a proteção jurisdicional nos casos de lesividade ¹⁰.

Enfocado o interesse público, a invalidação procura a eliminação dos efeitos não produzidos, avaliando-se a atividade potestativa em razão de pressupostos que não admitam dúvidas quanto à legitimidade do novo ato de invalidação.

312. Eficácia temporal na invalidação

Portanto, diante de vícios ou do interesse público, a invalidação necessita corresponder:

- ao estudo da validade do ato invalidado quanto à eliminação dos efeitos;
- à análise da natureza do ato de invalidação impedindo a continuidade dos efeitos;
- à finalidade da invalidação consoante o princípio da juridicidade na atividade administrativa;
- à satisfação concreta de um interesse público *atual* ¹¹.

Na verdade, pressupostos e fundamentos harmonizam-se já que a eficácia temporal dos atos não pode ser desprezada anulando efeitos produzidos que devem ser avaliados para que possam ser devidamente considerados como válidos ou não.

Tese um tanto inovadora, contrária em parte à doutrina clássica, a da *eficácia temporal* coloca a Administração em responsabilidade, isto porque nos sistemas normativos resguarda direitos até então de momento protegidos.

Não se deve argumentar, em matéria de invalidação, senão com os princípios que sustentam os regimes de legalidade e os Estados de direito, garantindo os administrados contra operações que apenas promanam da vontade ou do simples atuar administrativo.

10. Juan Carlos Cassagne, Teoría de la invalidez administrativa, in *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978, p. 236-7.

11. Hugo A. Olguin Juarez, op. cit., p. 233. Por sua vez, o interesse público *atual* precisa vir qualificado. Consultar: Armando Emilio Grau, Derecho subjetivo, interesse legítimo o simples, Situaciones jurídico-administrativas, in *Habilitación de la instancia contenciosa administrativa*, La Plata, 1971, p. 34-44.

Incontestavelmente, nos regimes de garantias jurídicas protegidas, torna-se *ajurídico* não considerar o espaço-tempo que um ato administrativo vigiu, como se a invalidação pudesse apagar resultados até o instante de novo atos tidos como legítimos.

313. Invalidação e responsabilidade

Diante de fatos causais sem dúvida que a invalidação também assume aspectos de tutela, sem com isto porém colocar a Administração fora de responsabilidade nas hipóteses de danos ou sancionando ferimento de interesses na ordem patrimonial individual.

E se o ato existente acontecer não suscetível de invalidação? Ou apenas marcado de nulidades relativas? Sanável ao invés de invalidável? Ou então não manifestamente prejudicado? Não vale *in casu* o pressuposto discutível de legitimidade?

Claro que ao intérprete, antes do exame do ato e dos seus efeitos, não compete discutir a boa fé da Administração e o interesse público perseguido. O que não pode é aceitar de plano a retroatividade *ex tunc* sem avaliação ponderada dos resultados afetados ¹².

Em qualquer decisão administrativa o que pesa nas relações efetivadas são os efeitos produzidos que levam incontestavelmente à responsabilização ¹³. Nunca posicionamentos doutrinários ampliativos ou ilimitados das potestades administrativas.

A teoria da inexistência do ato administrativo não mais procede porque além de inútil e falsa não serve para juridicamente explicar a invalidação ¹⁴. O ato existe ou não existe, esta é a verdade! Não existindo não cabe invalidá-lo.

Existindo, porém, o ato administrativo em sua expressão concreta na categoria, daí é que decorre a possibilidade da invalidação, e, na formalização invalidatória, os efeitos serem avaliados no tempo jurídico, os resultados considerados diante da eficácia temporal.

12. Mesmo na sua autonomia, o Direito Administrativo, na temática, não deve prescindir, a nosso juízo, das concepções civilistas. Sobretudo, não analisando, os efeitos da invalidação. Ou, conforme a natureza do ato, desprezando a posição dos destinatários do ato, a não ser que não haja nem sequer presunção de legitimidade. Mas com isso onde fica a Administração? Na área duvidosa da irresponsabilidade? Impossível aceitar que um ato de invalidação venha a tirar do mundo jurídico um ato inexistente, porque não há ato inexistente uma vez formalizada que esteja qualquer decisão administrativa.

13. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Responsabilidade estatal administrativa. in *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, Cap. 23, p. 339-50.

14. Consultar: Gabriel Marty e Pierre Raymond, *Droit civil*, Paris, 1956, t. 1, n. 158; Henri, León e Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, trad. esp., Buenos Aires, 1959/65, v. 1, p. 524; Rafael Bielsa, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1964/66, t. 1, p. 136-8.

314. Os efeitos da invalidação

Retirado pela invalidação um ato da sua vigência, sobram entretanto os efeitos vigentes antes da sua eliminação, embora a potestade invalidatória tenha força jurídica de autotutela ou mesmo de autocontrole.

O que se quer, todavia, frente à legitimidade e à responsabilidade, é que na invalidação de um ato administrativo por outro, os poderes não contrariem direitos mesmo acontecendo a invalidação partir de fonte hierárquica ou da competência de órgãos superiores¹⁵.

Quanto aos efeitos da invalidação, impõem limites às potestades invalidatórias, *limites* que surgem do exame:

- do exato tempo jurídico de vigência do ato invalidado;
- da boa fé que levou o destinatário a receber o ato depois sofrido de invalidação;
- do ato que produziu na sua vigência efeitos particulares geradores de direitos;
- do ato que na sua eficácia temporal criou situações jurídicas ou possibilitou aquisição de direitos.

Tais limites fazem regras ponderadas, não impedindo o exercício das potestades, mas contendo a Administração a fim de que não afronte “interesses considerados pelo tempo” ou “obrigações de não causar danos aos administrados”¹⁶.

O problema, como se observa, embora circunstâncias causais justifiquem a invalidação, não afasta a Administração e não a torna imune de responsabilidade, pois os efeitos temporais simplesmente não se extinguem sem a conseqüente reparação dos prejuízos¹⁷.

Já que a invalidação decorre de plano da não correspondência do ato com a norma disciplinadora, sempre que acontecida produz também efeitos e um dos efeitos na relação é de responsabilidade derivada conforme as situações jurídicas invalidadas.

15. Cino Vitta, *Diritto amministrativo*, Torino, 1948, p. 468.

16. Hugo A. Olguin Juarez, op. cit., p. 249.

17. Federico Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, p. 595-8.

SUMÁRIO:

- 315. Atos defeituosos.
- 316. Convalidação e nulidades.
- 317. Atos que nasceram inválidos.
- 318. O interesse público na convalidação.
- 319. As formas-meios de convalidar.
- 320. O ato na confirmação.
- 321. O ato de ratificação.
- 322. O ato de retificação.
- 323. O ato de conversão.
- 324. Convalidação e responsabilidade.

CAPÍTULO XXXI**Convalidação
dos atos
administrativos****315. Atos defeituosos**

Não só na teoria, mas também na prática, os atos administrativos de qualquer categoria devem vir perfeitamente formalizados, ou seja, sem defeitos que possam maculá-los na legitimidade, na licitude e na eficácia.

Observados além dos elementos, os caracteres jurídicos dos atos administrativos, a juridicidade e a estabilidade em tese fazem o ato perfeito, pronto para produzir resultados, livrando a Administração de procedimentos ou processos impugnatórios¹.

Somente o ato imperfeito, portanto, falho nos elementos, desmotivado na causa, carente de clareza na finalidade, deve ser reexaminado pela Administração, tornando possível a convalidação e impossível a abertura contenciosa dos meios recursais.

Já que à Administração cabe rever as próprias decisões e atos, tem na figura da *convalidação* o instrumento hábil para remover imperfeições sanando vícios de invalidade, afastando dúvidas nas relações jurídicas criadas.

A convalidação, no Direito Administrativo, faz manifestação de livre vontade, *in casu* podendo acontecer espontânea ou provocada, partindo do poder competente ou da parte interessada na exação executória do ato ou decisão administrativa.

1. Presunção de juridicidade, estabilidade, impugnabilidade, executividade e executoriedade são para *Julio A. Prat* "os caracteres jurídicos do ato administrativo" (v. *Actos y contratos administrativos*, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 3, v. 2, p. 147-51).

316. Convalidação e nulidades

Logicamente, o que se pretende pela convalidação é o apagamento das nulidades sanáveis, evitar conseqüências danosas, prejuízos que um ato administrativo sem estabilidade possa carrear, a responsabilização envolvendo a Administração com a permanência de efeitos nulificáveis ².

Em face do interesse público ou de serviço, no Direito Administrativo o problema da convalidação adquire projeções que o direito privado desconhece, pois como responsável a Administração “deve procurar curar os vícios que ela mesma provocou” na sua atividade criadora ³.

Diante de finalidades públicas ponderadas ou inadiáveis, as tendências de conhecimento conduzem à estabilidade e certeza nas relações jurídicas, a fim de que se evitem “os profundos desequilíbrios gerados entre a Administração e os administrados” ⁴.

Reconhecidos, portanto, os equívocos que maculam o ato administrativo, os vícios visíveis que se denunciam, o que não é lícito nem possível juridicamente, o único instrumento é o da *convalidação* posto à disposição da Administração.

Todavia, mesmo podendo o administrado provocar outra manifestação administrativa, o ato de convalidação não obriga a Administração, somente ela ficando responsável diante dos efeitos pelos resultados recursais quando anulatórios.

317. Atos que nasceram inválidos

Como na totalidade dos regimes jurídicos administrativos, as conseqüências lesivas se apuram dos atos praticados, dos atos que nasceram inválidos ou daqueles que surgiram defeituosos, na temática duas situações desafiam o analista:

- as que decorrem da convalidação sanadora dos defeitos denunciados;
- as que resultam da convalidação ratificando ou confirmando o ato duvidoso.

Nas primeiras, os efeitos discutíveis dizem com o novo ato ou com o ato de convalidação, desaparecendo o anterior na sua existência jurídica, embora seja apreciável o tempo jurídico em que vigiu o ato convalidado ou sanado.

Nas segundas, os efeitos permanecem com a permanência do ato, as relações não ficam prejudicadas porque a Administração podendo rever

2. Dois mestres argentinos estudaram a problemática com bastante objetividade: Bartolome A. Fiorini, *Convalidación de los actos administrativos*, in *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, Cap. 7, p. 392-96; Juan Carlos Cassagne, *Saneamiento o convalidación del acto administrativo*, in *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978, 3.ª parte, Cap. 3, p. 303-18.

3. Bartolome A. Fiorini, *op. cit.*, t. 1, p. 389.

4. Juan Carlos Cassagne, *op. cit.*, p. 304.

não reviu deixando o ato consumado tal como se encontrava à data da sua edição.

Compete então ao hermeneuta verificar a natureza dos atos convalidáveis, se possuem condições de irrevogabilidade ou são geradores de direitos, já que a convalidação é problema imediato que só diz respeito à Administração nas situações impessoais e não consideradas lesivas⁵.

A rigor, cumpre observar, os atos irrevogáveis ou geradores de direitos são intocáveis, sobre eles não atuando as espécies convalidatórias, pois o instituto da convalidação apenas sanciona na oportunidade o dever administrativo diante da lei.

318. O interesse público na convalidação

Tanto a Administração como o particular, na preservação dos direitos ou na defesa dos interesses, tem no instituto da convalidação o mais valioso instrumento jurídico de exação no desvio do comportamento administrativo.

Entenda-se que a convalidação “não se refere somente à conduta do poder público ante vícios que invalidam certos atos”, mas “à conduta de todas as partes interessadas, embora possam conforme as situações jurídicas atuar através de distintas formas”⁶.

Duas são as premissas fundamentais que explicam a convalidação no regime jurídico dos atos administrativos:

- pela primeira em forma genérica considera a invalidade do ato;
- pela segunda acolhe distintos meios de reconhecer a plena validade.

No tocante à posição da Administração, a convalidação, dando maiores dimensões à função administrativa, traz consigo força para declarar a legítima existência do ato, tornando o ato inquinado de vícios em ato eficaz na produção de efeitos jurídicos.

319. As formas-meios de convalidar

Pelo seu caráter qualificador e os efeitos, a convalidação consagra formas-meios adequadas à reformalização do ato, apontando a doutrina figuras que no fundo traduzem a mesma significação⁷.

Na convalidação, as espécies que compõem o gênero convalidatório, embora assumam conceitos diferentes, na finalidade querem proteger a validade do ato, a exteriorização da vontade nos pressupostos de legitimidade.

5. Michel Stassinopoulos, *L'acte administratif irrévogable*, in *Traité des actes administratifs*, Athènes, 1954, Cap. 13, p. 256-67.

6. Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 390-1. Com bastante precisão de análise, J. Cretella Júnior fala em *convalescimento* do ato administrativo, em *terapêutica* do ato. Afirma que, “mediante o emprego de processos instrumentais depurativos, procura a Administração salvar os atos administrativos já existentes” (v. *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 357).

7. Juan Carlos Cassagne, op. cit., p. 305-7.

Tendo em vista técnicas jurídicas viáveis destinadas a convalidar os atos administrativos, as formas-meios, na legalidade em face do conteúdo dos atos convalidatórios, compreendem-se:

- na confirmação;
- na ratificação;
- na retificação;
- na conversão.

A sutileza do que cada espécie no gênero significa, afirma que a Administração possui opções definidas, com tais opções não precisando revogar o ato nem retirá-lo do mundo jurídico anulando os efeitos já efetivamente declarados.

Tem grave importância o instituto da convalidação porque como sabemos todo ato administrativo implica um tipo de vontade manifestada, nem sempre porém essa vontade atingindo seu verdadeiro sentido ou distorcendo algumas vezes o processo volitivo.

320. O ato na confirmação

Confirmar será o mesmo que manter o ato administrativo não obstante irregular, sem que a Administração adentre no conhecimento dos vícios que o invalidam, decidindo “declará-lo diretamente válido”⁸.

A declaração direta de validade, acontecendo o ato não ferir direitos ou interesses, supre as omissões que o afetavam, aceitando a Administração confirmá-lo já que não pode extingui-lo. Faz quase sempre problema de conveniência ou de oportunidade.

A utilização da forma-meio *confirmação*, em face da validade diretamente imposta, vem para justificar que as nulidades não contrariam o interesse público e que o ato convalidatório não tem condições para sofrer intervenção judicial⁹.

Pelo seu conteúdo, o ato administrativo de confirmação assemelha-se ao ato de ratificação, porque ambos no instituto visam a estabilidade do ato convalidado nas relações produzidas e nos efeitos esperados.

321. O ato de ratificação

Na ratificação, entra o elemento competência, pois no geral a invalidez reconhecida é de incompetência, não propriamente de vícios manifestos ou mesmo sanáveis¹⁰. De condição *poder* para ratificar.

8. Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 396. Na prática, a *confirmação* de ato, no entanto, pode ocorrer nos papéis e processos administrativos, da não aceitação do pedido de reconsideração. A figura da *confirmação*, todavia, como meio de sanar, quando provocada, harmoniza interesses ou possibilita a ação de nulidade.

9. Agustín A. Gordillo, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 292-3.

10. Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 395. Para J. Cretella Júnior, “ratificação é o ato administrativo pelo qual a autoridade competente supre requisito ausente ou

A ratificação, no seu caráter e devidos efeitos, resulta da procedência do ato e tem ação retroativa, isso quando não convém à Administração revogá-lo e sim revigorá-lo formalmente ¹¹. É uma *potestade* e não simples faculdade.

Embora haja um novo ato, o ato de ratificação “consolida um ato de efeito duvidoso ou incompleto”, revalidando-o e dando “condições para que seja considerado perfeito e acabado” ¹².

Também pelo conteúdo o ato de ratificação assemelha-se ao ato de retificação, não obstante o ato de *retificação* possibilitar modificações ou alterações nos elementos de formação ou mesmo na finalidade.

322. O ato de retificação

Conquanto o ato de ratificação resultar da “abstenção de procedimentos adequados” ou da necessidade de fazer desaparecer “defeitos originários”, o de retificação transforma o ato nulificando-o parcialmente ¹³.

O ato de retificação, na convalidação, traduz mudança, alteração de conteúdo, porque assenta numa causa antes tomada equivocadamente, num erro que afeta o objeto imprecisando os efeitos jurídicos.

Retificam-se, por isso, os atos administrativos, sob duas razões:

- uma de vícios que possam trazer conseqüências nulificadoras;
- outra em virtude de falhas na publicação que desfigurem o texto original.

Ressalta aqui a importância da publicação no que concerne com a autenticidade do texto no todo ou em parte ¹⁴. Os efeitos jurídicos na ordem jurídica, bem o sabemos, nascem do conhecimento do ato ou da sua eficácia formal.

sana vício existente de outro ato anterior, considerando-o íntegro desde a origem” (op. cit., p. 358). No entender de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *ratificação* “é o ato administrativo pelo qual um agente competente, suprimindo falha ou corrigindo defeitos, considera ato nulo como íntegro e válido, desde a origem; a ratificação, retroagindo à origem do ato, opera *ex tunc*, e é de natureza *declaratória*” (v. *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 157).

11. Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 200.

12. Themistocles Brandão Cavalcanti, op. cit., p. 201. Considere-se: “irregular ou inválido o ato administrativo por faltar-lhe um requisito ou por abrigar, em si, elemento viciado”, mas que “pode ainda readquirir existência legal e validade mediante a *ratificação*” (J. Cretella Júnior, op. cit., p. 358).

13. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 23-2.

14. Vittorio Ottaviano, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milano, 1953, p. 257-74; Michel Stassinopoulos, op. cit., p. 247.

323. O ato de conversão

A conversão como ato administrativo quando adotada “consiste na emissão de um novo ato por meio do qual se declara a vontade de aproveitar os elementos válidos do ato viciado”, dando assim validade à anterior manifestação volitiva¹⁵.

No melhor entender a conversão “é uma figura de convalidação exclusiva do Direito Administrativo”, pois como ato novo faz “procedimento saneador” na área da Administração “substituindo o ato viciado por outro legítimo¹⁶.

Na conversão, ou pelo ato de conversão, a vontade identifica-se com o ato, remove-se a possível invalidade, atende-se o objeto, convalida-se com novo ato o antigo segundo os efeitos que a Administração visava legitimamente perseguir¹⁷.

Evidente que a conversão, por vontade da Administração sancionando um novo ato, não impede que este novo ato que é unilateral seja apreciado nos elementos de fundo e nos pressupostos de validade, não bastando apenas o simples reconhecimento da ilegalidade do ato anterior¹⁸.

Ato administrativo, como todos os demais, fica sob tutela, porque a transformação do ato anterior em novo ato não está livre na metamorfose de apresentar defeitos não verificados no primeiro ou vícios que não afastem o ato de conversão do ato original¹⁹.

Ao que se vê, no entanto, o ato de conversão faz manifestação de vontade, na espécie declarando relações cujos efeitos jurídicos quando pesados podem levar a Administração à responsabilidade.

324. Convalidação e responsabilidade

Não é por convalidar que a Administração entra em irresponsabilidade, embora sanando o ato administrativo considerado viciado. O problema, na relação já existente, permanece de eficácia e sobretudo de efeitos jurídicos.

15. Juan Carlos Cassagne, op. cit., p. 312.

16. Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 394.

17. Aldo M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1954, p. 245, 262 e 275.

18. “No campo do Direito Administrativo, conversão é termo técnico que designa não só o processo mediante o qual se procura reaproveitar os elementos deficitários de um outro ato para, depois de *tratados*, com eles compor um novo ato, como também designa o próprio ato administrativo, perfeito, legal, estruturado com elementos válidos de ato anterior ilegal” (J. Cretella Júnior, op. cit., p. 359-60).

19. Na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a conversão “é o ato administrativo pelo qual se opera a metamorfose do ato com defeito de legalidade, aproveitando-se o que for válido no ato original para articular um ato novo” (op. cit., p. 157).

Já que o ato defeituoso ganhou vida jurídica, há um lapso de tempo jurídico a ser avaliado entre a sua edição e os atos posteriores de confirmação, retificação, ratificação ou conversão, momento esse marcante de eficácia e de efeitos.

A validade, mesmo pela convalidação, não prejudica a relação então dominante, pois enquanto vigente o ato viciado estava a produzir efeitos, *resultados* que na prática podiam ter lesionado um direito subjetivo, um interesse legítimo ou um simples interesse ²⁰.

Ninguém pode afirmar que a convalidação sanatória ou de convalidação do ato administrativo não perturbe direitos ou interesses, já porque mesmo o ato “absolutamente perfeito está à mercê de processo revisionista”, quer interno ou por fatores externos ²¹.

Não basta nas hipóteses convalidatórias dizer que ficou assegurada a legalidade ou a legitimidade do ato, pois o que se quer na convalidação é dar às decisões condições de eficácia com o afastamento dos vícios e não agravar lesões por meio dos efeitos.

Logo, o que se pode evidentemente concluir, sem um exame de maior profundidade, é que pela convalidação não desaparecem relações havidas, direitos ou interesses anteriormente protegidos. A questão, entretanto, depende da análise do ato estável ou definitivo.

20. Traga-se à colação, a posição de Agustín A. Gordillo, sobre direito subjetivo, interesse legítimo e interesse simples, considerando “a proteção que a ordem jurídica outorga em forma exclusiva a um indivíduo determinado” (v. *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1974, t. 1, p. VIII-39).

21. J. Cretella Júnior, op. cit., p. 362. No entender porém de Juan Carlos Cassagne, em matéria de convalidação, quando haja carência normativa se aplicam as normas e os princípios incorporados ao Código Civil, “com as adaptações que se propõem à peculiar natureza do Direito Administrativo” (op. cit., p. 305).

SUMÁRIO:

- 325. A figura jurídica da extinção.
- 326. Formas de extinção.
- 327. Extinção natural.
- 328. A extinção diante de fatos.
- 329. Extinção provocada.
- 330. A extinção nos sistemas jurídicos.
- 331. Extinção e anulação.
- 332. Extinção e revogação.
- 333. A extinção na decadência e caducidade.
- 334. Impossibilidade e esgotamento da finalidade.
- 335. Competência na extinção.
- 336. O fato **prescrição**.

CAPÍTULO XXXII**Extinção
dos atos
administrativos****325. A figura jurídica da extinção**

O problema da extinção dos atos administrativos resume-se de princípio na cessação dos efeitos jurídicos ou do desaparecimento de situações jurídicas até então mantidas relacionalmente.

Um ato administrativo, como todo ato jurídico perfeito, mantém-se no mundo do direito, enquanto:

- tiver eficácia para produzir efeitos;
- não cessam os efeitos marcados de temporalidade.

Entenda-se, nos ordenamentos jurídicos, diante da finalidade que define o interesse público qualificado:

- a extinção se dá com a cessação dos efeitos e o acabamento do ato;
- a extinção acontece com a eliminação do ato que perde existência jurídica.

Numa síntese de entendimento, “o conceito de extinção envolve tanto a eliminação do ato como a cessação definitiva da sua eficácia”, ganhando importância as formas pelas quais desaparece a relação administrativa¹.

1. Hugo A. Olguin Juarez, *Extinción de los actos administrativos*, Santiago de Chile, 1961, p. 31. No Código de Procedimiento Administrativo, Lei n. 3.909, de Mendoza, na Argentina, a matéria da extinção dos atos administrativos vem exatamente figurada no art. 84: “El acto administrativo se extingue de pleno derecho por: a) cumplimiento del objeto; b) imposibilidad de hecho sobreviniente; c) expiración del plazo; d) acaecimiento de una condición resolutoria”. Nestes casos, os efeitos da extinção são para o futuro.

É o que vamos ver, atendendo a teoria e a prática no exercício da função administrativa, considerando o ato administrativo como uma manifestação de vontade e ao mesmo tempo como um ato jurídico produtor de efeitos concretos.

326. Formas de extinção

Pressupostos básicos levam o analista a observar duas distintas classes de extinção, ou seja, duas formas por meio das quais extinguem-se os atos administrativos, a saber:

- a da extinção natural;
- a da extinção provocada.

A *natural* vem do ato consumado, esgotado nos seus efeitos. A *provocada* quando a extinção resulta de um fato ou de outro ato. Ambas as formas, de modo geral, são as comuns e correntes, nas práticas administrativas.

Compreende-se a extinção naquelas situações peculiares em que “o ato cessa de operar seus efeitos”, tanto por causas anormais como por motivos normais, quer os atos sejam válidos ou afetados de invalidade ².

A idéia de extinção, no Direito Administrativo, assume peculiaridades conceituais determinantes com a supressão dos efeitos, importando entretanto a verificação das causas e da motivação assinalando razões implícitas.

327. Extinção natural

Tudo como estamos sabendo, com mais intensidade na fenomenologia administrativa, decorre da motivação ou de razões pelas quais a Administração se manifesta transformando a *vontade de fazer* em atos jurídicos ³.

Tendo em conta a motivação, as formas extintivas freqüentes, “entende-se por extinção, em termos gerais, a consumação dos efeitos do ato administrativo”, tão-somente porque cumprida a finalidade o ato perde seu conteúdo jurídico ⁴.

A extinção *natural*, por exemplo, em oposição à *provocada*, surge do esgotamento dos efeitos perseguidos ou do término da vigência, tanto os efeitos como a vigência já então carecedores de eficácia.

A extinção natural, também chamada de *normal*, ao contrário da invalidação que ataca o ato para eliminar os efeitos, como figura extintiva aparece prevista desde o exercício da atividade e do momento da formalização.

2. Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978, p. 373-4; Antonio Carlos Cintra do Amaral, *Extinção do ato administrativo*, São Paulo, 1978, p. 24-36.

3. Neste livro, Motivação dos atos administrativos, 4.^a parte, Cap. VIII.

4. Doris Piccinini García, Extinción de los actos administrativos, in *Teoría del decaimiento de los actos administrativos*, Santiago de Chile, 1968, p. 11-14.

Cessados os efeitos está o ato *naturalmente* eliminado do mundo jurídico, porque acabado na finalidade perseguida, porque pelo tempo jurídico teve sua eficácia consumida com a expiração das causas motivantes ⁵.

Na prática administrativa, em que pesem os posicionamentos doutrinários, o ato administrativo, na sua condição instrumental, é também problema de legitimidade ou de legalidade passando o prazo de vigência ou esgotado nos efeitos.

328. A extinção diante de fatos

Conhecer as formas de extinção, não sendo este um problema de relevância jurídica, é entretanto uma questão de interesse prático, de método crítico diante de causas, de colocação exata diante de fatos reais.

O que importa saber é que “a extinção se produz como consequência de uma causa prevista previamente ou surge posteriormente ao nascimento do ato”, nas duas hipóteses duas figuras facilmente constatáveis ⁶.

Pelo quadro abaixo, consideradas causas ou fatos motivantes, os efeitos ou a eficácia do ato, a extinção surge na problemática jurídica:

— natural, quando normal, pela cessação dos efeitos, perda de eficácia ou caducidade;

— provocada, quando nascida de outro ato, invalidação, anulação ou revogação.

Uma vez que os atos administrativos na estrutura possuem uma causa e uma finalidade, os pressupostos podem ser fáticos na extinção não acontecendo por isso existirem outras figuras afora as nominadas.

329. Extinção provocada

Por trás da extinção provocada quase sempre está outro ato administrativo invalidando, anulando ou revogando o anterior, respeitando porém regras de regular comportamento, princípios de conduta legal adequada às circunstâncias.

Embora possam influir valores subjetivos sempre o novo ato está por trás do antigo ato, sobretudo com respeito a fatos que alteram a expressão da vontade por motivos inclusive acidentais.

Impossível, no fenômeno extintivo, não considerar os fatos imprevistos onde a extinção pode apreciar-se como acidental, o ato *inútil* que se “extinguiu imediatamente por carecer de objeto” e no qual a extinção interrompe os efeitos na vigência ⁷.

5. Hugo A. Olguin Juarez, op. cit., p. 32.

6. Juan Carlos Cassagne, op. cit., p. 374. V. De la extinción natural y de la provocada por hechos, in *Procedimiento y proceso administrativo*, Mendoza, 1977, p. 27.

7. Hugo A. Olguin Juarez, op. cit., p. 33.

Independe da Administração a ocorrência da extinção, seja natural ou provocada, porque mesmo nos casos de invalidação, anulação ou revogação, preexistem fatores de motivação, causas que dizem diretamente com o interesse público.

Na verdade, qualquer ato administrativo quando nasce já tem destinação preestabelecida, podendo essa destinação ser avaliada além do conteúdo-objeto pelos elementos de causa e finalidade.

330. A extinção nos sistemas jurídicos

Duas premissas contudo devem ser levantadas para uma positiva capitulação doutrinária na temática:

— “os atos se extinguem quando são eliminados da vida do direito ou quando deixam de produzir definitivamente seus efeitos”;

— “os atos administrativos se extinguem naturalmente ou em forma provocada”⁸.

Na doutrina, a pesquisa não favorece posições conflitantes, nem deixa o pesquisador prenhe de dúvidas, pois o tratamento que dá à extinção assenta em posturas objetivas e de prática administrativa⁹.

Não falando de prazo de caducidade, condições naturais rígidas de extinção dos atos administrativos, a forma provocada, alcançando os institutos peculiares da anulação ou da revogação, deixa apenas os efeitos produzidos como ponto discutível de apreciação jurídica.

331. Extinção e anulação

Numa análise de valor, tendo em vista relações estabelecidas, considerando a anulação como fenômeno extintivo do ato, o que fica constitui efeitos antes esperados ou já manifestos.

Pela anulação não se apaga a manifestação havida de vontade administrativa, sua projeção dando vida ao ato na extensão dos efeitos, colocando o poder público nos precisos limites da lei.

Certamente que o ato administrativo vem mantendo no tempo histórico uma estrutura de unidade e de regime, tudo dentro de linha doutrinária afim com as garantias jurídicas¹⁰.

8. Hugo A. Olguin Juarez, op. cit., p. 35. Antonio Carlos Cintra do Amaral, Modalidades de extinção do ato administrativo, in op. cit., p. 41-54.

9. Nos ensaios, tratados e compêndios verificar as colocações de: Miguel S. Marienhoff, Umberto Fragola, José Maria Boquera Oliver, Manuel Maria Diez, Agustín A. Gordillo, Guido Landí, José Roberto Dromi, J. Cretella Júnior, Giuseppe Potenza, Jean Rivero, Eduardo Soto Kloss e Marcel Waline.

10. Luigi Raggi, Atti amministrativi, Giustizia amministrativa, in *Diritto amministrativo*, Padova, 1939; Renato Alessi, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956; Bartolome A. Fiorini, *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, 1969; Raffaele Jusso, *Motivo e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Milano, 1963; Simón F. Zelaya, *Acto y procedimiento administrativo*, Bogotá, 1978.

Quando se fala de anulação, estamos a falar de ato administrativo realizado, consumado nos efeitos, relacional por excelência, perfeito e não arbitrário, legítimo e não atacado de vícios.

Atendendo, portanto, a validade e a eficácia, a executividade e a cessação temporal da eficácia, a extinção só anula os efeitos ainda não produzidos, jamais efeitos legitimados antes do ato extinguido.

A potestade anulatória não vai a ponto de alterar relações consagradas, de estimar situações abusivas do direito ou de permitir à Administração agir livremente sem por isso nada responder.

A anulação, tirando o ato da sua vigência, não atinge os resultados ou os efeitos afetados. Tal como a revogação, a anulação produz efeitos no presente para o futuro, não tem força jurídica para suprimir conseqüências do ato anterior.

332. Extinção e revogação

O problema aqui, a bem dizer, na revogação não é de retroatividade do novo ato, mas de conhecimento da juridicidade dos efeitos produzidos até o momento da extinção ¹¹.

Se a questão proposta é de desaparecimento de um ato ou de extinção por força da revogação, vale não esquecer a relação jurídica só no momento exaurida e que o interesse público *atual* não prejudica “efeitos que eram convenientes e oportunos” ¹².

Considere-se na espécie da figura, que a tese não é de ato nulo e sim de anulação ou ato anulável. Aceite-se, na revogação, que o problema não é de ato viciado e sim de ato legal e perfeito na estrutura. De ato administrativo fundado em lei e não impugnado ¹³.

O que fica concretamente são os efeitos jurídicos já alcançados, não parecendo que o ato de extinção possa retroagir contrariando a regra da eficácia temporal dominante, embora aspectos sobrevenham na prática dizendo da natureza de cada ato ¹⁴.

11. “Se consideramos que o ato revogatório é um ato administrativo emitido em função de administração ativa, e que, por regra geral, ditos atos produzem efeitos para o futuro, temos de sustentar, evidentemente, que o revogação produzirá efeitos *ex nunc* e não *ex tunc*” (v. Hugo A. Olguin Juarez, op. cit., p. 213).

12. Hugo A. Olguin Juarez, op. cit., p. 214.

13. Carlo Tivaroni, Nullità ed annullabilità, in *Teoria degli atti amministrativi*, Torino, 1939, p. 95-107.

14. As posições de Luigi Raggi, Gaston Jéze, Michel Stassinopoulos e Renato Alessi são, diante dos regimes de organização que estudam, de fácil entendimento doutrinário. Merece destaque: Alberto Ramon Real, Efectos retroativos de la extinción por ilegalidad del acto administrativo, *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*, Montevideo, p. 145-48, 1978.

Evidente que, as necessidades públicas, de serviço ou de interesse público, resultam “de necessidades públicas existentes num dado momento histórico”, a serem satisfeitas no presente ou no futuro, não no passado porque passam a concretas no momento da edição do ato¹⁵.

Dois pontos, na extinção pela revogação, assumem, nos regimes administrativos, repercussões jurídicas:

- o da eficácia subjetiva da revogação;
- o da conseqüência lesiva de interesses ou direitos.

Já que a revogação “produz efeitos subjetivos absolutos”, a presença “de direitos subjetivos validamente adquiridos” nos casos de extinção constitui “um limite para o exercício da potestade revogatória”¹⁶.

Não obstante, consideradas as relações *in casu*, os direitos subjetivos, ainda que validamente adquiridos, quando se revogam e tenham conteúdo patrimonial, resolvem-se pela justa indenização a partir do exato momento da vigência do ato extintivo.

333. A extinção na decadência e caducidade

A decadência, como forma de extinção natural, na fenomenologia jurídica, surge quando cessa a eficácia do ato, desaparece o motivo que afetava o conteúdo, dando posição adequada ao chamado *ato extintivo*.

A decadência é, antes de tudo, “um fato que extingue o ato por carente de conteúdo jurídico ou falta de pressupostos”, vinculada “com outras figuras extintivas fáticas, tais como prazo vencido ou caducidade”¹⁷.

Tanto o prazo vencido, como a caducidade ou a finalidade consumada “afetam a substância jurídica do ato”, tornando qualquer ato desprovido de juridicidade porque cessada a eficácia o ato é inútil e acaso permaneça invalida-se quanto aos efeitos já extintos¹⁸.

A extinção na caducidade acontece automaticamente e não se faz provocada, não depende da vontade na relação e sim de obrigações já ou não cumpridas, de vínculos que desaparecem por força do exaurimento da finalidade do ato.

No ato administrativo, a caducidade, como meio de extinção, não se assemelha à caducidade nos contratos, já que nos acordos consensuais o serviço a prestar desenvolve-se conforme cláusulas, relações ou vínculos exclusivos¹⁹.

15. Renato Alessi, *op. cit.*, p. 142-50.

16. Hugo A. Olguin Juarez, *op. cit.*, p. 216-18.

17. Doris Piccinini Garcia, *op. cit.*, p. 92.

18. Doris Piccinini Garcia, *Fundamento del decaimiento*, in *op. cit.*, p. 69.

19. Juan Carlos Cassagne, *Caducidad*, in *op. cit.*, p. 381-2. Verificar: *De la caducidad*, Ley de Procedimiento Administrativo (n. 3.909), arts. 102 e 103, Mendoza, 1977.

Entretanto, para o analista, o que interessa para a fixação dos fenômenos na dinâmica administrativa é o exame do ato em si e nos aspectos de conteúdo e finalidade, para *in fine* dizer se a extinção resultou da decadência ou da caducidade.

334. Impossibilidade e esgotamento da finalidade

Outra vez em tese, no plano geral administrativo, a extinção do ato se efetiva ou consuma “sem necessidade de declaração expressa de parte do órgão estatal”, a não ser nas hipóteses de anulabilidade ou revogabilidade ²⁰.

Embora na decadência ou na caducidade os critérios para certos casos não sejam harmônicos, não o sejam em virtude do interesse público ocasionalmente atuante, o que importa “é a eficácia da figura extintiva em relação com o objeto que se vai extinguir” ²¹.

Em se tratando, no entanto, de eficácia da figura extintiva, indispensável se faz conhecer:

- os efeitos primários;
- os efeitos secundários.

Os primários simplesmente desaparecendo com o ato administrativo. Os secundários afetando direitos ou interesses que emanam do ato e que diante de circunstâncias na relação existente convertem-se em reparação indenizatória ²².

Para qualquer ato administrativo na sua categoria, as distinções são irrelevantes em razão do conteúdo, aparecendo a manifestação de vontade unilateral ou bilateral, regradas ou discricionárias.

335. Competência na extinção

O exercício da competência, previsto nos regimes políticos de organização administrativa, sobretudo nas hipóteses de extinção provocada, depende das mesmas regras impositivas que regulam matéria de revogação ²³.

Em princípio fica competente para denunciar ou provocar a extinção do ato administrativo:

- a mesma pessoa que emitiu a declaração de vontade;
- o superior hierárquico;
- na organização os órgãos de controle.

20. Juan Carlos Cassagne, Las causales de extinción en particular, El agotamiento. Lo relativo a la imposibilidad de cumplir el acto, in op. cit., p. 376-8.

21. Doris Piccinini Garcia, op. cit., Cap. 5, p. 91-103.

22. Doris Piccinini Garcia, op. cit., p. 92-6.

23. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Da competência administrativa*, São Paulo, 1977, p. 119-45.

Toda atuação extintiva do ato decorre da normal potestade revogatória, não havendo no pensamento doutrinário discordâncias de colocação jurídica, já que a extinção constitui um fato independente do querer administrativo ²⁴.

A regra legal na organização é de atribuições específicas de competência e só nas exceções acontecem haver atribuições genéricas, uma vez que a eliminação de um ato pela extinção não faz problema de interesse público e sim de natureza jurídica pela cessação da eficácia ²⁵.

Todavia, o interesse público não escapa de condicionamentos jurídicos, a questão não se equaciona pela simples extinção do ato, mas pela extinção dos efeitos que enquanto permanentes dominam a relação jurídica.

336. O fato “prescrição”

No bom entendimento o fato *prescrição* em face do tempo jurídico acarreta a extinção do ato administrativo, desfaz o ato por falta de causa anterior e carência de finalidade, já que a vigência veio limitada a prazos predeterminados.

Prescrito por decurso de tempo jurídico:

- o ato administrativo deixa de existir;
- desaparece a relação administrativa;
- não produz mais efeitos.

A prescrição como instituto aplicado ao Direito Administrativo no âmbito da Administração ativa, em se tratando de atos administrativos, não faz decadência porque o que deixa de existir são os efeitos pelo desaparecimento da finalidade ²⁶.

A prescrição atua extinguindo o ato:

- de parte do administrado com o perecimento do direito;
- de parte da Administração pela inexistência de força executória.

24. Como lembrança de orientação doutrinária: Recaredo F. de Velasco, Oreste Ranelletti, Raffaele Resta, Francis Paul Bénéoit, Piero Bodda, Julio A. Prat, Bartolome A. Fiorini, Umberto Fragola, Juan Francisco Linares, Miguel S. Marienhoff e Massimo Severo Giannini.

25. Raffaele Resta, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 195; Renato Alessi, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956, p. 112.

26. A prescrição, incorporada como noção ao conceito de ato administrativo, embora marcando diferenças com o regime prescritório civilista, não se refere à validade nem a vícios, mas a prazos esgotados de vigência, à temporalidade do ato diante da finalidade. Noção nova e em evolução doutrinária, encontra praticamente poucos adeptos na doutrina. Todavia, na relação jurídica, é uma realidade encontrável na ampla atividade administrativa, por meio da qual inúmeros atos nascem, vivem e morrem. Diz com o ato em si, na sua vigência temporal. É problema, sem dúvida, de tempo jurídico.

A prescrição aqui, na extinção, equivale ao desaparecimento do ato, à sua retirada por exaustão de tempo da ordem das relações administrativas, tendo em apreço que a Administração *in casu* continua a deter faculdades com poderes convalidatórios.

Prescrito nos efeitos o ato deixa de existir, ou seja, extingue-se automaticamente. Aplicável a noção geral de prescrição ao ato administrativo, em tese nada mais certo, porque, quanto à eficácia, a continuidade dos efeitos só depende de nova manifestação de vontade.

O problema, ao que se vê, de extinção do ato administrativo pela prescrição é de vigência ou prazo certo, do que visava o ato atender e já atendeu. Ficando, como exemplo, na eficácia, as permissões e as autorizações, as licenças e as concessões de obras.

O fato *prescrição* na extinção do ato administrativo aparece assim em termos de vigência e de eficácia, surgindo quando surge da finalidade acabada afetando o objeto inerente à própria natureza do ato, deixando porém intocáveis as situações jurídicas anteriormente constituídas.

NONA PARTE

- **O ato administrativo criador de direitos privados**
- **O ato administrativo modificador e condicionador de direitos privados**
- **Atos administrativos emanados dos poderes Judiciário e Legislativo**
- **Atos administrativos bilaterais**

SUMÁRIO:

- 337. Extensão da vontade administrativa.
- 338. A Administração em função do Estado.
- 339. Ato administrativo e direitos privados.
- 340. Implicações fáticas e disposições civis.
- 341. Separação de poderes e das funções.
- 342. Regras civis insuficientes.
- 343. Atos conseqüentes de ação pública.
- 344. Essência do ato e finalidade.

CAPÍTULO XXXIII

O ato administrativo criador de direitos privados

337. Extensão da vontade administrativa

Há situações em que a vontade administrativa se estende por intermédio de atos administrativos que fazem negócios jurídicos, afetam direitos civis, atingem direitos privados e tornam-se não poucas vezes bilaterais.

Tais situações, mesmo numa rápida análise de síntese analítica, devem ser estudadas à parte nos casos concretos, pois, além do conhecimento da vontade manifestada, duas situações ficam objetivamente impostas:

- uma de *causa*;
- outra de *finalidade*.

Precisamente surpreende o que a Administração tem como real *motivação* e em harmonia com a *motivação* a *finalidade* a ser consumada. Preponderam, assim, as duas apontadas situações para categorizar a atuação administrativa ¹.

Para o analista, o elemento *causa* ligado à *motivação* e o elemento *finalidade* vinculado ao *objeto* constituem na unidade do ato administrativo condições de validade e eficácia, e, portanto, de legitimidade ou legalidade.

338. A Administração em função do Estado

A Administração não pode, em face da amplitude das obrigações estatais, deixar de atender realidades conjunturais, quer sociais ou econômicas, indi-

1. Daí a importância e o relevo da *motivação* diante da *finalidade*, facilitando a interpretação do ato e justificando o querer administrativo (v. Luis Enrique Chase Plate, *La motivación del acto administrativo*, Asunción, 1978, p. 15-7).

viduais ou coletivas, mediante atos administrativos categorizados, de decisões subordinadas ao ordenamento jurídico.

O ato jurídico, quando não é de vontade física, ou quando simplesmente não faz manifestação particular individualizada, alcançando o interesse público cria situações características de efeitos relacionais envolvendo Administração e administrados.

Como já verificamos, observando praticamente as relações administrativas ou de administração, o ato administrativo também é:

- criador de direitos privados;
- modificador de direitos particulares;
- condicionador de direitos privados;
- extintor de direitos civis².

Não se pode nunca deixar de saber, com respeito à Administração em função do Estado, quando ela se ativa por impulso próprio ou em decorrência de fatos, sendo por isto levada a praticar atos a vários níveis que jamais devem ferir ou conflitar-se com a ordem jurídica positiva.

339. Ato administrativo e direitos privados

Estudada a atuação administrativa nas variadas manifestações, do nascimento do ato até a sua morte, da vontade à finalização nos efeitos perseguidos, o ato quando sensibiliza a esfera particular ou privada assume aspectos definidos e qualificadores.

Todos os *atos de natureza jurídica*, sobretudo os chamados *individuais*, têm extraordinária importância para o Estado e portanto para a Administração, considerados nos aspectos particulares ou coletivos já que relacionam de plano coisas e pessoas.

O problema da personalização jurídica, “da existência real e física que determina a existência da personalidade”, depende de atos administrativos pertinentes para dar às pessoas quando nascem existência jurídica que implica reconhecimento de vida³.

Em matéria de bens públicos os atos praticados pela sua natureza jurídica e conseqüências imediatas dizem com os administrados, devendo a *destinação* corresponder ao proveito permitido porque tais bens na sua classe escapam do comércio jurídico⁴.

Nas hipóteses figuradas, a Administração atua num sentido de *normalização jurídica*, reconhecendo fatos naturais por intermédio de atos administrativos, coisas naturais acontecidas exigindo intervenção administrativa reguladora.

2. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 303-14.

3. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo crea derechos privados*, in op. cit., p. 303.

4. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 247-59.

340. Implicações fáticas e disposições civis

Não há, na teoria geral do direito, outra disciplina que igual ao Direito Administrativo tenha as mesmas implicações fáticas, ou seja, dependa tanto de fatos naturais e jurídicos a fim de satisfazer necessidades ou interesses públicos.

Exemplo: simplesmente o fato do *nascer* faz ato administrativo criador de direito com o devido assentamento nos registros cartoriais. Também o registro do óbito e o seu atestado como um ato vindo do fato abre a sucessão civil ⁵.

Ambos os fatos, nas respectivas áreas de conhecimento jurídico, constituem *registros* que valem por atos administrativos, ou simplesmente atos declaratórios com plena eficácia nas relações sociais, particulares e privadas.

A presença da Administração nos regimes de direito privado, no tocante às pessoas naturais e jurídicas, principalmente com respeito aos *fatos jurídicos*, harmoniza o ordenamento jurídico positivo com as disposições reguladas civis, ou seja, na espécie com os chamados *direitos privados*.

341. Separação de poderes e das funções

Lato sensu, é preciso atender o ato público na organização, segundo a separação de poderes e das funções, levando em consideração os fatos nas relações dominadas pelo Direito Administrativo e que produzem operações materiais reguladoras de efeitos ⁶.

Na verdade, na teoria geral do direito, os fatos jurídicos transformados em administrativos “são acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e se extinguem”, no geral independentes da vontade embora venham “determinadas na lei” ⁷.

Não são poucas, bem o sabemos, “as instituições e os preceitos dos Códigos Civis relacionados com o Direito Administrativo” que, atendendo formas para cumprir requisitos, conforme a finalidade para que haja eficácia, demandam típica atividade administrativa ⁸.

O problema, contudo, entre os atos propriamente privados e os administrativos, reside no conteúdo, na competência e na manifestação de vontade que pode assumir formas características, ou seja, *formas* que assegurem situações particulares no domínio do direito público.

5. Os *fatos*, considerada a oportunidade, confundindo-se com as *causas*, dão qualificação aos atos administrativos, aparecendo os de *registro* como declaratórios. Embora possa haver discordância doutrinária, as manifestações são administrativas. O comportamento é que fica diversificado pela finalidade. Parte o ato de uma auto-ridade, no exercício de uma função tipificada.

6. Alcino de Paula Salazar, *Conceito de ato administrativo*, Rio de Janeiro, 1945, p. 59-62.

7. Alcino de Paula Salazar, *op. cit.*, p. 95.

8. Rafael Bielsa, *Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo*, Buenos Aires, 1923, p. 55-77.

342. Regras civis insuficientes

O contraste, em razão da autonomia das disciplinas, tem suporte naquele poder jurídico genérico estatal que se entranha na esfera jurídica dos particulares “sempre que se respeitem as garantias e os limites insertos no ordenamento jurídico”⁹.

Sabemos que, entre as principais instituições do Direito Civil relacionadas com o Direito Administrativo, estão as referentes à capacidade das pessoas físicas, às pessoas jurídicas, à locação de coisas, ao domínio privado, aos instrumentos públicos e à prescrição¹⁰.

Já que a Administração só se realiza na função e por meio de atos, a aplicação extensiva por analogia em matéria administrativa dos preceitos civis coloca o poder administrativo em atividade, de modo a resguardar o interesse público e a proteger o particular.

Dessarte, a *ratio publicae utilitatis* “aparece no direito público como objeto imediato e no direito privado mediatamente”, envolvendo situações onde a norma privada seja insuficiente e não possa servir ao Direito Administrativo¹¹.

De igual maneira a questão vem colocada no Direito Comercial, no qual a intervenção do poder administrativo é mais freqüente diante da natureza de certas pessoas jurídicas que pela finalidade tomam *formas privadas* a fim de satisfazerem necessidades públicas¹².

Criando entidades, o Estado cria na esfera privada direitos personalizados, disciplinando atividades peculiares sob modelos privados, submetidas à tutela administrativa e sujeitas às mesmas regras de adequado comportamento governamental público.

343. Atos conseqüentes de ação pública

Esse é um aspecto particularmente novo na descentralização, no qual o Estado se revela criador de entidades personalizadas que como figuras jurídicas privadas assumem cometimentos públicos, exercitando funções e praticando atos administrativos¹³.

Não tão novo assim que não possa ser considerado como integrado nos regimes administrativos, ampliando na organização a atividade administrativa e obrigando a feitura de atos conseqüentes de ação pública condicionada nas causas às finalidades perseguidas.

9. André de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1970, p. 35-6; Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1977, t. 1, p. 91.

10. Juan Carlos Cassagne, *op. cit.*, t. 1, p. 92.

11. Rafael Bielsa, *op. cit.*, p. 51.

12. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Fundações e empresas públicas*, São Paulo, 1972; *Empresas públicas no Brasil*, São Paulo, 1975.

13. Juan Carlos Cassagne, *Personas jurídicas privadas del Estado*, in *op. cit.*, t. 1, p. 232.

Embora na maioria dos países os regimes tenham sofrido alterações fundamentais, nada na evolução conduziu a pressupostos distantes da realidade jurídica nas organizações político-administrativas, nem nada desnaturou os atos administrativos nas respectivas categorias ¹⁴.

Na extensão, o ato administrativo criador de direitos privados, seja qual for a categoria na ordem da organização administrativa, aparece no comum da atividade pública:

- como manifestação de conhecimento ou de juízo;
- como negócio jurídico em razão da finalidade.

Na primeira hipótese o objetivo é fazer cumprir o ato, na segunda obter um efeito jurídico determinado. A que nível os atos se apresentem, a que plano da Administração fiquem colocados, o importante está na individualização em face do conteúdo e da finalidade.

344. Essência do ato e finalidade

Evidentemente, o que se examina, o que interessa ao hermeneuta, bem entendido que é o ato jurídico de Direito Administrativo ¹⁵. O que deve contar é o ato administrativo diante de causas e finalidades, exercitado normalmente porque como todo ato jurídico sempre faz “manifestação criadora de direito” ¹⁶.

Na esfera da pública Administração como nas áreas pertinentes ao direito privado, afastados por inexistentes os problemas de validade e legitimidade, as questões de regime jurídico portanto, o que importa é a *essência* inerente a todo ato jurídico, a *finalidade* esperada e regida pelo direito.

O importante reside, em razão dos efeitos, no processo criador do ato, limitado no campo privado e determinado no campo público, considerando que a Administração não escapa do imprevisto e do não desejado ¹⁷, valorando-se, *in casu*, os fatos e a realidade.

Na criação de direitos, no tocante a atos administrativos as manifestações de vontade decorrem “de um sistema jurídico estatal que se rege por um regime administrativo”, já que as normas de direito privado “não destroem a fonte criadora do ato jurídico imputado à Administração” ¹⁸.

14. Na Itália, principalmente. Observe-se, no tempo histórico, as posições de Francesco D'Alessio, Carlo Girola, Giuseppe Fazio, Luigi Galateria ou Enzo Silvestri. Em tese também: Oreste Ranelletti, *Ordinamento amministrativo dello Stato italiano*, Padova, 1937. Influências ideológicas, acreditamos, impediram a unanimidade da doutrina. Todavia, quanto a atos administrativos, conceitualmente nada sofreram, inclusive na descentralização.

15. Na temática: Ch. Eissenmann, *Les actes juridiques du droit administratif*, Paris, 1956.

16. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 270.

17. Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 272-3.

18. Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 277.

Na especificidade, o conteúdo de certos atos inspirados nas instituições privadas, quando criadores de direitos, deve apenas conhecer:

- a legalidade em harmonia com a finalidade;
- a unidade da ordem jurídica para obtenção de efeitos jurídicos válidos.

Na verdade, é o ato jurídico geral que determina a existência legal dos atos jurídicos ou administrativos criadores de direito, apareça a atividade como regrada, vinculada ou discricionária. Cumpre ressaltar, no entanto, como de importância, o objeto possível e a eficácia.

SUMARIO:

- 345. Atos e novas situações jurídicas.
- 346. Fatos novos e poder legal.
- 347. Matéria de direito no exercício da função.
- 348. Efeitos de direito nas situações privadas.
- 349. O fato gerando no ato conseqüências jurídicas.
- 350. Franquias para a Administração.
- 351. Atividade imposta pelas circunstâncias.
- 352. Ato válido nos propósitos.

CAPÍTULO XXXIV**O ato administrativo modificador e condicionador de direitos privados****345. Atos e novas situações jurídicas**

Criador de direitos qualquer ato jurídico pode ser. Na esfera privada a incorporação dos direitos realiza-se automaticamente esgotando os efeitos. Na pública os efeitos na sua consumação dependem de fatores externos ou mesmo de condições afetadas pela necessidade ou pelo interesse administrativo.

Com isso, não se quer dizer que o ato administrativo não tenha estabilidade. Na devida colocação, o ato estável, embora definitivo, tem permanência temporal. A questão, tal como se equaciona, é de tempo jurídico, de vigência dos efeitos, de eficácia enquanto perdurar a finalidade.

Daí porque, da análise das situações e das relações criadas, um ato administrativo pode substituir a outro, modificando ou condicionando direitos, alterando resultados diante de outras causas, revendo interesses antes atuais, apreciando necessidades ainda existentes ou já inexistentes¹.

Todavia, reconhecendo novas situações, a Administração não fica livre no seu atuar, tendo em conta que não obstante situações estejam exigindo atos modificadores ou condicionadores, há relações passadas e atuais a merecerem análise de valor ponderado, uma avaliação quanto aos efeitos produzidos ou a produzir.

346. Fatos novos e poder legal

O que ganha importância, sem dúvida, é o direito em cada caso individualizado². Não somente a vontade administrativa que ao ativar-se deve

1. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 304-5.

2. Otto Mayer, *Le droit administratif allemand*, trad. franc., Paris, 1903, v. 1, p. 120.

corresponder ao direito *posto*, a um critério finalista que submete a Administração à respectiva função e ao ordenamento jurídico ³.

Não se pode deixar de conhecer que os atos administrativos, modificadores ou condicionadores de direitos privados, devem ser interpretados:

- diante da percepção de fatos novos;
- em razão da competência funcional;
- no tocante à ordem jurídica positiva.

Qualquer alteração no *statu quo* estabelecido, pela projeção dos efeitos produzidos na ordem jurídica, subordina a Administração na sua vontade, pois para as indicadas operações a declaração de vontade levando a outros efeitos não pode senão respeitar o *poder legal* que legitima o novo ato na sua expressão de força jurídica ⁴.

No melhor entender, a não ser por exceções com respeito aos regimes jurídico-administrativos, não há na questão pontos controvertidos. Na base da atividade pública está o ordenamento jurídico e como suporte do ato a norma reguladora qualificada e pertinente.

347. Matéria de direito no exercício da função

A tese hoje pacífica é a de que os fatos e os atos administrativos podem ser jurídicos ou não conforme tragam ou não efeitos de direito. Nos efeitos de direito reside a importância da relação jurídica. Simplista, por excelência, é contudo a tese que melhor condiz com os sistemas de garantias institucionalizadas ⁵.

Um ato administrativo *concreto* só pode especificamente produzir efeitos também *concretos*, sobretudo nas hipóteses de atos modificadores ou condicionadores de direitos privados. Trata-se, portanto, de saber o que foi modificado ou ficou condicionado.

A regra, no ato administrativo, é a mesma que vale para o ato jurídico, não sendo realístico do ponto de vista da técnica jurídica distinguir uns e outros a não ser pela origem e a finalidade, pela essência e conteúdo que separa os atos públicos dos atos privados ⁶.

3. Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, 1933, p. 15.

4. Já passou o tempo daquelas construções teóricas do ato administrativo ter como fonte a própria autoridade administrativa. Se há uma fonte, esta fonte está no direito *posto*. Não simplesmente no exercício livre da função. Embora haja uma faculdade de soberania no dizer de Fritz Fleiner (v. *Instituciones de derecho administrativo*, trad. esp., Barcelona, 1933, p. 148), tal faculdade não é exercício arbitrário do querer administrativo, nem faz *poder legal* contra a norma ou em conflito com o ordenamento jurídico.

5. Aliás, a tese, desde Oreste Ranelletti, ficou sempre atual, a fim de compreender a realidade ligada aos direitos. Objetivando, não apenas construções teóricas, mas conceitos nada especulativos (v. *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1937, p. 43-51).

6. Esquecer a natureza dos efeitos será o mesmo que descaracterizar o ato jurídico, pois pelos efeitos criam-se situações jurídicas, investe-se o administrado de direitos, altera-se ou não uma situação jurídica preexistente.

Os efeitos, quando procurados ou avaliados, não dizem simplesmente com a *teoria* da atividade administrativa, mas dizem com a *prática* da atividade jurídico-administrativa. O impulso volitivo e as operações materiais produzindo efeitos são matéria de direito no exercício da função e na edição de atos públicos. Tão-somente *matéria de direito*.

348. Efeitos de direito nas situações privadas

Produzem, portanto, efeitos de direito, os atos administrativos modificadores de situações privadas, os atos condicionadores de situações individuais, já que os efeitos decorrem diretamente da atuação administrativa.

Cinco posições nos atos administrativos, que modificam ou condicionam direitos, devem ser avaliadas:

- a que vem da infração da lei;
- a que contraria o regime administrativo;
- a que vem da lei ferindo direitos;
- a que ferindo direitos cria novas situações;
- a que criando novas situações faz retroagimento quanto à eficácia do ato.

No corrente ou de modo prático, os atos modificadores ou condicionadores de direitos privados nascem de fatos determinando a manifestação volitiva. De igual maneira que os atos administrativos (jurídicos), os fatos administrativos sensibilizando o Direito Administrativo dominam quando naturais ou voluntários a quase toda atividade administrativa ⁷.

Embora sucedidos de atos os fatos administrativos esgotam-se nos próprios atos ⁸. Porém não se confundem, pois a noção de *fato* nada tem a ver com as operações de execução ou realização dos atos administrativos. É o ato que se observa e avalia. Ligado ao fato ou às razões de causa.

349. O fato gerando no ato conseqüências jurídicas

Tal colocação, a mais realística nos fundamentos doutrinários, compreende o ato *dentro* do fato, o *fato* gerando o *ato* nas conseqüências jurídicas ⁹, justificando e explicando em virtude de *fatos* a modificação ou o condicionamento de direitos privados.

Já que na prática e na doutrina, na aplicação da norma e do direito, o ato administrativo corresponde ao conceito geral de ato jurídico, o verdadeiro entendimento ainda agora respeitável é aquele que vem do exercício

7. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 137.

8. Rafael Bielsa, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1942, p. 56.

9. Para Bielsa, em parte, na América Latina, consolidador dos princípios fundamentais do Direito Administrativo, toda atividade administrativa materializa-se em fatos e atos que se definem na distinção "segundo o direito privado" (op. cit., p. 56).

de *poder legal*, isto é, do *fato* com o amparo da lei inovando situações de direito ¹⁰.

Na verdade, observando a situação jurídica a ser modificada ou a ser condicionada, o ato administrativo pertinente não pode deixar de atender:

- a ordem jurídica na qual se inscreve e está subordinado;
- a natureza dos direitos existentes e dos efeitos a serem produzidos;
- a limitação do fato que determinou situações novas com repercussão na ordem jurídica.

Pensar que, na organização estatal e no ordenamento jurídico, a Administração possa alterar ou remover direitos privados é equívoco lamentável diante dos princípios asseguradores das garantias individuais. A ordem jurídica, por sua vez, não contraria a ordem social, as instituições básicas e fundamentais.

350. Franquias para a Administração

Dois pontos fazem na hipótese de direitos modificados regras imperativas:

- o que diz com o direito privado na normalidade do seu exercício e uso;
- o da lei permitindo à Administração baixar atos facultativos reguladores.

A matéria, na ordem constitucional, abre franquias à Administração e submete o administrado. Aproxima faculdades públicas dos direitos privados, favorecendo o poder administrativo em nome do interesse coletivo, das necessidades sociais ou da utilidade pública ¹¹.

O ato administrativo, modificando situações de direito privado estáveis porque asseguradas normativamente, no amplo sentido jurídico não faz atuação prejudicial, mas em sentido estrito atinge coisas e pessoas transformando relações por meio de medidas que afetam a finalidade ¹².

Ditos atos, quando surgem motivados e com suporte na lei ou na norma, pelo conteúdo alteram uma finalidade qualificada, pois o que era privado fica sendo público diante da ação administrativa e pelos efeitos modificadores de direitos privados.

10. Silvio Trentin merece ser reestudado, pela amplitude dos conceitos ainda atuais (v. *L'atto amministrativo*, Roma, 1915, p. 75-125).

11. Haja vista as questões que envolvem os Códigos Civis em matéria de propriedade, aproveitamento do solo ou de minas e águas, onde a Administração mediante atos administrativos altera conceitos genéricos, excepcionalizando medidas limitativas dos direitos privados (v. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 304-5).

12. Basta lembrar a utilidade pública para efeitos expropriatórios. E também os imóveis de domínio privado que por circunstâncias forçadas passam a terrenos de domínio público (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, cap. 13, São Paulo, 1979, p. 247-59).

351. Atividade imposta pelas circunstâncias

O mesmo se dá, em razão da finalidade, com aqueles atos administrativos condicionadores da vigência e vida dos direitos privados. O condicionamento, por parte da Administração, “significa o exercício de uma função de polícia”¹³.

Aqui o sentido próprio da palavra *polícia* corresponde a atos que pro-nam de uma atividade pública imposta por circunstâncias condicionantes do uso de direitos privados, sem que com isto se quebrem garantias normais e legais asseguradas no ordenamento jurídico¹⁴.

No comum, os atos administrativos condicionantes realizam atividade que se desenvolve complementando juridicamente fatos previsíveis ou compulsivos, de certa maneira imediata ou mediata reconhecendo *fatos* sem deixar de garantir a existência de direitos no plano geral dos serviços públicos a prestar ou a serem prestados.

O ato administrativo, quando condiciona o exercício de direitos privados, não anula estes direitos e sim os torna limitados ao chamado *interesse geral*. Alguns exemplos são constantes nas servidões administrativas, nas licenças urbanas para edificar, nas concessões e em face de função social que rege a propriedade.

352. Ato válido nos propósitos

No entanto, para sua validade e eficácia, como todos os demais atos administrativos, os atos modificadores ou então condicionantes de direitos privados pressupõem duas condições:

- competência funcional na organização administrativa;
- conformidade com a lei na constitucionalidade e legalidade.

As duas condições naturalmente estão compreendidas no plano da validade dos atos administrativos, já que a invalidade pode surgir do desvio de finalidade, do excesso ou do abuso de poder¹⁵. É de observar que a lei não pode ter aplicação indevida ou indevida apareça a aplicação do direito vigente¹⁶.

O interesse público figurado domina a qualquer ato administrativo modificador ou condicionador do exercício de direitos privados, legitimando a vontade administrativa no sentido de *causa* e validando a atuação no sentido de eficácia nos efeitos.

Para ser eficaz o ato modificador ou condicionador há de ser válido nos propósitos, uma vez que o interesse público vincula-se a uma finalidade que decorre do objeto lícito e possível, *finalidade* que traduz a motivação causal e legal implícita na manifestação da vontade administrativa.

13. Recaredo F. de Velasco, op. cit., p. 305-8.

14. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, op. cit., cap. 14, p. 263-73.

15. Neste livro, 6.^a parte, Caps. XXI, XXIV e XXIII.

16. Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 168-71.

SUMÁRIO:

- 353. A posição do ato jurisdicional.
- 354. Atos do Judiciário e atos jurisdicionais.
- 355. Questões administrativas e judiciais.
- 356. Atos decisórios públicos.
- 357. Processo civil e processo administrativo.
- 358. A sentença como ato formal.
- 359. Atos que se colocam na gestão interna.
- 360. Atos *interna corporis* de conteúdo administrativo.

CAPÍTULO XXXV

Atos administrativos emanados dos poderes Judiciário e Legislativo

353. A posição do ato jurisdicional

Na expressão consentânea, o ato jurisdicional ou de jurisdição é ato administrativo qualificado por elementos constitutivos concretos, quer quando na organização do poder faz atuação administrativa ou quer quando decorrem de ações contenciosas.

Na atividade judiciária, desdobrada em administração propriamente dita e de prestação jurisdicional, os atos administrativos aparecem:

— na ordem interna administrativa do poder por intermédio da organização peculiar e de funções;

— na ordem externa compreendendo típicas manifestações de comando processual e decisão.

Na verdade, o Poder Judiciário, como organização *separada* dentro da organização político-constitucional, desenvolve-se por força de funções puramente administrativas, num plano de base orgânica e de sistema orgânico, *sistema* este montado para prover na organização relações de hierarquia e de lei na aplicação da justiça ¹.

1. Os administrativistas, até hoje, muito pouco se preocupam com a *organização judiciária*, um fenômeno constitucional típico de *organização administrativa*. Muito menos se preocuparam com os atos públicos que numa vasta área de poderes constituídos são exercitados. O que tem merecido estudos valiosos são os chamados *atos judiciais*. No entanto, tais atos, na etimologia e terminologia jurídicas, estão restritos aos modos de procedimento judicial nas ações e litígios contenciosos, embora, na unidade de um processo, *administrem* a demanda dando-lhe o obrigatório curso que determina a lei processual. Todavia, devemos compreender que estas questões não são estranhas ao Direito Administrativo

Se observarmos, genericamente, a atuação do Poder Judiciário como *organização*, verificamos que as funções correspondem a atos na tipicidade considerados *administrativos*². Atos estes indispensáveis ao cumprimento de finalidades comuns ou de fins constitucionalmente marcados.

354. Atos do Judiciário e atos jurisdicionais

Atendendo na problemática administrativa o que se passa na ordem da organização judiciária, uma distinção de atos específicos urge objetivamente determinar, dado que existem duas classes de atos inconfundíveis:

— uma de atos comuns nas categorias conhecidas pelo Direito Administrativo, ou seja, de *atos do judiciário* que dinamizam a organização do poder dando-lhe funcionalidade por meio de órgãos compostos e singulares;

— outra de atos especiais pela própria terminologia, exercitados conforme as leis processuais privadas, isto é, *atos jurisdicionais* que oriundos da função judicial ocorrem nos distintos processos ou autônomos, gratuitos ou contenciosos.

Na primeira hipótese de conhecimento, o Poder Judiciário, em face da organização judiciária, assume feição político-jurídica como corpo administrativo, e, à semelhança dos dois outros poderes constituídos, praticando atos administrativos que nas respectivas categorias sejam indispensáveis ao pleno exercício das funções constitucionais³.

Na segunda, os atos dizem com os trâmites e a natureza processual das ações propostas, constituindo, no geral de despachos e de sentenças, de experiências que correspondem à marcha regrada dos feitos nas respectivas jurisdições. Aqui o *jus dicere* faz manifestação de autoridade e decisória.

2. Neste livro, 2.^a parte, Caps. V, VI, VIII.

3. A doutrina comparada, sobretudo nos regimes de *justiça administrativa*, de que temos exemplo na França e na Itália, procurou sempre distinguir, sem porém tocar na natureza dos atos, a função jurisdicional da função administrativa. Procurou chamar um ato de *jurisdicional* e outro de *administrativo*, apenas preocupada com os efeitos. Mas para o estudioso, não esquecendo os regimes políticos, é preciso conhecer as colocações de André de Laubadère, Marcel Waline, Roger Bonnard, Jean Rivero, Guido Zanobini, Renato Alessi, V. E. Orlando, Arnaldo de Valles e Cino Vitta. A todos eles muito impressionou, nas contribuições trazidas, os chamados direitos *nacionais* ou as organizações administrativas de suas nações. “Uma Constituição, seja este ou aquele regime, apresenta três aspectos: o político, o técnico e o administrativo. O político trata de garantir a eficácia dos objetivos ideológicos consagrados. O técnico, de sistematizar as tarefas de atividade governamental. E o administrativo, sem dúvida, de estabelecer a divisão de poderes e de órgãos, especializando funções, atribuições e faculdades, num plano geral básico de organização estatal. Todas as soluções, na mecânica ou na dinâmica constitucional, são, por natureza, administrativas. Os atos de vontade passam a caracterizar como válidas manifestações administrativas. Não há nem pode haver, assim, poder constitucional sem a peculiar função administrativa. Não se compreende uma estrutura governamental divorciada das formas administrativas. Do contrário, o Estado não seria uno, mas simples expressão de poderes divididos” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários à reforma administrativa federal*, Exegese do Decreto-lei n. 200, São Paulo, 1975, p. 23-4).

355. Questões administrativas e judiciais

O que a ciência administrativa estuda e quer sem limitações de técnica no conhecimento dos atos é:

— conhecer o regime jurídico por meio do qual praticam-se atos administrativos;

— distinguir a natureza da função qualificando a natureza dos atos;

— conhecer a competência pela função validando a atuação pública.

A rigor, diferença nenhuma existe, a não ser de função e competência, entre um *despacho* no processo administrativo e o mesmo tipo de pronunciamento no processo judiciário, já que os critérios técnicos e legais envolvem a motivação diante do contraditório ⁴.

Pelo direito e na técnica, nos casos sujeitos ao conhecimento de quem pratica o ato, a identidade seria perfeita acaso não houvesse uma finalidade diversa a alcançar no equacionamento de questões, quer administrativas, quer judiciais.

356. Atos decisórios públicos

Como no processo judicial, “a manifestação da autoridade administrativa no exercício de sua função toma geralmente a forma de *decisão*” ⁵. Nada mais certo. A *decisão*, no seu conteúdo e aspecto jurídico, não pertence a qualquer ramo do direito e sim ao *direito*.

Um despacho, interlocutório ou não, na área administrativa ou judicial, proferido em papéis ou processos, faz maneira de conhecimento e é um ato decisório público ⁶. A localização do ato não tem maior importância doutrinária. O que fica valendo na jurisdição são os efeitos visados.

4. Exemplo: os atos decisórios, nas decisões administrativas, assemelham-se aos atos decisórios, nas decisões judiciárias.

5. Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 136.

6. Para Alcides Cruz, o despacho vinha definido no campo administrativo “como a solução proferida em questões administrativas ou em quaisquer papéis por cujo meio se pede ou nega o que é pedido” (v. *Direito administrativo brasileiro*, Rio de Janeiro, 1914, p. 66). No entender de Antonio Joaquim Ribas, “os despachos são as decisões proferidas pelas autoridades nas petições ou memoriais das partes ou em quaisquer processos, concedendo ou negando o que se pede, quer trate de matéria graciosa ou contenciosa” (v. *Direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1966, ed. oficial, p. 215). Os dois clássicos brasileiros, primeiro Ribas, à época imperial e depois Cruz no período republicano, deixaram lições que continuam atuais para o entendimento da ampla problemática administrativa. No campo contencioso, o pensamento mais atual recomenda: a) o estudo do ato quando viciado, ou defeituoso, ou que no seu conteúdo resultou legalmente injusto; b) o estudo de fatos ou atos posteriores que conduzam a necessidade de uma mudança da situação jurídica emergente do ato ajuizado (v. Adolfo Gelsi Bidart, *Contenido y eficacia de las providencias en el contencioso-administrativo de Uruguay*, in *Juris*, Rosario, 1978, p. 3-6).

A identidade, entre um despacho ou uma decisão administrativa, entre um ato decisório administrativo ou judicial, não é apenas aparente porque no ordenamento jurídico objetivam chegar a fins que embora diferenciados realizam atividade jurídica.

São todos *atos jurídicos* qualificados no direito pelas formas procedimentais, que, acolhendo ou negando postulações, conduzem *in fine* a uma *decisão executória* pronta para impor obrigações, repelir ou dar direitos, reconhecer ou não interesses.

357. Processo civil e processo administrativo

Examinado o problema na amplitude das relações jurídicas e conforme a teoria geral do direito, afora os atos jurídicos produtores de feitos privados, todos os atos públicos administram ou gestionam algo, podendo ser considerados de plano atos administrativos.

Não é o processo civil que vem se aproximando do processo administrativo, mas o processo administrativo que vem procurando identificar-se com o processo civil ⁷. Não só os *métodos* que se apontam como querendo ser iguais, mas as *formas* genéricas que o direito particularizou.

Dentro de uma visão geral, “as pessoas de direito privado ou de direito público concretizam suas aspirações mediante procedimentos ordenados, normais, preestabelecidos, que se desenrolam passo a passo de acordo com as leis e regulamentos” ⁸.

Para a integralidade dos atos jurídicos sem exceção, inclusive os administrativos exercitados nos diferentes níveis, existem formas legais prescritas. Não sendo suficiente para diferenciá-los, além da finalidade que é dominante, simplesmente a manifestação de vontade ou a competência.

358. A sentença como ato formal

Um típico ato administrativo formal constitui-se pelas sentenças judiciais. A fonte imediata, e não a fundamental do ato, está na autoridade prolatora da decisão, não obstante outras fontes que sustentam o decidido, a norma, a lei ou o direito posto ⁹.

Embora uma sentença materialize decisão ajustada, a lei processual não faz ato material a não ser pela execução e projeção dos efeitos. O sentido *formal* das sentenças, como ato de administração da justiça na jurisdição, decorre de serem as sentenças declarações de juízo jurisdicional administrativo ¹⁰.

7. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Processo administrativo e codificação administrativa*, in: *Introdução ao direito processual administrativo*, São Paulo, 1971, p. 7-42. Também: Adolfo Gelsi Bidart, *Declaración judicial, Hechos y sentencia*, in *op. et loc. cit.*, 4-5.

8. J. Cretella Júnior, *Do ato administrativo*, São Paulo, 1977, p. 106.

9. André de Laubadère, *Manuel de droit administratif*, Paris, 1976, p. 199.

10. Oreste Ranalletti, *Teoria degli atti amministrativi speciale*, Milano, 1945, p. 1-2.

Contudo, é também a sentença um ato administrativo *interno* porque faz parte integrante e principal do processo no juízo decisório de conhecimento, já que na jurisdição está circunscrita a direitos ou a interesses individuais.

O ato é que administra alguma coisa, não a sua proverbial feição de técnica jurídica. Ressalte-se, por isso, sempre que um ato venha a ser analisado, o que ele pretende na finalidade, o que o ato objetiva na relação já no momento estabelecida.

359. **Atos que se colocam na gestão interna**

Contudo, na esfera do Poder Judiciário, há por assim dizer inúmeros atos administrativos materiais, *atos* que se colocam na gestão interna do poder e seus órgãos, disciplinando a conduta administrativa nas atividades peculiares.

Os exemplos são vários: as portarias, a investidura e posse no quadro do pessoal, os referentes à movimentação de verbas no exercício financeiro, as licenças e as demissões, os processos abertos e as sanções disciplinares, os expedientes de publicação e os acórdãos.

O mesmo acontece no Poder Legislativo devido à partição dos poderes constitucionais. Não sendo demais aqui repetir que os atos administrativos não se fazem exclusivos do Executivo. A Administração é fenômeno geral e orgânico, uma unidade conjuntural dividida e subdividida, centralizada e descentralizada.

No Legislativo a tese é uma só: um ato que não seja pelo conteúdo essencialmente legislativo passa a constituir matéria administrativa regulada pelo Direito Administrativo. A distinção é de regimes jurídicos que justificam uma atividade caracterizada e característica em virtude das funções ¹¹.

Na sua mecânica, o Legislativo adota, em virtude da distribuição de funções, as técnicas do proceder administrativo. Na sua dinâmica, no entanto, as técnicas administrativas são postas a serviço de uma finalidade que é a constitucional.

360. **Atos interna corporis de conteúdo administrativo**

Colocada como está a Administração dentro da organização estatal, compreendida a divisão dos poderes na sua autonomia de gestão, cada poder constituído numa esfera própria de competência constitucional, na realidade duas são as premissas a observar:

— “a qualificação do ato administrativo não resulta da qualidade do sujeito de que ele emana, mas do seu conteúdo, ou da natureza do objeto, ou da relação sobre a qual incide”;

¹¹. Em matéria de *processo legislativo* (Constituição, art. 46 e incisos), atos administrativos antecedentes não de ser exercitados. E atos, como *in casu*, das resoluções, fazem típicos atos administrativos.

— “os poderes Judiciário e Legislativo praticam, também, atos de conteúdo administrativo, no exercício de uma competência administrativa”¹².

Não é de esquecer que a personalidade jurídica do Estado surge diretamente dos textos constitucionais e conferindo aos poderes potestades públicas. Tais potestades, onde se imponham, resultam de normas reguladoras dos procedimentos e processos administrativos.

A questão, no entanto, considerados os poderes na sua devida posição constitucional, é de função administrativa compatível, de *função* que leva a prática de atos administrativos, daí porque convém distinguir na esfera dos legislativos:

— os atos legislativos que estabelecem regras gerais de conduta criando normas de direito;

— os atos que partem dos órgãos legislativos aplicando o direito e ditando disposições concretas de vontade.

Muito embora o regime jurídico “previsto para a função legislativa se aplique unicamente aos atos que sejam materialmente legislativos”, isso não quer dizer que o Legislativo não tenha outras funções que internamente possuam conteúdo administrativo¹³.

De igual maneira acontece com o Judiciário, sobretudo com respeito *interna corporis* às prescrições constitucionais e regimentais no tocante “àquelas questões afetas à sua organização” e àquelas outras de conteúdo e de pura natureza administrativa¹⁴.

Não escapam, portanto, de controle cautelar e corretivo os atos administrativos exercitados pelo Legislativo e Judiciário que envolvam decisões lesivas de qualquer direito ou interesse individual. Não se discute o processo de formação da lei, mas a aplicação da lei aos casos concretos.

O que é conclusivo, do exame dos atos administrativos praticados *interna corporis* conduz à verificação do exato cumprimento das normas de comportamento traçadas pelas Constituições aos poderes por elas organizados e compreendidos numa esfera de franquias e limitações.

12. Francisco Campos, Atos administrativos emanados dos poderes Legislativo e Judiciário, *RDA*, 29:435, Rio de Janeiro, 1952.

13. Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1974, t. 1, p. VII-10.

14. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 673.

SUMÁRIO:

- 361. A dupla atividade administrativa.
- 362. Normas de relação consagrando regimes.
- 363. A Administração como parte.
- 364. Atos de conseqüências bilaterais.
- 365. Requisitos e pressupostos em tese.
- 366. Concurso de duas ou mais vontades.
- 367. O ato administrativo contratual.
- 368. O ato na formação e essência do contrato.

CAPÍTULO XXXVI

Atos administrativos bilaterais

361. A dupla atividade administrativa

Analisado o fenômeno *Administração* conforme as instituições e as estruturas orgânicas, verifica-se que a atividade administrativa “obedece normalmente a um duplo regime jurídico”, um de direito público e outro de direito privado¹.

No entanto, observando as relações condicionadas, a vontade da Administração “é formada sempre mediante um processo de direito público, ainda quando os efeitos do seu ato sejam definidos pelo direito privado, e não por uma lei de direito público”².

Consoante a unidade conceitual do direito, destaquem-se duas claras posições práticas, sensibilizando o Direito Administrativo:

— uma quanto à norma reguladora *interna* que é sempre uma norma de direito público;

— outra quanto à norma reguladora *externa* que pode ser de direito público ou privado.

Até certo ponto, não é sem razão doutrinária que o Direito Administrativo possa ser considerado *público* e ao mesmo tempo *privado*, atendendo o direito e a regra aplicável, o tipo de atividade desenvolvida ou os serviços que a Administração deve necessariamente prestar³.

1. Lafayette Pondé, Sobre o campo de aplicação do direito administrativo, in: *Compêndio em homenagem ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*, São Paulo, 1979, p. 114.

2. Lafayette Pondé, op. et loc. cit., p. 114-16.

3. Georges Vedel, *Droit administratif*, Paris, 1964, p. 45.

Não se trata aqui de existirem dois regimes existindo juntos, mas de conhecer matéria que é de Direito Administrativo e que se conhece por definição por intermédio do ato editado e da finalidade prevista, do interesse que movimenta a Administração na perseguição de efeitos jurídicos determinados.

362. Normas de relação consagrando regimes

Já que há o interesse público qualificando a natureza da atividade administrativa, nada mais permissível que a Administração adote medidas e soluções adequadas aos serviços que resolve prestar, ficando irrelevante não querer legitimar qualquer dos processos escolhidos, o público ou o privado ⁴.

Na prática administrativa, não se pode negar que a atividade da Administração não encontra limites senão aqueles marcados por lei, ou seja, que não respondem na organização a funções devidamente qualificadas para o exercício dos poderes legais.

Tudo o mais depende das normas de relação consagrando os regimes, dos poderes jurídicos específicos decorrentes da competência, das situações como devem ser reguladas inclusive nas contratações administrativas e com respeito aos atos administrativos bilaterais ⁵.

Daí verificarmos, que em face das normas de relação consagrando regimes, muito pouco pode se falar em prerrogativas de poder público, não só diante da subordinação da Administração à lei, mas também diante de princípios normados que fazem regras de forçado comportamento administrativo.

363. A Administração como parte

A implicação jurídica, no ato administrativo unilateral que passa a bilateral, apenas decorre de duas situações previsíveis:

— a do ato administrativo *comum* buscando pela eficácia o apoio de normas civis ou comerciais;

— a do ato administrativo criando no pacto consensual *regime especial* exorbitante do direito comum.

No entanto, o ato administrativo que busca efeitos na extensão colateral apenas traz, por motivo de causa e formação, em face do interesse público

4. Na doutrina: Michele Cantucci, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Padova, 1942, p. 65; Giovanni Miele, *Principii di diritto amministrativo*, Padova, 1966, t. 1, p. 30.

5. Na temática dos contratos administrativos, estudem-se as obras especializadas de: Jean Rouvière, Recaredo F. de Velasco, Gaston Jéze, André de Laubadère, Miguel S. Marienhoff, João de Mello Machado, Jacobo Wainer, Tavares de Lyra Filho, Cesare Cammeo, J. D. B. Mitchell, Miguel Angel Berçaitz, Georges Péquignot, Francesco di Renzo, Sabino Alvarez Gendín e Hely Lopes Meirelles.

ou de serviço qualificado, uma *finalidade* exclusiva e concreta permitindo a harmonização de duas ou mais vontades, a administrativa e a particular ⁶.

O ato administrativo, portanto, na espécie e categoria, objetiva formalmente:

- autorizar um acordo de vontades para iguais efeitos jurídicos;
 - legitimar um acordo público cujo objeto seja lícito e possível.
- Desdobra-se, o ato administrativo, quando os feitos são bilaterais:
- em ato autorizativo na forma prevista por lei;
 - em ato contratual conforme o objeto do serviço a prestar.

Embora um contrato administrativo tenha elementos próprios, tais elementos nada dizem com os elementos dos atos administrativos ⁷. É preciso examinar primeiro o ato e depois o contrato. O acordo é que faz, pela finalidade, o ato bilateral. Ao nascer o ato que realiza o contrato é unilateral.

O que existe, em princípio, são atos unilaterais que se transformam em atos bilaterais sujeitos “às normas peculiares do Direito Administrativo” ⁸. Atos pelos quais a Administração se permite intervir como *parte* e pela essência e conteúdo se revestem de poderes implícitos no sentido da finalidade.

364. Atos de conseqüências bilaterais

Pelo exercício da função administrativa, todo ato sabemos é por definição unilateral. Porém sempre os atos “de conseqüências bilaterais ou recíprocas têm origem unilateral e podem, portanto, produzirem-se como atos administrativos” ⁹.

O problema, à maneira como se propõe na atividade administrativa, é que é de conteúdo público. De conteúdo que deriva do ato administrativo, embora venham ou possam vir regulados pelo direito privado. O regime pouco importa diante da finalidade pública.

Inúmeros são os atos possuidores de conseqüências bilaterais ou recíprocas não obstante a origem unilateral, bastando outra vez lembrar as concessões para a execução de serviços públicos e a realização de obras, conduzindo a doutrina no sentido de conhecer:

- a existência de simples atos unilaterais de resultados bilaterais;
- a existência de simples atos unilaterais que se tornam bilaterais nas contratações.

6. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, caps. 10 e 11, p. 195-213.

7. A intenção, neste capítulo, não é a de apreciar o contrato administrativo e sim o ato administrativo bilateral. O ato em si e no que pretende quanto aos efeitos. Só isso.

8. Themistocles Brandão Cavalcanti, *Dos contratos administrativos*, in *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 245.

9. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 128.

Na primeira hipótese temos o exemplo do administrado ao ingressar no serviço estatal, vinculando-se a contrato¹⁰. Na segunda os vários tipos de pactos jurídicos que a Administração efetiva para a prestação de serviços públicos.

365. Requisitos e pressupostos em tese

Na verdade, em tese, o problema aqui continua o mesmo: o que pesa como valor jurídico no ato administrativo é a finalidade a que se destina, o efeito a ser produzido. A bilateralidade, portanto, constitui uma consequência do ato em virtude dos fins perseguidos.

Três requisitos sempre estão presentes na formação da bilateralidade:

— o da existência de um ato unilateral como expressa manifestação de vontade;

— o da determinação de efeitos que alargam a nível privado a atuação pública;

— o da declaração que no ato se contém em matéria de obras ou serviços.

Decorrem daí três pressupostos que conduzem a relações jurídicas bilaterais:

— o do ato-condição;

— o do simples acordo de vontades;

— o dos contratos administrativos.

O enfoque, no entanto, diante de fatos nas relações jurídicas, só pode ser necessariamente apreciado em razão da finalidade e dos efeitos¹¹. Havendo, de parte do particular, consentimento ou adesão fica firmada a bilateralidade e o ato que isto pretendia torna-se em ato administrativo bilateral.

366. Concurso de duas ou mais vontades

Não cabe ao Direito Administrativo desconhecer realidades na atividade desenvolvida pela Administração, nem tentar impor colocações doutrinárias

10. Para lembrar: os Estatutos dos Funcionários Públicos. Também: Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, t. 3/B, 1978.

11. J. Cretella Júnior estuda, com amplitude de análise crítica, todos os aspectos teóricos da problemática (v. *Tratado de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1966, v. 2, p. 59), possibilitando conhecimento exato das diversas posições doutrinárias. Importante trabalho que merece menção especial publicou o Prof. Ruy Cirne Lima. Com erudição estudou “os atos jurídicos bilaterais ou plurilaterais” que existem não gerando sempre “imediatamente obrigações”. Vale a afirmação: “não se classificam, eles, entre os contratos”, porque “não há, segundo os juristas romanos, contrato e obrigação, que não suponham uma convenção”. Diz mais: “não admira, pois, se tenha constituído, em continuação, o desenho de um ato jurídico bilateral, do qual, ao invés de obrigação, resultaria, antes, simplesmente, uma regra permanente, entre as partes, ou quiçá, uma situação jurídica objetiva, um *status*”. E conclui: “não é como poderia ser, o ato jurídico desse tipo estranho ao direito nacional”. (v. *Atos jurídicos normativos, Revista Consultoria Geral Estado Rio Grande do Sul*, 1:19-20, Porto Alegre, 1971).

que não correspondam às inevitáveis relações jurídicas necessárias ou procuradas para a efetivação normal dos serviços e obras públicas.

Já que os instrumentos, de processo público ou privado, fazem meios idôneos da Administração atender finalidades essenciais, imediatas e mediatas, diretas e indiretas, toda a colaboração do particular efetiva-se com reciprocidade de direitos ou interesses afetados.

Não é, portanto, o ato formal em si originário da Administração que exige análise, mas o seu conteúdo, objeto e finalidade principal, porque uma vez editado só produz eficácia quando consumado por meio de outras vontades que se integram numa mesma unidade orgânica de estrutura.

Basta o concurso de uma ou mais vontades para que o ato administrativo tome a característica de acordo consensual, tendo em apreço que só *stricto sensu* é unilateral e que *lato sensu* assume qualidades extrínsecas capazes de distinguir relações e efeitos formais ¹².

Unilaterais na origem e bilaterais nos efeitos, os atos administrativos com tal estrutura possuem natureza jurídica própria, pois além da finalidade jurídica para se completarem as vontades, os efeitos aparecem reciprocamente determinados no sentido de valor da eficácia.

367. O ato administrativo contratual

O Estado, na sua permitida atividade administrativa, “não só necessita das figuras contratuais para adquirir bens e serviços”, senão porque constituem as únicas “importantes técnicas jurídicas” capazes de realizar certas finalidades públicas ¹³.

Para os serviços que precisa para manter sua organização ou fazer funcionar os órgãos administrativos, o *ato jurídico contratual* apresenta-se “como a única solução”, tanto apareça criando relações jurídicas ou carreado o consentimento do particular por simples adesão ¹⁴.

Seja o ato administrativo na sua origem contratual ou então plurilateral, desintegrando nos contratos “a unidade física da unidade jurídica já que podem não coincidir”, do ato formalmente unitário “surgem ou derivam os direitos”, isto é, “a confluência de várias vontades jurídicas” cada uma delas porém autônomas ¹⁵.

12. A tendência sempre foi na doutrina distinguir as várias categorias de atos administrativos, segundo os efeitos venham produzidos por uma vontade simples ou por um concurso de vontades (v. Arnaldo de Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, p. 27; André de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1963, v. 1, p. 173).

13. Bartolome A. Fiorini, El acto jurídico contractual, in *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 1, p. 409.

14. Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 1, p. 409-12.

15. Recaredo F. de Velasco, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 35-7. V. Eduardo García de Enterría e T. R. Fernández, Contratos de la administración, Los contratos administrativos, in *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1965, tít. 4, cap. 10.

Na área da Administração não será possível deixar de separar o ato administrativo unilateral do ato plurilateral ou contratual, pois o concurso de interesses nada mais é “que a soma de declarações unilaterais de vontade” conduzidas para determinados objetivos comuns¹⁶.

Na aparência final, portanto, o ato que fica único é o contratual, não pela sua feição formal, mas devido a intervenção das partes, em virtude dos interesses que embora não opostos marcam critérios isolados de comportamento jurídico. O que importa, na prática, são as conseqüências do ato editado com eficácia para efeitos recíprocos.

368. O ato na formação e essência do contrato

Fixemos, assim, *ad argumentandum*, alguns pontos pacíficos altamente importantes para a doutrina:

— “todo contrato administrativo é, substancial e essencialmente, um ato administrativo bilateral”;

— “resulta de regras fundamentais que constituem o regime dos atos administrativos”;

— “como no direito privado o ato jurídico bilateral constitui a essência de todo contrato, também no Direito Administrativo o ato administrativo é a base de todo contrato administrativo”¹⁷.

Os contratos administrativos, ou realizados pela Administração, “constituem pois uma variedade importante dos atos administrativos”, ressaltando de valor no plano jurídico a sua formação, os efeitos pretendidos e as conseqüências quanto ao ajustado¹⁸.

Todavia, para que se efetivem, os contratos administrativos hão de conter manifestação unilateral de vontade administrativa. Categoria distinta, a dos atos bilaterais, quando praticados no exercício de poder legal, são atos administrativos.

16. Na sábia lição de Leon Duguit, entende-se como contrato: a) um ato jurídico produzido por duas declarações de vontade que pressupõem um acordo; b) cada uma destas declarações tendo um objeto diferente; c) os atos se propõem a produzir uma situação jurídica; d) da situação nasce uma relação igual à de credor e devedor (*apud*, Velasco, *op. cit.*, p. 38-9).

17. Miguel S. Marienhoff, *op. cit.*, Buenos Aires, 1978, t. 3/A, p. 39.

18. Louis Rolland, *Les actes plurilatéraux*, in *Précis de droit administratif*, Paris, 1938, p. 58-9; André de Laubadère, *Droit administratif spécial*, Paris, 1958, p. 34.

DÉCIMA PARTE

- **Publicidade dos atos administrativos**
- **Responsabilidade pela prática de atos administrativos**
- **Elementos constitutivos da responsabilidade administrativa**
- **Responsabilidade no plano geral da atividade administrativa estatal**

SUMÁRIO:

- 369. A publicidade como requisito essencial.
- 370. Pressupostos que fazem condições obrigatórias.
- 371. Eficácia e publicação.
- 372. Instrumentos de validação.
- 373. Direitos ou interesses no conhecimento.
- 374. Conhecimento e execução.
- 375. Ato que não produz conseqüências.
- 376. Ausência de publicação ou notificação.
- 377. O procedimento notificativo.
- 378. A publicidade como procedimento.

CAPÍTULO XXXVII

Publicidade dos atos administrativos

369. A publicidade como requisito essencial

O princípio é universal: o ato jurídico público, ou seja, os atos administrativos só possuem efeitos válidos depois de conhecidos ou publicados¹. A questão, nos efeitos, é de eficácia, de vigência e de tempo jurídico.

No entanto, o conhecimento ou a publicação podem admitir formas diferentes de expressão jurídica, todas as formas visando proteger a eficácia do ato. Tornado conhecido, estabelece relação, passando a vigente.

Na ordem jurídica “a publicidade constitui um requisito essencial para que o ato administrativo ganhe validade”². Observe-se, contudo, duas condições imperativas:

- se o ato não teve publicidade não consegue ter existência jurídica;
- se a publicidade não foi regular o defeito dá lugar à nulidade relativa.

Na primeira hipótese não se discute o ato porque não existe. Na segunda o ato é sanável, pode ser corrigido, o defeito afastado por intermédio de

1. No Brasil, desde o Decreto n. 572, de 12 de julho de 1890, tornou-se obrigatória a publicidade dos atos administrativos, a fim de que pudessem produzir efeitos de direito, à semelhança do disposto na Lei de Introdução ao Código Civil. Quase todas as leis orgânicas municipais mantêm a mesma obrigatoriedade (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Manual dos municípios*, São Paulo, 1975). No entanto, para os casos sigilosos, vige o Decreto n. 79.099, de 6 de janeiro de 1977, de origem federal. A publicidade, por isso, “como princípio de administração pública, abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes” (v. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1978, p. 73).

2. Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978, p. 292-3.

publicação suscetível de repor a vontade pública na ordem administrativa, sem agravos ao interesse público.

370. Pressupostos que fazem condições obrigatórias

Alguns pressupostos, inclusos na ordem jurídica geral, fazem condições obrigatórias, *condições* que integram o ato administrativo na sua devida *forma* e conseqüente *finalidade*:

— “a publicação é inerente a todo ato administrativo e constitui, por isso mesmo, salvo determinação legal expressa, condição para sua validade”;

— “a publicidade constitui, aliás, um princípio de ordem pública aplicável mesmo na esfera do direito privado”;

— “em certos casos, a falta de publicação torna compulsoriamente inexistente o ato”³.

As exceções à prática jurídica para conhecimento do ato administrativo somente podem ocorrer:

— quando autorizadas ou dispensadas por lei;

— via de regra apenas alcançam os casos expressamente previstos.

Diante do objeto e da finalidade, nas relações de direito e administrativas, o conhecimento do ato pela publicação é, portanto, inevitável requisito essencial de validade, pois só daí decorrem as medidas impugnatórias, os recursos cabíveis para sua invalidação.

371. Eficácia e publicação

Da publicação surgem as posições contestatórias impugnativas, a denúncia contra as lesões provocadas, o exame da lei ou da norma aplicada, a verificação da extensão dos efeitos, o estudo da licitude da atuação administrativa.

Pela publicação ficam previstas *in concreto* o que pretende o ato, a sua vigência no tempo, a possibilidade prescritória, principalmente aquelas situações vinculadas aos serviços públicos⁴.

Sem dúvida, publicação e conhecimento fazem expressões harmônicas porque na ordem das relações jurídicas o que se procura é preservar di-

3. Themistocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos atos administrativos*, São Paulo, 1973, p. 87.

4. “Os atos relativos aos servidores dos órgãos da administração centralizada e das autarquias somente terão validade jurídica mediante publicação” (No Brasil: Lei n. 4.965, de 5-5-1965). “A não-publicação implica tornar obrigatório o cumprimento do ato, por falta presumida de seu conhecimento” (v. Themistocles B. Cavalcanti, *op. cit.*, p. 88). “Trata-se de preceito extremamente correto e moralizador, que consagra uma boa doutrina administrativa, evitando a clandestinidade funcional” (*idem*, *op. cit.*, p. 89).

reitos e lesões, a validade do ato mediante a eficácia, embora legal ou legítimo ⁵.

Por conhecimento não se tenha apenas em vista a divulgação do ato por meio de veículos de imprensa oficial ou não, já que a palavra *conhecimento* envolve a própria projeção exterior da decisão administrativa para atender posições pela mesma afetadas.

372. Instrumentos de validação

Considerando os atos administrativos nas categorias, conforme a natureza, como gerais ou particulares, dois distintos instrumentos bastam de validação:

- a publicação, para os primeiros;
- a notificação, para os segundos.

A *publicação*, por ter uma maior amplitude, permite atingir, nos atos gerais, todos os interessados. A *notificação*, diante de destinatários certos, cobrindo área restrita, torna diretamente conhecida a intenção administrativa ⁶.

A figura do *edital*, a exemplo nas notificações, constitui um instrumento bastante hábil de conhecimento da vontade administrativa, aceita universalmente para a realização de interesses públicos específicos nos serviços que pretendem a colaboração do particular ⁷.

O importante, todavia, é que da publicação ou do conhecimento o ato administrativo passa a valer na projeção dos efeitos tanto direta como indiretamente, relacionando situações individuais e com terceiros, obrigando também a Administração e órgãos administrativos.

373. Direitos ou interesses no conhecimento

Sem dúvida, “a necessidade de que todo ato administrativo seja dado a conhecer, no que afeta direitos subjetivos ou interesses legítimos, fez nascer a exigência da publicidade como garantia jurídica para proteção dos administrados, da certeza e segurança nas relações jurídicas” ⁸.

5. “Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início dos seus efeitos externos. Daí porque as leis, atos e contratos administrativos, que produzem conseqüências jurídicas fora dos órgãos que os emitem, exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros. A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou regulamento exige” (v. Hely Lopes Meirelles, op. cit., São Paulo, 1978, p. 72).

6. Otto Mayer, *Droit administratif allemand*, trad. franc., Paris, 1920, t. 2, p. 45; Silvio Trentin, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1915, p. 310.

7. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Exegese do Decreto-lei n. 200, in *Comentários à reforma administrativa federal*, São Paulo, 1975, p. 265-8.

8. Juan Carlos Cassagne, op. cit., p. 218.

Não obstante não constitua um elemento do ato, como afirmamos, a publicidade é um requisito marcado de essencialidade⁹. É requisito, repetimos, que faz a eficácia do respectivo ato, levando também à estabilidade e à efetividade, uma vez que o que está em jogo é a própria ordem normativa¹⁰.

Já que a publicidade como requisito essencial traduz exteriorização da vontade administrativa, este requisito inalienável na quase-totalidade dos casos configura uma condição inerente ao elemento *forma* e sem o qual também a *forma* não adquire materialidade¹¹.

Aceitamos, por isso, no melhor entender, que a falta de publicidade além de prejudicar a eficácia invalida no momento o ato administrativo¹². O problema da validade, contudo, pode ser supérfluo considerada a circunstância de que o ato venha a ser publicado.

374. Conhecimento e execução

Não se pode pensar, entretanto, que a publicação e a notificação apareçam como outros atos administrativos¹³. Não porque apenas como requisito integram a parte última e formal do ato, já que o ato só toma *forma* quando materialmente conhecido.

Evidentemente, tanto a publicação como a notificação, apresentando defeitos ou provocando reações, não é a elas que se dirige a impugnação, por-

9. A publicidade "atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes" (v. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 73). Em matéria de contratos, dois importantes diplomas aí estão: o Decreto n. 73.140, de 9 de novembro de 1973, regulando obras e serviços de engenharia; o Decreto n. 78.382, de 8 de setembro de 1976, obrigando a União e suas autarquias.

10. "A publicidade dos atos da licitação é princípio que abrange desde os avisos de sua abertura, até o conhecimento do edital e seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados, e o fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres ou certidões com ela relacionadas" (v. Hely Lopes Meirelles, op. cit., p. 243). Consultar, no tocante à matéria de atos licitatórios: Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Exegese do Decreto-lei n. 200, in *Comentários à reforma administrativa federal*, São Paulo, 1976.

11. "Em matéria de publicidade do ato administrativo, a postura tradicional considera ser ela um requisito que faz a eficácia do respectivo ato. Sustenta-se, desta maneira, que um ato pode ser válido reunindo todos os elementos essenciais, mas ao mesmo tempo ineficaz, se não lhe for dado publicidade" (v. Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1978, p. 218). Requisito da exteriorização da vontade administrativa, a publicidade vem inerente ao elemento *forma* (v. Bartolome A. Fiorini, *Teoría jurídica del acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, p. 131).

12. Para Cassagne, só a eficácia fica atingida, não a validade (op. cit., p. 219). Em termos, a questão é a mesma, porque não havendo eficácia, a validade não possui força jurídica materializante. Somente pela eficácia o ato ativa os efeitos. Não há, portanto, aqui como discutir a validade.

13. É a posição de Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1970, p. 494.

que o que se está realmente impugnando “é uma condição essencial e autônoma” do ato: a sua forma¹⁴. Numa palavra: o elemento *finalidade* viado na sua roupagem exterior.

Dada a natureza escrita dos atos administrativos, no tocante à notificação só se compreende que também seja escrita, já que a verbal nada documenta deixando as partes interessadas desprotegidas em questão de prova material.

A rigor, a execução segue do ato administrativo *materializado*, isto é, conhecido depois da edição pela publicação ou notificação, não obstante o ato seja auto-executável ou possua força de auto-executoriedade.

375. Ato que não produz conseqüências

Na prática, não havendo publicação ou notificação, o ato inexistente. Este sim é, virtualmente, um ato administrativo inexistente. Resulta a inexistência do desconhecimento do querer público nos seus efeitos jurídicos e dos motivos que lhe posam dar suporte legal.

Fácil de entender que um ato desconhecido logicamente não pode produzir conseqüências no plano da existência jurídica¹⁵. Não é nulo, nem anulável, porque não existe, a ninguém obrigando se a existência for clandestina.

O problema, portanto, da publicação ou da notificação tem origem substancial na *forma* que deve ser escrita dando estrutura final ao ato, porque:

— “sem forma não há decisão”;

— “sem forma não se pode descobrir a finalidade perseguida”¹⁶.

Como conhecer a forma quando carente de publicação ou notificação? Logo, *in fine*, a qualificação concreta dos atos administrativos assenta nos dois citados instrumentos jurídicos, sem os quais desaparecem as garantias consagradas nos ordenamentos positivos.

376. Ausência de publicação ou notificação

A ausência de publicação ou notificação, de conhecimento do ato administrativo na sua eficácia, não impõe obrigações nem deveres para os administrados¹⁷. Não coloca a Administração na posição de exigir qualquer espé-

14. Juan Carlos Cassagne, *op. cit.*, p. 219.

15. Recaredo F. de Velasco, *El acto administrativo*, Madrid, 1929, p. 195.

16. “Os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem a publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos, como se expõem à invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade. E sem publicação não fluem os prazos para impugnação administrativa ou anulação judicial, quer o de decadência, para impetração do mandado de segurança, quer os de prescrição da ação cabível” (v. Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 74).

17. Nas licitações, “a ampla publicidade da convocação para a concorrência é requisito essencial, por relacionar-se com o princípio da *universalidade*. O que a lei exige é a divulgação da abertura da concorrência com a maior amplitude possível e desejável, tendo em vista o vulto e a complexidade do seu objeto” (v. Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 284).

cie de prestação jurídica. A faculdade-poder há de vir afim com a faculdade-dever.

Vale perguntar: por que o conhecimento dos atos administrativos tem importância jurídica fundamental? Em princípio simplesmente pelo motivo de serem nulas as publicações ou as notificações defeituosas. E sendo nulas quando defeituosas com muito mais razão lógica o ato inexistente por falta dos dois hábeis instrumentos públicos¹⁸.

Em termos gerais, a publicação ou a notificação, a publicidade e a divulgação obrigatória dos atos administrativos afiançam um dever público subsidiário constituído para assegurar o cumprimento da finalidade principal da vontade administrativa formalmente manifestada.

Obviamente conhecer o ato é fazer valer direitos e obrigações. O problema, que é de conhecimento, também é de realidade jurídica. Nada se faz de concreto, mesmo na esfera do direito público, que não venha fundamentado num princípio de norma escrita.

377. O procedimento notificativo

A notificação, como instrumento jurídico a produzir certeza jurídica, nos casos particulares dá vida à relação entre partes¹⁹. Pela sua natureza transmite a intenção e a vontade administrativa, diz o que a lei permite à Administração realizar.

O procedimento notificativo, ao contrário do procedimento de publicidade, é direto na transmissão de obrigações ou direitos. Chega às pessoas destinatárias firmando deveres recíprocos, embora o ato administrativo possa ser discutido ou rejeitado²⁰.

Nos regimes ordenados, do conhecimento do ato administrativo decorre a execução, nem que o administrado seja um só, tanto a publicidade como

18. Na área municipal, como na federal ou federada, “no tocante às leis e decretos, a publicidade é indispensável para assinalar o início da vigência de tais atos para o público...”. Nas comunas, “a publicação, em regra, se faz no órgão oficial da imprensa local. Mas, não o havendo no Município, consideram-se publicados os atos municipais pela afixação de edital em lugar acessível ao público, no edifício da Prefeitura” (v. Hely Lopes Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, São Paulo, 1977, p. 892-3). “Seja o ato definitivo ou não, a publicação faz condição essencial de validade, a não ser que haja determinação legal em contrário. Decorre a condição de dois motivos, um de interesse público e outro de garantia dos direitos subjetivos” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 160).

19. Vittorio Ottaviano, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milano, 1953, p. 113.

20. Vittorio Ottaviano, *Sulla pubblicazione in generale*, in op. cit., p. 247-54; Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Divulgação e publicidade dos atos administrativos*, in op. cit., p. 160-1.

a notificação dimanam do princípio formal do ato ²¹. Por isso, a invalidade, numa ou noutra hipótese, detém a eficácia.

Como procedimento, o notificativo, para ambas as partes, serve de prova nos possíveis conflitos. Sobretudo quando não venha perfeito ou venha defeituoso, invalidando o conhecimento do ato e abrindo flancos à impugnação da vontade administrativa.

378. A publicidade como procedimento

Embora a publicidade alcance os interessados por vias indiretas de conhecimento, torna-se como a notificação em instrumento concreto de prova material. Dando existência física ao ato, torna-o auto-executável ou executável.

A publicidade, como procedimento público, colocando o ato em vigência para ser executado, impondo prova material nas relações criadas, subordina aqueles mesmos que as ignoram, uma vez que os interesses gerais sensibilizam os particulares.

Todavia, para a Administração, o imperfeito conhecimento do ato administrativo não conduz à anulabilidade quando sanável. Outra notificação pode ser feita, outra publicidade realizada, ficando o problema apenas de vigência e tempo jurídico do ato.

Recomenda-se a notificação para sujeitos certos e a publicidade para sujeitos indeterminados. De igual maneira, ambos os instrumentos, nos sistemas jurídicos, correspondem à fase final do ato administrativo.

21. Vittorio Ottaviano, *La pubblicazione degli atti amministrativi*, in *op. cit.*, p. 211-57.

SUMÁRIO:

- 379. O valor jurídico da publicidade.
- 380. Publicação e responsabilidade.
- 381. Ato e responsabilidade.
- 382. A responsabilidade na organização administrativa.
- 383. Extensão da responsabilidade.
- 384. Responsabilidade larga ou restrita.
- 385. A responsabilidade no Direito Administrativo.
- 386. Responsabilidade e culpabilidade.
- 387. Responsabilidade e irresponsabilidade.

CAPÍTULO XXXVIII**Responsabilidade
pela prática
de atos
administrativos****379. O valor jurídico da publicidade**

A publicação do ato administrativo editado faz problema de ordem pública, de valor de conhecimento que é imperativamente exigência formal do próprio ordenamento jurídico. Entra em vigor o ato passando a ter eficácia no momento exato em que ganha existência oficial.

Enquanto não publicado o ato administrativo não tem eficácia e não produz efeitos jurídicos. Executado na clandestinidade envolve a Administração em responsabilidade. Do momento da publicação segue a vigência jurídica completando a vontade administrativa.

Não se pode considerar, nos regimes jurídicos de garantias asseguradas, “que a publicação do ato nada acrescenta a este” ou que “os efeitos são os mesmos que o ato em si mesmo tinha antes de ser publicado”¹.

Não e não. O ato administrativo formalmente só se torna perfeito e acabado depois da publicação, muito embora possa retroagir para reconhecer direitos adquiridos por imposição de lei ou assegurados antes do procedimento regular administrativo.

Se os efeitos decorrem do ato e não da sua publicação, a eficácia decorre do conhecimento do ato pela publicação, pressupondo a publicação “que o ato já está dotado de aptidão de produzir os efeitos que lhe são atribuídos por lei”².

1. A tese, da falta de importância da publicação, no Brasil pertence a *Francisco Campos* (v. *Direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1958, v. 2, p. 135-6), a tese “de que os efeitos decorrem do ato e não da sua publicação”. No entanto, não é assim. Como ficariam os direitos concedidos ou as obrigações administrativas?

2. *Francisco Campos*, op. cit., v. 2, p. 136.

A lógica, no atendimento da lei, não admite contradição entre a edição do ato e seu conhecimento, porque do conhecimento a vigência traduz *eficácia* e a eficácia *responsabilidade* no tocante ao provimento dos recursos cabíveis.

380. Publicação e responsabilidade

A indispensabilidade da publicação, agora não falando de vigência, de eficácia ou de efeitos, alcança tônica fundamental com respeito aos atos que geram direitos, interesses comuns e recíprocos, situações de que é parte a Administração.

Todo problema, na relação jurídica, entre um ato lesivo e o particular, somente pode ser *apurado* por meio da publicação que faz conhecimento da lesão, *avaliado* mediante exame do ato publicado a fim de que a responsabilidade fique devidamente equacionada.

Contra o que age o administrado? Contra a simples vontade administrativa ou contra a manifestação de vontade materializada por intermédio de pronunciamento administrativo concreto? Como poderá haver oposição se o ato não foi divulgado e não tendo sido publicado não apresenta real existência jurídica?

Aceitar, portanto, a desnecessidade da publicação será o mesmo que voltar à tese medieva da “irresponsabilidade e seus corolários”, deixando os administrados à margem das decisões públicas lesivas de direitos ou interesses, reconhecendo poderes onde possam não existir quando violentam o equilíbrio da ordem jurídica³.

Sem dúvida, as lesões uma vez acontecidas, em virtude de atos administrativos concretos, promanam de proibição nos textos constitucionais, de fundamentos que resultam de postulados incorporados aos Estados de direito e encontráveis nas fontes do Direito Administrativo.

381. Ato e responsabilidade

Na verdade, a expressão adequada será *responsabilidade administrativa estatal*, onde se incluem todas as tradicionais colocações jurídicas⁴. Não precisando afirmar que falar de *responsabilidade civil* da Administração é um *eufemismo* que não dá bem a idéia de poder público administrativo responsável⁵.

A Administração não responde apenas porque *repara* prejuízos patrimoniais e morais, *responde* porque exercitou ato administrativo lesivo de

3. Jean Rivero, *Droit administratif*, Paris, 1973, p. 353-60.

4. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 339-50.

5. Julio A. Prat, La responsabilidad del Estado, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 4, v. 2, p. 15.

direitos ou interesses. O que se quer, diante do princípio da responsabilidade, é:

- examinar o ato administrativo nas projeções de validade e eficácia;
- levantar prejuízos e danos ocorrentes da vigência e execução do ato.

Do exame ponderado do ato administrativo, após publicado e produzindo efeitos, o hermeneuta aprecia:

- a sua perfeição e validade;
- a validade nas conseqüências jurídicas;
- a existência ou não de lesões provocando responsabilidade.

Não se pode colocar a responsabilidade antes do ato praticado, pois só pelo ato formalizado e com vida jurídica aparece o suporte legal, a causa e a motivação, a vontade e a finalidade. O ato, objeto das impugnações, é que se discute ou desfaz, nada havendo *a priori* que diga com chamamento à responsabilidade.

382. A responsabilidade na organização administrativa

Com isso, o estudo da responsabilidade “abarca todos os eventos danosos derivados do exercício da atividade administrativa”, *eventos* não estranhos ao direito porque dentro da função administrativa e resultantes de atos que não devem colidir com o ordenamento jurídico ⁶.

Assinale-se que na prática a teoria da responsabilidade administrativa não oferece mais atualmente contradições de natureza doutrinária, apenas no direito comparado dependente de sistemas ou regimes ⁷. Num conceito geral de entendimento positivo, a Administração é, sempre, responsável.

Sejam quais forem os sistemas ou regimes, universalizado como ficou o princípio da responsabilidade administrativa, as questões propostas dizem diretamente com o direito subjetivo e o interesse legítimo, com os meios de proceder que na prática vulneram situações jurídicas protegidas ⁸.

A problemática da responsabilidade, na organização administrativa e na vigência de direitos individuais, genericamente corresponde a quaisquer tipos de atos administrativos praticados por quem faça a vez da Administração no exercício de uma função qualificada e determinada.

6. Julio A. Prat, op. cit., t. 4, v. 2, p. 16.

7. No direito comparado: Georges Vedel (França), Massimo Severo Giannini (Itália), Miguel S. Marienhoff (Argentina), Jaime Vidal Perdomo (Colômbia), Amaro Cavalcanti e Aguiar Dias (Brasil), Rafael Entrena Cuesta (Espanha), H. W. R. Wade (Inglaterra), Enrique Sayagués Laso (Uruguai), Leonard D. White (Estados Unidos), entre outros ilustres, estes citados administrativistas, realizando larga análise conceitual, colocaram a problemática nos devidos termos jurídicos, diante da expansão dos poderes legais do Estado.

8. Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1976, t. 2, p. XV-2/XV-22.

383. Extensão da responsabilidade

Basta, portanto, que o ato seja administrativo para trazer responsabilidade administrativa. A colocação é simples, mas realista na ordem jurídica constituída. Já que um ato produz efeitos, os *efeitos* é que na execução são avaliáveis em razão de direitos e interesses.

Para uma tal avaliação, na formação estatal, a atividade administrativa há de ser compreendida conforme:

- “a organização administrativa”;
- “a posição jurídica e poderes da Administração”⁹.

Verificados os dois pontos, o de organização e o de poderes, o ato administrativo para ter validade e legitimar-se necessita:

- vir de acordo com uma função na organização administrativa;
- usar dos poderes legais conferidos para o exercício da função.

Daí porque a responsabilidade não decorre apenas da ilegalidade, mas também do inadequado comportamento administrativo. Para haver responsabilidade não é preciso que o dano venha figurado ou que o prejuízo seja patrimonial. A violação da lei ou da norma por si só conduz à responsabilização.

384. Responsabilidade larga ou restrita

Todavia, largo ou restrito, o princípio da responsabilidade aparece “quando se produz um dano a uma pessoa ou a um patrimônio”, resultando “saber quem deve responder por ele”¹⁰. As constantes, embora tenham inspiração civil, efetivam-se nas relações administrativas.

Quando *largo*, via de fato, o princípio pode alcançar tanto os atos ilícitos como os atos lícitos¹¹. Quando *restrito*, toca nos casos concretos de responsabilidade avaliável nas operações realizadas entre a Administração e particulares nos negócios jurídicos¹².

Na primeira hipótese, prevalecem, na organização e para a Administração, normas de natureza pública. Na segunda, os pactos consensuais regidos por normas que embora visando o interesse privado afetam interesses públicos.

Apreciado o ato nos seus aspectos de perfeição, a fixação da responsabilidade possui projeções, conforme:

- a natureza da lesão;
- a figura de quem exercitando um ato produziu uma lesão.

9. Renato Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1951, p. 3-23.

10. Jaime Vidal Perdomo, *Derecho administrativo*, Cali-Colombia, 1977, p. 505.

11. Renato Alessi, op. cit., p. 137 e 217.

12. Exemplo: responsabilidade em matéria contratual.

Na prática as projeções marcam a *extensão lesiva* apurável com o levantamento de valores jurídicos materiais, ou seja, avaliável diante de fatos e situações só existentes depois de movimentada a função com a vigência de ato na categoria impondo execução prejudicial para o administrado.

385. A responsabilidade no Direito Administrativo

Contudo, voltando à prática na atividade administrativa, “toda temática da responsabilidade estatal fica reduzida ao problema da responsabilidade, chamada direta ou indireta”¹³. Deste modo, os critérios levam a órgãos e agentes, ao que dizem as leis fundamentais e, na aplicabilidade analógica, às normas procedimentais civis¹⁴.

O que há de específico, na denominada responsabilidade administrativa estatal, reside nos danos ocasionados que venham por meio de fatos, atos ou da conduta adotada por órgãos e agentes. Apareça o ato, em matéria pertinente, como ato legislativo ou ato judicial.

Sem dúvida, nas projeções, o problema da responsabilidade, no Direito Administrativo, deixa assim de ser limitado problema da responsabilidade de agentes ou de poder na atividade, “para estender-se a todo o Estado, compreendendo critérios uniformes e universais, sem prejuízo das modalidades processuais para as efetivas ações ressarcitórias”¹⁵.

Os problemas que surpreendem na devida colocação jurídica são exclusivas questões variantes de responsabilidade, conforme fatos, atos e situações relacionais já que a tese da irresponsabilidade como antijurídica contraria regimes de garantias e afronta as técnicas jurídicas consagradas.

386. Responsabilidade e culpabilidade

Está claro que o confronto Administração/administrado só pode ser equacionado mediante o exame ponderado do ato administrativo, quer examinando o ato nas suas variantes de relações internacionais, de conduta legislativa ou de comportamento judicial, uma vez que o Estado na sua unidade política desenvolve atividades segundo as técnicas do direito.

No Brasil, o princípio da responsabilidade estatal administrativa tem suas fontes históricas no mandamento constitucional e nas disposições agasalha-

13. Bartolome A. Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, 2.^a parte, t. 2, p. 1095.

14. Explica Marcelo Caetano: “O controle dos atos administrativos pelos tribunais comuns mediante ação proposta segundo o rito processual civil embora sumário revelou-se insuficiente, na medida em que, na maioria dos casos, não podia impedir a consumação da ilegalidade ou fazer desaparecer prontamente as suas conseqüências prejudiciais; obtida a sentença definitiva de anulação só havia então a possibilidade de pedir a indenização dos danos causados pelo ato anulado” (v. *As garantias jurisdicionais dos administrados do Direito comparado de Portugal e do Brasil*, in *Estudos de direito administrativo*, Lisboa, 1974, p. 340).

15. Bartolome A. Fiorini, op. cit., t. 2, p. 1096.

das pelas leis civis¹⁶. Daí a circunstância da atividade administrativa necessitar ser avaliada em razão dos atos a nível de função e no plano dos poderes.

Só pela aplicação do princípio da legalidade erradica-se o princípio da culpabilidade e afirma-se o princípio da responsabilidade. Não somente da responsabilidade reparatória, mas da responsabilidade de exação administrativa no exercício da função e na prática normal dos atos administrativos.

Problema essencialmente jurídico, de fatos e atos jurídicos, a questão da responsabilidade estatal administrativa alcança distintos valores no campo do direito, quer surpreenda o hermenauta na sua realidade larga ou restrita, quer sua relevância seja direta ou indireta. Sempre o que há é responsabilidade subjetiva e objetiva, ao mesmo tempo.

387. Responsabilidade e irresponsabilidade

Evoluiu, a tal ponto, a teoria da *responsabilidade*, que não encontra mais razão de ser a duvidosa teoria da *irresponsabilidade*¹⁷. A evolução se deve às sólidas transformações sofridas pelo direito público e à consagração nas cartas constitucionais dos direitos e garantias individuais, ou seja, dos administrados.

O ato administrativo, *ato jurídico*, tanto na esfera pública como na esfera privada efetivando relações, quando anormal na formação sofre sanções legais, pouco importando *a priori* qual o tipo de responsabilidade que a edição e a execução tragam para a Administração¹⁸.

Em matéria de lesão, de ilegitimidade ou invalidade, do ato administrativo concreto avalia-se a responsabilidade pela projeção dos efeitos negativos produzidos. De qualquer modo o princípio da responsabilidade limita-se aos resultados do ato diante da lei e da finalidade.

Voltamos a afirmar que três colocações são as reais no plano do ordenamento jurídico e no tocante à responsabilidade geral administrativa:

16. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, A responsabilidade no direito brasileiro; Constantes da responsabilidade; Responsabilidade pessoal e funcional; As teorias na realidade da lesão; As fontes causais da responsabilidade, in *Curso...* cit., p. 341-49.

17. "De maneira que ainda agora, temos, bem ou mal, de escolher: ou a continuação da doutrina da *irresponsabilidade*, que se supõe justificada em vista da velha concepção do Estado antigo e medieval; ou abraçar resolutamente a nova doutrina da sua *responsabilidade geral* conforme aos princípios, sobre os quais assenta a moderna ciência. Não compreendemos o Estado com direitos *anteriores* aos dos próprios indivíduos que o compõem" (v. Amaro Cavalcanti, *Responsabilidade civil do Estado*, Rio de Janeiro, 1957, t. 1, p. XIII).

18. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Irresponsabilidade; Responsabilidade civilística; Responsabilidade publicista; Danos causados por servidores públicos; Danos causados por ato legislativo; Danos causados por ato judiciário*, in: *Curso de direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 474-7. No mais: "A irresponsabilidade do Estado, é possível dizê-lo com absoluta segurança, é doutrina destinada a desaparecer. A absoluta irresponsabilidade do Estado está, como já acentuamos, definitivamente proscrita na doutrina" (v. José de Aguiar Dias, *Responsabilidade civil do Estado*, Rio de Janeiro, 1960, v. 2, p. 599-608).

— a dos atos normais, legais, portanto, que exigem reparação de qualquer natureza;

— a dos atos que submetem a Administração ao cumprimento das obrigações jurídicas;

— a dos atos anormais, irregulares, portanto, que ferem a ordem jurídica normativa.

Logo, no capítulo da responsabilidade o que exige avaliação é o ato administrativo em si mesmo e nos efeitos, a fim de que a Administração na sua atividade observe os limites de sujeição aos direitos em face do que possa querer e não possa fazer, já que o interesse público há de corresponder a formulações adjetivadas.

SUMÁRIO:

- 388. Administração × administrados.
- 389. Desdobramento da responsabilidade.
- 390. Responsabilidade por atos ilícitos e lícitos.
- 391. Responsabilidade e direito ressarcitório.
- 392. Sistema jurídico de responsabilidade.
- 393. Responsabilidade direta e não indireta.
- 394. A posição atual nos regimes.

CAPÍTULO XXXIX

Elementos constitutivos da responsabilidade administrativa

388. Administração × administrados

É preciso considerar no problema da responsabilidade, sem o que qualquer análise de juízo conceitual fica insuficiente, o ato administrativo na sua exata expressão de valor jurídico. À semelhança do que se passa no direito privado, o problema da responsabilidade no direito público tem seus elementos constitutivos essenciais.

As posições doutrinárias jamais podem fugir do ato administrativo na sua estrutura, isto é, das relações que ficaram estabelecidas após sua edição, onde de uma parte está a Administração e de outra o administrado, levando a pressupostos como tais:

- da existência, na responsabilidade, do elemento objetivo da violação de um direito;
- da presença, na responsabilidade, do elemento subjetivo agente administrativo;
- da ocorrência de lesões que o ato possa causar em virtude dos efeitos;
- da condição competência exercitada conforme atribuições conferidas e a norma aplicável.

Sem dúvida, os elementos essenciais, constitutivos da responsabilidade, de certa maneira lógica, correspondem na prática aos elementos da responsabilidade civil¹. A diferença, no entanto, está em que as pessoas envol-

1. “Como elementos essenciais, constitutivos da responsabilidade do Estado, devem, pois, concorrer: o elemento objetivo da violação de um direito, o elemento subjetivo da culpa do agente, e a condição, de que o ato argüido se dê no exercício e limites das atribuições conferidas ao respectivo agente” (v. Amaro Cavalcanti, *Responsabilidade civil do Estado*, Rio de Janeiro, 1957, t. 1, p. 195).

vidas possuem qualificações que não se confundem diante da competência e capacidade.

Importa, contudo, saber que o Estado, ou a Administração, é imputável, pois responde por obrigações de suportar riscos, mesmo sem culpa quanto a fatos e atos lesivos². Quem faz a lei, quem subordina-se a princípios mandamentais, a regras de adequado comportamento administrativo, está condicionado às limitações impostas.

389. Desdobramento da responsabilidade

Acontece também que a responsabilidade do Estado, ou da Administração, provém do seu dever de proteção jurídica, sem o qual violenta-se a ordem normativa constituída³. Altamente importante, na responsabilidade, é o estudo material do ato e a eventual lesividade.

Em princípio-tese, no direito *posto*, a responsabilidade *geral* desdobra-se:

- em responsabilidade administrativa *interna corporis*;
- em responsabilidade propriamente *civil*;
- em responsabilidade *penal-criminal*.

Tudo decorre da conduta da Administração e das relações com o administrado. Além dos crimes funcionais comuns existem as infrações administrativas prejudicando as normais relações com os administrados, uma vez que o Estado “é responsável por suas ações”⁴.

Tão responsável é o Estado perante a ordem jurídica, quanto os particulares. Sensível, pelo princípio da responsabilidade, ao dever de reparar o dano e ressarcir-lo⁵. A conduta das pessoas, públicas ou privadas, só tem a proteção da ordem jurídica “dentro dos limites estabelecidos pelas normas”⁶.

Do ato administrativo é que se apura e avalia o tipo de imputação na responsabilidade, embora o controle da legalidade dependa do regime político de cada país⁷. Em matéria de responsabilidade, não são regimes que se discute, mas a decisão administrativa transformada em ato de efeitos executórios.

2. “A responsabilidade incumbente ao Estado pode, segundo a sua origem ou causa, resultar: 1) de uma culpa imputável ao Estado; 2) da obrigação de o Estado suportar o risco; 3) de um fato lesivo, mas não culposo, do Estado” (v. Amaro Cavalcanti, op. cit., t. 1, p. 258).

3. Amaro Cavalcanti, A responsabilidade do Estado provém do seu dever de proteção, in op. cit., t. 1, p. 304-7.

4. “O Estado é responsável por suas ações. Quando elas produzem prejuízos anormais aos administrados, têm obrigação de reparar o dano. Sendo objetiva sua responsabilidade, não importa indagar a irregularidade da causa, nem se houve proveito para a Administração” (v. Luciano Benévolo de Andrade, *Curso moderno de direito administrativo*, São Paulo, 1975, p. 218).

5. Luciano Benévolo de Andrade, Responsabilidade patrimonial do Estado; O dano e sua imputação; O ressarcimento; A ação regressiva, in op. cit., p. 209-18.

6. Rubem R. Nogueira, *Curso de introdução ao estudo do direito*, São Paulo, 1979, p. 178.

7. Rubem R. Nogueira, op. cit., p. 325.

Na verdade, impossível seria, pelo menos no Brasil, atender a disposto constitucional, acaso a responsabilidade não se tipificasse conforme o ato praticado⁸. No seu desdobramento, tendo em exame o ato administrativo, só considerando sua natureza e finalidade, podemos afirmar como responderão as pessoas jurídicas de direito público.

390. Responsabilidade por atos ilícitos e lícitos

Bem avaliando, a responsabilidade no Direito Administrativo não faz simples noção jurídica. É um fato, transformado em ato prejudicial, de alguma maneira lesivo de interesses ou direitos. Dimensiona-se por intermédio de níveis e graus na organização administrativa até alcançar o Estado⁹.

A questão, nos conflitos produzidos em virtude da edição de ato administrativo, não somente envolve a posição jurídica da Administração, mas também a juridicidade formal e substancial inerente à atividade administrativa nas manifestações de interesse público ou nas relações com os particulares¹⁰.

Simplesmente, a Administração não é um poder livre ou liberto. Tal poder e seus poderes reflexos marcam limitações recebidas das fontes constitucionais. Essas *limitações*, na ordem jurídica ou no plano da organização administrativa, é que determinam por consequência a responsabilidade administrativa¹¹.

No fundo, o que está em jogo é a ilicitude ou a licitude do ato administrativo, a sua motivação e a finalidade. A responsabilidade, contudo, nas hipóteses lesivas, não fica sujeita apenas ao interesse público, porque nas lesões provadas a tutela se faz sobre a função e seus titulares.

Aconteça ser o ato *ilícito* e lesivo, a responsabilidade decorre da infringência legal direta da norma, já que o dano jurídico deriva de conduta administrativa inadequada, impondo da prática do ato o “dever jurídico” de ressarcimento¹². O princípio é geral, particularizando-se nos casos concretos.

8. No Brasil, na Constituição, dois pressupostos prevalecem: a) “as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros” (art. 107); b) “cabará ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo” (parágrafo único).

9. Na literatura clássica: Giovanni Salemi, *La cosiddetta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, Milano, 1912; Roger Bonnard, *De la responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents en Angleterre, aux États-Unis, et en Allemagne*, Paris, 1914; Paul Duez, *La responsabilité de la puissance publique*, Paris, 1927; Renato Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1951.

10. Renato Alessi, *L'attività dell'amministrazione pubblica*, in op. cit., p. 73-113.

11. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Responsabilidade estatal administrativa, in *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, cap. 18, p. 339-50.

12. Renato Alessi, *La responsabilità dell'amministrazione pubblica per atti illeciti*, in op. cit., p. 137-8.

Com respeito ao ato *licito* e lesivo, a responsabilidade promana da afetação de direitos ou interesses protegidos, do comportamento administrativo embora adequado trazendo conseqüências danosas, do sacrifício do administrado ante uma decisão que venha ferir situações patrimoniais¹³. O princípio é particular, em face da lei e da vontade pública.

Nos dois casos, de ilicitude ou licitude, os atos administrativos produtores de danos jurídicos resolvem-se pelo ressarcimento indenizatório, ficando a Administração responsável na *medida* do que deve reparar, a fim de que direitos ou interesses fiquem preservados diante da ordem jurídica. O problema é de transformação ou substituição de exatos valores de compensação.

391. Responsabilidade e direito ressarcitório

Evidente que, em face da organização administrativa, em virtude dos regimes e da função pública onde as atribuições são específicas, a responsabilidade, respeitados os modos pelos quais se desdobra, aparece condicionada a único processo, o *direto* estatal¹⁴.

A problemática, na organização administrativa brasileira, tem fonte constitucional. Todas “as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários causarem a terceiros”. Na hipótese flagrante a responsabilidade é direta, porque ainda cabe “ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”¹⁵.

Enfocada tecnicamente, nas distintas manifestações, já que são as normas constitucionais que na origem regulam a responsabilidade estatal, como problema de natureza jurídica só pode ser determinada em conseqüência dos fatos e dos atos administrativos que venham a produzir danos¹⁶.

Alguns pressupostos estão tradicionalmente consagrados no direito comparado, considerando na unidade a vontade do Estado decorrente da própria atividade administrativa:

— o direito ressarcitório fundamenta-se na reparação do patrimônio lesionado;

— o ressarcimento se impõe em razão dos danos concretamente avaliáveis;

13. Renato Alessi, *La responsabilità dell'amministrazione per atti leciti*, in op. cit., p. 218-25.

14. Julio A. Prat, *La responsabilidad del Estado*, in *Derecho administrativo*, t. 4, v. 2, p. 64-5.

15. Constituição, art. 107 e parágrafo único. No Código Civil, arts. 159, 1.522 e 1.525, no tocante à avaliação, quando abrange as pessoas jurídicas ou quando a civil independe da criminal.

16. “É exato que o Estado se institui para ditar atos legítimos, mas também para não causar danos a ninguém ... A responsabilidade do Estado surge por força deste princípio realístico e deve responder por danos que ocasionem os atos e os fatos que emanam de qualquer dos seus órgãos...” (v. Bartolomeo A. Fiorini, *Responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1953).

— o direito pela simples existência do dano fica na relação direta do ato com o prejuízo produzido.

Na verdade, “não se trata de averiguar se existe uma culpa ou uma falta, mas de averiguar a existência do dano produzido pela atividade legítima ou ilegítima do Estado”, pois a causa do ressarcimento se fundamenta na existência de um dano, exigindo reparação ¹⁷.

A relação, assim, em virtude da conexão, é uma relação direta entre o ato e as conseqüências prejudiciais. Irrelevante, portanto, no tocante ao administrado, saber até onde o procedimento público foi legítimo ou ilegítimo.

Na prática, a presença do dano está *in casu* na relação direta, não persistindo dúvida que nos prejuízos que advêm de atos administrativos a responsabilidade ressarcitória é diretamente do Estado, pois pelo direito ressarcitório o que se pretende é reparar a lesão sem aferir por dispensável a culpabilidade.

392. Sistema jurídico de responsabilidade

Há, portanto, que destacar, nos regimes administrativos, um *sistema* jurídico de responsabilidade, colocando princípios nas relações administrativas, estabelecendo regras de controle interno e externo, igualando partes nos conflitos entre a ação administrativa e os direitos ¹⁸.

A bem verificar, nos sistemas de responsabilidade, os elementos constitutivos da responsabilidade administrativa, quando não se identificam aparecem semelhantes ou assemelhados, diante de dois simples postulados:

— o que se refere ao ato administrativo na sua eficácia de efeitos lesivos;

— o que se refere a lesões não obstante atividade administrativa normal ou permitida.

Exercitado o ato, realizada a atividade, nos elementos essenciais constitutivos da responsabilidade inserem-se os atributos que qualificam o direito ressarcitório, a saber:

— a certeza jurídica com respeito aos danos produzidos, isto é, aparecendo para haver responsabilidade, o dano como *certo*, atual ou futuro;

— a vigência de normas que hajam consagrado situações jurídicas protegidas, ou seja, que não permitam atuação administrativa sem a devida reparação.

17. “A velha forma civilista de que não há indenização se não existe culpabilidade transforma-se, no Direito Administrativo, pela regra de que todo dano ocasionado pelo Estado deve ser ressarcido. O Estado deve respeitar e garantir a existência dos direitos individuais, devendo ressarcí-los quando ele mesmo os vulnera” (v. Bar-tolome A. Fiorini, op. cit., t. 2, p. 1115).

18. Leonard D. White, The system of responsibility; Administrative responsibility; Judicial control of administrative action, in *Introduction to the study of public administration*, New York, 1942, p. 561-79.

Já hoje não se pode dizer que apenas os prejuízos reais e apreciáveis materialmente possam ser reparados. Os prejuízos futuros ou morais também podem trazer elementos constitutivos de responsabilidade¹⁹. Como o prejuízo deriva do ato administrativo, não é a lei e nem a norma que fica atingida, mas o direito ou o interesse protegidos.

A questão de quem responde ou é simplesmente responsável não tem maior importância jurídica na relação administrativa porque:

— é responsável o Estado, isto é, responsável em face do princípio geral dominante da responsabilidade administrativa estatal;

— subsidiariamente, ante a Administração, quem haja motivado a lesão levando o Estado à obrigação de ressarcir.

Pelo exercício da função na organização administrativa, representada a Administração no plano dos serviços a prestar, os atos públicos fundados em lei pertencem à função e não a quem está no eventual exercício dela²⁰. Ao agente responsável em nome do Estado, externamente não cabe a obrigação de reparar a lesão causada.

A responsabilidade, na sua constituição e pelos elementos que a constituem, será sempre somente do Estado. Excluindo-se a responsabilidade pessoal do funcionário caso o ato danoso venha cometido no exercício da função. Jogar a responsabilidade para cima do funcionário será o mesmo que voltar à teoria da irresponsabilidade estatal.

393. Responsabilidade direta e não indireta

Em primeiro plano está a responsabilidade direta da Administração, pois “na generalidade dos casos a reparação dos prejuízos ocasionados pela atividade administrativa deve reclamar-se da Administração, não dos seus funcionários”²¹.

19. Os atos de readmissão ou de reintegração de funcionários são atos reparadores que podem surgir como atos puramente morais. Efetivamente, conforme as situações, podem resultar em indenização, porque proventos devidos na reparação constituem direito interrompido. Outra é a situação nos casos expropriatórios. No geral, o problema jurídico a ser equacionado dirige-se à natureza da lesão. Ato e lesão fazem figuras afins no direito ressarcitório.

20. É bom não confundir aqui a responsabilidade disciplinar com a responsabilidade estatal administrativa pela prática de atos administrativos. Uma é interna e a outra externa. Duas bem distintas são as colocações: a) uma do Estado respondendo quanto a administrados prejudicados; b) outra dos funcionários respondendo diante da Administração.

21. Enrique Sayagués Laso aponta esse como o sistema que predomina na Alemanha, na Itália e no Brasil (v. *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, t. 1, p. 615). Todavia, no direito estrangeiro, as colocações embasam indicações constitucionais. Consulte-se, na França: Maurice Hauriou, Roger Bonnard e Marcel Waline; na Itália: Guido Zanobini e Renato Alessi; na Espanha: Garcia Oviedo e Entrena Cuesta; na Alemanha: Otto Mayer e Fritz Fleiner. Vale, no sentido da responsabilidade, duas antigas lições de Ludwig Spiegel, mestre de Praga: a) “o direito se resolve em direitos; b) “as situações jurídicas, *status*, se consideram como direitos” (v. *Derecho administrativo*, trad. esp., Barcelona, 1933, p. 155). Aqui uma

Efetivamente, só atos jurídicos prejudiciais são suscetíveis de provocar responsabilidade. Ao analista do ato-fato cabe reduzir o problema da responsabilidade a um único, o da responsabilidade direta. As demais implicações, quanto a funcionários, envolventes de culpa ou dolo, dizem somente com a Administração ²².

O importante não é a culpa administrativa, mas o ato administrativo lesivo. Saber a quem compete responder pelos danos diante da presença de ato administrativo prejudicial, ou seja, saber em nome de quem ou com que representação adotou-se decisão violatória de direitos ou interesses.

Havendo prejuízos, danos provocados, não procede verificar a existência de culpa imputável à Administração. Se nas hipóteses “de encargos e sacrifícios de bens ou direitos por atos administrativos praticados ao abrigo da lei ou por fatos técnicos lícitos” o Estado responde, também há de responder por atos apenas fundados na vontade administrativa ²³.

Fica estranho, no ordenamento jurídico e na organização estatal administrativa, deixar sem resposta qualquer tipo de lesão aos administrados sob a alegação de responsabilidade civil ou criminal de funcionários, tornando irresponsável o Estado quando a questão é simplesmente de concreta e provada lesividade pública.

394. A posição atual nos regimes

A posição, ainda atual nos regimes, não é outra que esta: “O Estado, que haja indenizado voluntariamente ou em consequência de sentença condenatória, pode responsabilizar o funcionário culpado se assim apreciar conveniente”, mas “o funcionário retém o direito de comprovar que não incorreu em responsabilidade alguma” ²⁴.

Repetimos que o avaliável na responsabilização não é a posição do Estado e sim o ato administrativo lesivo. Na verdade, a discussão não se fixa em torno da pessoa que editou a decisão danosa, porém na própria decisão considerada na eficácia e devidos efeitos.

advertência de *Rafael Bielsa*: “a responsabilidade indireta é inaplicável ao Estado, porque, em todos os casos, a culpa *in eligendo* ou a culpa *in vigilando* que constitui o fundamento do art. 1.113 do Código Civil deveria responsabilizar aos funcionários que elegem ou nomeiam maus empregados ou não os vigiam” (v. *Estudios de derecho público*, Buenos Aires, 1962, t. 4, p. 323).

22. No tocante à responsabilidade, a atividade da Administração “tanto pode traduzir-se em atos jurídicos, como em fatos, voluntários ou não” (v. Marcelo Caetano, *Princípios fundamentais do direito administrativo*, Rio de Janeiro, 1977, p. 537).

23. “A Administração Pública assume, também, o dever de indenizar os encargos ou prejuízos impostos aos cidadãos cujos direitos ou interesses legítimos tenham de ser sacrificados, ao abrigo da lei, em benefício da coletividade” (v. Marcelo Caetano, op. cit., p. 544). Todavia, sabemos que o difícil é precisamente avaliar o chamado “benefício da coletividade”. Sendo assim, em face da ordem jurídica, para o equilíbrio nas relações jurídicas, muito melhor será fazer respeitar o princípio da responsabilidade direta.

24. Fritz Fleiner, *Instituciones de derecho administrativo*, trad. esp., Barcelona, 1933, p. 229.

Questões secundárias na mecânica administrativa constituem as que adentram a vontade estatal a fim de explicar que os agentes administrativos (funcionários) são responsáveis segundo as leis penais ou civis pelo exercício de atos realizados com violação do direito ²⁵.

O fato, na relação jurídica que apareça contenciosa, é de exame do ato e de avaliação dos danos indenizáveis. Nada mais. A procedência do ato não apresenta importância fundamental, considerado o Estado na sua unidade. *Unidade* esta que não desconstitui os elementos da responsabilidade, seja quanto a atos legislativos ou judiciais.

25. Traga-se à colação, Julio A. Prat, comentando a posição de Renato Alessi, em face do disposto no art. 28 da Constituição Italiana de 1948, que não eliminou a responsabilidade direta da Administração (op. cit., t. 4, v. 2, p. 45). No Brasil, "o que o texto constitucional faz é pressupor a responsabilidade do Estado, assim que se defina a do funcionário. Num regime de honesta condução das coisas públicas, a administração segura os administrados contra os atos ilícitos dos funcionários" (v. José de Aguiar Dias, *Responsabilidade civil do Estado*, Rio de Janeiro, 1960, v. 2, p. 621-629).

SUMÁRIO:

- 395. Ato estável e responsabilidade.
- 396. Ato perfeito e ato estável.
- 397. Vontade administrativa, culpa e risco.
- 398. Responsabilidade e direitos assegurados.
- 399. Questão legal e constitucional.
- 400. Extensão da responsabilidade estatal.

CAPÍTULO XL

Responsabilidade no plano geral da atividade administrativa estatal

395. Ato estável e responsabilidade

Na ordem jurídica é saudável o pressuposto de que o ato administrativo *perfeito* não conduz fatores lesivos, a não ser naqueles casos previstos por lei quando impõe encargos aos administrados ou limitações aos direitos¹.

Contudo, para aferição da responsabilidade, o importante, para o hermenêuta, reside em estudar a perfeição do ato:

- no momento em que fica apto a produzir efeitos;
- em termos de eficácia com respeito aos aspectos executórios.

Passa a lesivo, senão do administrado, porém da ordem jurídica, o ato administrativo subordinado a condição suspensiva ou que necessite para consumar-se de outro ato jurídico capaz de dar legitimidade ao anterior². Pendente, por motivo de condições, pela sua prática pode gerar responsabilização.

1. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Domínio público e bens públicos; Polícia e poder de polícia; Limitações ao direito de propriedade, in *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 1979, p. 247-63 e 313.

2. “Uma vez perfeito, o ato administrativo está apto a produzir os seus efeitos, a menos que a sua eficácia esteja subordinada a condição suspensiva, a termo inicial ou, mesmo, à produção de um outro ato jurídico, administrativo ou não, tudo conforme o tenha estabelecido a lei (*conditio juris*), ou em casos específicos, à vontade da autoridade administrativa (*conditio facti*). Então, se a eficácia não coincide com a perfeição, diz-se *pendente* o ato” (v. Lafayette Pondé, O ato administrativo, sua perfeição e eficácia, *RDA*, 29:20, 1952).

O problema, como se coloca, na relação administrativa, é de função e atribuições, de cumprimento do exigível e de competência também conforme a finalidade. A perfeição, portanto, está em que quando perfeito o ato administrativo resguarda o Estado e a Administração nas repercussões de responsabilidade³.

O conceito de ato administrativo *estável*, este sim por ele mesmo evita a responsabilização, pois “a força material da estabilidade serve ao interesse do destinatário, protege uma situação jurídica que ficou garantida (ato administrativo *favorável*) ou legítima obrigação imposta (ato administrativo *oneroso*)”, prevenindo princípios jurídicos de proteção dos direitos⁴.

Dada a natureza do ato, estável ou possuidor de estabilidade, acontecendo outros atos posteriores extintivos, a anulação ou a revogação constituem medidas anormais ou excepcionais, auto-responsabilizando a Administração que officiosamente não pode distinguir atos administrativos regulares.

Não estivesse o princípio geral da responsabilidade no vértice da pirâmide da ordem orgânica constitucional, *vértice* de onde partem normas pre-determinadas e regras de competência originária, não seria fácil dizer da responsabilidade da Administração a não ser quando os atos viessem maculados de nulidades.

396. Ato perfeito e ato estável

O ato perfeito é *estável*, conquanto o estável possa não ser *perfeito*. No entanto, no tocante à responsabilidade, a questão posta é que ambos os atos de tal maneira definidos produzem reais efeitos, deixando tais efeitos *intocáveis*. Todavia, a Administração sempre tem em mãos medidas adequadas de comportamento ressarcitório.

Certamente, a questão aqui da responsabilidade repousa no interesse público. Entretanto, mesmo o interesse público sendo atual, ainda assim o Estado nada pode impor unilateralmente⁵. A obrigação de indenizar ou de reparação dos prejuízos presume imputabilidade, senão ao menos garantias legais.

O que se pretende, longe dos ociosos debates doutrinários, é a avaliação concreta do ato administrativo, os efeitos da responsabilidade em razão dos

3. “O exato sentido da *perfeição* do ato administrativo não é uma questão acadêmica: tem relevante repercussão nos problemas de direito intertemporal” (v. Lafayette Pondé, op. et loc. cit., p. 21).

4. José Roberto Dromi, Revocación administrativa por razones de ilegitimidad, *Jurisprudencia Argentina*, 5070:9, Buenos Aires, 1978.

5. Merece lembrança, por bastante momentosa, a opinião de Rafael Bielsa: “Sou dos primeiros a reconhecer que é necessário sancionar leis que em caso de dano injusto causado pela Administração a um particular, se atribua a este o direito de reparação patrimonial, isto é, leis sobre a responsabilidade do Estado” (v. *Estudios de derecho publico*, Buenos Aires, 1962, t. 4, p. 375). Ainda Bielsa: “O indubitável é que a questão jamais se resolve colocando frente a frente opiniões doutrinárias. Isto é próprio de escolares que visam as etiquetas das doutrinas...” (op. cit., t. 4, p. 378).

efeitos do ato, ou seja, o ressarcimento do dano causado como dever essencialmente jurídico, porém distante da alegação de caso fortuito ou de força maior ⁶.

Os critérios, do risco ou da culpa, não invalidam os efeitos do ato perfeito ou estável. Não é por meio da lei, da boa aplicação da norma que o Estado possa, na atividade administrativa mesmo normal, produzir lesividade. Os danos praticados, intencionalmente ou não, merecem avaliação porque exigem pronta reparação legal.

Evidente que, no capítulo da responsabilidade, não cabe ao hermeneuta avaliar senão os prejuízos produzidos, quer o ato seja estável, perfeito ou regular, como seja irregular ou ilegítimo. O problema, em si, não é só um problema de lei, mas sobretudo de lesão a interesses ou direitos.

Já que na prática constitucional a doutrina do abuso de direito ou poder é aplicável ao Estado e por consequência à Administração, “o Estado não se pode considerar dispensado da norma jurídica” e nem imune na qualidade de pessoa jurídica de “responder pelos próprios atos”, tal e qual sucede com os administrados ⁷.

O que merece censura, nas teorias do risco ou da culpa, é que não chegam ao exame do ato administrativo que tem de ser objetivamente considerado. Em qualquer plano da atividade administrativa, “a responsabilidade não é senão resultado do descumprimento de obrigações, dando lugar a aplicação de sanções” ⁸.

Os efeitos do ato traduzido em sanções dizem na responsabilidade estatal administrativa apenas com o próprio ato quando na eficácia produz lesividade. Com as sanções restitutivas compõe-se o direito ressarcitório. Não importa a natureza do ato e sim a natureza do dano. O valor *dano* ligado ao dever de não lesar.

Acontecido o ato, regular porém lesivo, é inegável que na *vontade de fazer* vamos encontrar o *risco* e principalmente a *culpa*, “embora o ato querido possa ser apreciado como legítimo” o que se deve atender são as consequências, isto é, os efeitos carreando lesão ⁹. A lesão provocando responsabilidade.

Em face do direito ressarcitório, nos atos perfeitos ou regulares, estáveis ou normais, o ponto de maior interesse está em saber:

- se foram editados contrariamente ao direito;
- se foram exercitados conforme o direito.

6. Renato Alessi, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1951, p. 213-14.

7. José de Aguiar Dias, *Responsabilidade civil do Estado*, Rio de Janeiro, 1960, v. 2, p. 598.

8. G. Marton, *Les fondements de la responsabilité civile*, Paris, 1938, p. 273.

9. Giovanni Salemi, *La cosiddetta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*, Milano, 1912, p. 46.

Na primeira hipótese a ilegalidade é flagrante e nada se discute. Na segunda faz valor jurídico ponderado a responsabilidade pela edição. Todas as demais questões são irrelevantes. Em razão dos efeitos, o risco e a culpa como critérios insuficientes desaguam na lesão e na legitimidade da reparação.

397. Vontade administrativa, culpa e risco

Não se pode abstrair da vontade administrativa para aferição do erro no comportamento da Administração. Excluir o fator *vontade consciente* será o mesmo que admitir a irresponsabilidade estatal. O ato administrativo, *in abstracto*, não participa do mundo jurídico. Efetivamente não há possibilidade de qualificação da responsabilidade a não ser partindo do ato concreto.

A responsabilidade tem fundamento na lesão produzida, não na culpa e nem no risco. Sem dúvida não há como definir o risco ou a culpa sem conhecimento da noção de dever administrativo¹⁰. Já que o elemento gerador da sanção vem jungido ao ato administrativo, infundamentam-se os argumentos contrários ao direito ressarcitório.

Nesse ponto é insustentável no direito público querer procurar as bases da responsabilidade estatal na culpa ou no risco. Concepções *morais*, no direito privado, fazem certeza jurídica. No Direito Administrativo, trazem incerteza nas controvérsias doutrinárias. Podem, até certo ponto, refletir vícios de vontade.

O fundamento genérico da responsabilidade estatal administrativa decorre objetivamente da natureza da lesão produzida. Pode a Administração não prever as conseqüências de um ato público, mas por ele tem de responder diante dos efeitos lesivos. A regra na prática, sem dúvida, sem maior exame, não retrata especulações teóricas.

A indenização avaliável e o princípio da responsabilidade direta do Estado, “nada tem a ver com as restantes responsabilidades que podem ocorrer com o funcionário público”, pois submete a Administração “em todos os casos de evento danoso causado a terceiros por ato ou fato administrativo”¹¹.

Daí porque o conhecimento do ato lesivo do ponto de vista positivo, desnecessitando de texto expresso conduz à responsabilidade direta, ficando para avaliação a reparação dos danos que haja causado. A idéia de culpa ou risco não altera *in casu* e de plano relações em face da eficácia e de normas anteriores.

Na sua autonomia de vontade, a Administração, quando age adotando medidas administrativas, impõe a si própria rigores legais na infinidade das

10. “Efetivamente, não há possibilidade de definir a culpa sem partir da noção de dever” (v. José de Aguiar Dias, op. cit., v. 1, p. 148).

11. Julio A. Prat, La responsabilidad del Estado, in *Derecho administrativo*, Montevideo, 1978, t. 4, v. 2, p. 65.

áreas onde intervém, tornando improváveis a culpa ou o risco em nome do interesse público. O prejuízo, excepcional ou não, tanto surge da atividade ilícita como do ato lícito¹².

Já que o ato administrativo como ato jurídico constitui manifestação de vontade *direta* a produzir determinado efeito, *direta* também deve ser a responsabilidade pelo exercício da função administrativa nos casos em que a tutela do interesse público opere vulnerando direitos ou outros interesses. Só permanece um valor de conhecimento: o da efetividade da lesão sofrida.

398. Responsabilidade e direitos assegurados

As divergências nas colocações doutrinárias, quando falam de risco integral, simples risco ou culpa, alinhadas conforme pressupostos que apenas prestigiam potestades, chegam nas hipóteses para não negar e sim afirmar a responsabilidade estatal, embora os critérios apareçam fundados em teorias consideradas classificatórias¹³.

Contudo, dois aspectos, na análise da responsabilidade estatal administrativa, devem ser observados com realismo jurídico:

— o *teórico* no tocante aos sistemas de garantias impondo à Administração “o dever de indenizar quando causar prejuízos na esfera jurídica”;

— o *prático* com respeito “às proporções do atual intervencionismo administrativo” colocando “em quase permanente situação de risco” os administrados¹⁴.

Conhecido o dever administrativo de ressarcir, entre o sujeito ativo e passivo da responsabilidade, evidentemente que o ato lesivo, como manifestação danosa advinda do exercício da função, harmoniza os aspectos teóricos e práticos que se assimilam criando a figura bastante comum da *indenização*¹⁵.

12. Não é necessário que a atividade dela (Administração) ou só do seu agente seja lícita, já que pode exteriorizar-se (a responsabilidade) em atos lícitos (v. Julio A. Prat, op. cit., t. 4, v. 2, p. 71).

13. Na doutrina, para estudo das colocações doutrinárias, consulte-se: Renato Alessi, *Principi della responsabilità civile nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1956; Renée Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, Paris, 1957; Graciela Reiriz, *La responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, 1969.

14. Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, 1970, p. 620.

15. No nosso entender, quatro hoje são os elementos que conceituam a responsabilidade estatal administrativa: a) o dano material pecuniariamente avaliável; b) o dano moral nas projeções concretas; c) o dano legítimo ou ilegitimamente ocasionado; d) o dolo, a culpa ou a negligência do agente-autor. Não é aceitável, em termos de garantias asseguradas, a tese endossada por *Stefano Rodotà* de que todo o dano, não fundado numa conduta culpável e antijurídica, não deve ser indenizado porque se trata de um dano fatal e inevitável (v. *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 20). A tese serve ao direito privado, não ao Direito Administrativo. Da mesma maneira, a força maior e o caso fortuito não correspondem a pressupostos que possam irresponsabilizar o Estado tutelador de direitos ou interesses.

As dimensões alcançadas, diante das transformações sofridas pelo direito público, no tocante ao problema da responsabilidade, valorando posteades, não deixam entretanto margem para que direitos assegurados sejam violentados com a prática de atos administrativos materialmente danosos na eficácia e nos efeitos.

O Estado, em termo simples, sujeito ativo no exercício do ato, fica sujeito passivo quando chamado à responsabilidade, de autor do ato passa a réu nas situações lesivas, quer no plano interno da Administração quer nas esferas de controle externo¹⁶. Esta não é uma questão só de regimes, mas também de ordem e ordenamento jurídicos.

Nos dois planos em que a Administração realiza atividades de governo, a nível puramente administrativo ou naquele onde busca a colaboração do particular, a responsabilidade estatal assume idênticas posturas jurídicas, dependendo para concretar-se do cumprimento dos deveres legais ou das obrigações pactuadas.

399. Questão legal e constitucional

Contratual, extracontratual, legislativa, judicial ou simplesmente administrativa, a responsabilidade estatal reflete poderes jurídicos, atos e pressupostos fáticos¹⁷. No entanto, o que está em análise é a responsabilidade administrativa direta do Estado, da Administração. Não de prepostos.

O primeiro problema plantado vem do direito positivo privado, ou seja, das leis e Códigos Civis que em matéria de responsabilidade estabelecem linhas determinantes de exato comportamento e que dizem também com as pessoas jurídicas de direito público.

16. Verificada a existência do ato administrativo prejudicial, equacionado o problema de que a reparação é devida, posto em relevo o princípio geral de que o dano *certo* alcançou pessoas ou coisas, a legitimidade do interesse na base de qualquer ação reparatória pertence aos que sofreram prejuízos patrimoniais de qualquer natureza. Nas relações jurídicas que ficam estabelecidas entre o ato administrativo lesivo e as pessoas lesadas, no direito ressarcitório as posições orientam duas inconfundíveis situações: *a*) a que sucede do ato violador ou causador de prejuízos provados; *b*) a que transforma o autor de tal ato em responsável pelos efeitos danosos. No direito público, sem dúvida, a questão não apresenta dificuldades mais sérias, pois as hipóteses induzem à convicção de que constituída a lesividade, dois sujeitos aparecem na relação: *a*) o Estado, ou a Administração, como sujeitos passivos; *b*) o administrado, ou o particular, como sujeitos ativos. É claro, portanto, que, na apreciação dos danos, venham os mesmos ligados à natureza do ato administrativo, às circunstâncias que levaram a Administração a responder por uma atuação cujos efeitos conduziram à obrigação reparatória. Enfim, à obrigação de indenizar em face do direito ressarcitório.

17. A este estudo, que visa os atos administrativos, não interessa analisar a responsabilidade contratual, geradora de acordos mútuos. Nem a legislativa ou a judicial. Entretanto, com respeito aos atos praticados *interna corporis* pelos poderes, as questões como já verificamos apresentam as mesmas perspectivas conceituais. A responsabilidade por ato judicial, ou a responsabilidade por ato legislativo fazem capítulo à parte na apreciação da responsabilidade administrativa.

O segundo não chega a ser um problema a equacionar, já que a responsabilidade é sempre direta e os enfoques apenas convergem como na avaliação não pode deixar de ser para a reparação dos danos causados. Não obstante, a questão é além de tudo também constitucional¹⁸.

Não cabe ao administrado vítima do ato lesivo saber quem está por trás do Estado no exercício da função administrativa. Logo, fica insustentável defender o direito regressivo contra funcionários, no direito público como responsabilidade indireta. O que há diz que a responsabilidade é direta, nunca indireta¹⁹.

Isto posto, resta reconhecer que “não há dúvida que o Estado é sempre responsável diretamente pelos danos que causar ou indiretamente pelos danos causados por órgãos e agentes”²⁰. A expressão *indiretamente* equivale na relação à responsabilidade *direta* uma vez que a Administração responde por quem a representa no exercício da função.

Não falando de momentos excepcionais, no campo geral da responsabilidade pública, principalmente da responsabilidade administrativa, “não prevalecem mais apenas as construções teóricas, mas as situações positivas ou negativas de responsabilização estatal”²¹. O que importa, repetimos, no direito moderno, é a natureza da lesão produzida.

18. No Brasil: Constituição (art. 153, §§ 20 e 21, ilegalidade ou abuso de poder); Código Civil (arts. 159, 1.518, 1.532 e 1.553). A importância reside em distinguir a responsabilidade pública da privada, o ato administrativo do particular. Mas a regra informadora, na espécie (CC, art. 15), admite a regressividade contra os causadores do dano. V. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *O controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário, Arquivos do Ministério da Justiça*, Rio de Janeiro, 137:80-8, 1976.

19. “A importância de que o funcionário sofra também as consequências pecuniárias do seu fato danoso é decisiva, pois isto constitui um elemento fundamental para fixar limites concretos à negligência e arbitrariedade eventuais das autoridades públicas” (v. Agustín A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1974, t. 2, p. XX-26).

20. “Passou a época, em face das garantias jurídicas hoje consolidadas, que o violar a lei agentes da Administração ou agentes administrativos *não representam o Estado*; quanto à tese da irresponsabilidade estatal praticamente inexistente no mundo contemporâneo em virtude da proclamada supremacia da lei; qualquer das teorias lembradas não escondem o problema da responsabilidade na sua peculiar natureza administrativa, envolvendo de uma ou de outra maneira o próprio Poder Público” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso...* cit., p. 340).

21. “A culpa é fundamento adequado à responsabilidade individual, não o fundamento preciso para avaliar-se a responsabilidade pública, do poder administrativo; é insuficiente para atender reclamos derivados de atuação ilegal ou ilegítima da Administração, quer se trate de atos lícitos ou ilícitos. O acidente, problema de serviço público, do mau funcionamento de serviços, de execução contrária aos preceitos normados, nada diz com o administrado, pois é matéria que pelo seu conteúdo só interessa à Administração. A do risco, mais aproximada da realidade, tende a compor os prejuízos restabelecendo determinada ordem atingida em consequência da atividade administrativa, aplicando-se severamente a regra da responsabilidade a fim de que a Administração atue com eficácia a exação” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso...* cit., p. 340-1).

Tenhamos como de evidência jurídica: se não é fácil na maioria das vezes qualificar a culpa ou o risco, não é difícil provar danos ocorrentes nem apontar os responsáveis pelos atos administrativos danosos. Resta ao hermenauta examinar o ato e do exame concluir pelo mau procedimento lesivo imputável.

Duas situações são as bastantes para caracterizar a responsabilidade estatal administrativa:

— a do dano-prejuízo provado e concreto como condição originária essencial da responsabilidade;

— a da norma estabelecendo conduta que obriga a todos os agentes administrativos e da administração.

Todavia, a responsabilidade estatal administrativa para ser real e ganhar existência, depende necessariamente do vínculo entre o ato público e o dano causado, a fim de que o dano imputável surja como decorrência direta ou inevitável da atuação geradora de prejuízos patrimoniais de qualquer natureza.

400. Extensão da responsabilidade estatal

O que fica em exame de avaliação jurídica é tão-somente o ato administrativo lesivo. Não teorias que na prática não correspondam a fatos resultantes de atos prejudiciais. O ato lesivo, lícito ou ilícito, provocando a ocorrência de lesões patrimoniais, impõe reparação conforme as sanções prescritas na ordem jurídica ²².

O Direito Administrativo moderno há de repudiar muito breve as posições teorizantes que outra coisa não fazem que irresponsabilizar a Administração. Todas elas assentadas em valores psicológicos para justificar a vontade manifestada, isto é, a intenção de não produzir lesões embora a realidade demonstre o contrário.

Ademais, o exemplo jurisprudencial, no tocante à responsabilidade estatal, tem evoluído no sentido de modificar “a doutrina da imunidade governamental” ²³. Evolução que, nos diferentes regimes, afiançam preocupação pelos direitos individuais. E com esta preocupação, o conhecimento do que a Administração exatamente quer.

Tendo como verdade nos regimes jurídicos que a Administração realiza atividades dentro da Constituição e das leis, a atuação que vem *infra legem* ou submetida ao direito não acoberta hipóteses de culpa, risco ou falta em serviço, comprometendo interesses ou direitos.

22. “Na verdade, as obrigações legais fazem-se coordenadas e conjuntas quando da prática de um ato administrativo; o Estado fica conseqüentemente responsável perante terceiros prejudicados; o funcionário, órgão ou serviço, perante o Estado” (v. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Curso...* cit., p. 350).

23. “Um estudioso do Direito Administrativo americano, voltado para o estudo da responsabilidade do Estado, deve observar primeiro os estatutos legais que modificaram a doutrina da imunidade governamental” (v. Bernard Schwartz, *An introduction to american administrative law*, London, 1962, p. 235).

O fundamento, por essa razão, da responsabilidade administrativa, projeta-se na reparação dos prejuízos provocados, embora a doutrina clássica ainda continue influenciando para a manutenção de pressupostos psicológicos contra fatos concretos evidentes na prática dos atos administrativos.

Entretanto, o problema da adequada conduta administrativa, tão certo, é o princípio geral da responsabilidade, que se estende a toda atividade estatal. Não somente se reduz a Administração, aconteçam os atos serem legítimos ou ilegítimos ²⁴.

Não há como querer que o “problema da responsabilidade estatal mantenha-se limitado ao poder administrativo, não obstante os critérios não sejam uniformes ou universais” ²⁵. Razões de ordem constitucional orientam a problemática para entendimento mais amplo consoante a origem e a natureza das lesões.

Os princípios reparatórios, pertencendo ao direito ressarcitório, diante de maior conhecimento das relações jurídicas, em face da necessidade legal da proteção dos direitos ofendidos, possuem respeitabilidade constitucional, rigores que a atividade geral administrativa não pode comprometer nos regimes juridicamente ordenados.

No tocante aos atos administrativos, responsabilidade estatal administrativa chama-se *responsabilidade reparatória*. Desde que hajam danos provados ou prejuízos patrimoniais, muito embora as normas aplicadas normalmente na licitude produzam efeitos lesivos.

24. Não somente se reduz aos agentes administrativos porque envolvem os danos causados por sentenças e atos processuais prejudiciais, “como os provenientes de leis válidas e leis inconstitucionais” (v. Bartolome A. Fiorini, Extensión de la responsabilidad a toda la actividad estatal, in *Manual de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1968, t. 2, p. 1095-6).

25. “Deve analisar-se a responsabilidade por atos e fatos de toda atividade administrativa do Estado, incluindo-se no capítulo correspondente atos, fatos, coisas ou agentes que integram o Poder Administrativo, o Judicial e o Legislativo” (v. Bartolome A. Fiorini, *Manual* cit., t. 2, p. 1096).

Índice dos autores citados

PRIMEIRA PARTE

Capítulo I: Recaredo F. de Velasco — Ugo Forti — Arnaldo de Valles — Umberto Fragola — Michel Stassinopoulos — Maria Rivalta — Manuel Maria Diez — J. Cretella Júnior — Agustín A. Gordillo — Julio A. Prat — Régis Fernandes de Oliveira — Juan Carlos Cassagne — H. W. R. Wade — Miguel S. Marienhoff — L. Auby — Bartolome A. Fiorini — E. Sayagués Laso — Maurice Hauriou — Gaston Jèze — Rafael Bielsa — André de Laubadère — Jean Rivero — Massimo Severo Giannini — Aldo M. Sandulli — Marcel Waline — R. Entrena Cuesta — Georges Vedel — Renato Alessi — Jaime Vidal Perdomo — Carlos Garcia Oviedo — Oreste Ranelletti — Guido Zanobini — Ernst R. Forsthoff — Fernando Garrido Falla — Leon Duguit — José Garcia Trevijano Fos — Pietro Bodda — Aurelio Guaita — Gabino Fraga — Francis Paul Bénéoit.

Capítulo II: Julio A. Prat — Georges Vedel — Gabino Fraga — Francis Paul Bénéoit — Régis Fernandes de Oliveira — André Buttgenbach — Manuel Maria Diez — André Gonçalves Pereira — Juan Carlos Cassagne — Miguel S. Marienhoff — Hely Lopes Meirelles — Fernando Garrido Falla — Marcelo Caetano — Bartolome A. Fiorini — Rafael Entrena Cuesta — José Carlos Souza Silva — Rogério Guilherme Ehrhardt Soares.

Capítulo III: Rafael Entrena Cuesta — Bartolome A. Fiorini — Massimo Severo Giannini — Themistocles Brandão Cavalcanti — Renato Alessi —

Enrique Sayagués Laso — Recaredo F. de Velasco — J. Cretella Júnior — André Gonçalves Pereira — Gaston Jèze — Leon Duguit — Leonard D. White — W. F. Willoughby — Marcel Waline — Jaime Vidal Perdomo — Rogério Guilherme Ehrhardt Soares.

Capítulo IV: Maurice Hauriou — Hely Lopes Meirelles — Enrique Ruiz Vadillo — Enrique Sayagués Laso — Agustín A. Gordillo — J. Cretella Júnior — E. Laferrière — Gaston Jèze — V. E. Orlando — Gabino Fraga — Mario Masagão — Rafael Entrena Cuesta — Guido Zanobini — Ernst Forsthoff — Julio A. Prat — Recaredo F. de Velasco — Raffaele Resta — Benjamin Villegas Basavilbaso — Juan Carlos Cassagne — Bartolome A. Fiorini — Ascencio Ezquiaga — Henri Welter — J. T. Delos — Guido Falzone — Silvio Lessona — Nino Nava — Lon L. Fuller — Diogo de Figueiredo Moreira Neto — Marcelo Caetano — R. Bullrich — Paul Duez — Renato Alessi — René Chapus — Carlos A. Pareja — Julio Isidro Altamira Gigena — Amaro Cavalcanti — Onofre Mendes Júnior — José de Aguiar Dias — Juan E. Palma Jara.

SEGUNDA PARTE

Capítulo V: Rafael Entrena Cuesta — Jesus Luis Abad Hernando — Charles Debbasch — Pedro Delfino — Juan Carlos Cassagne — Domenico Mariani — Georges Vedel — Franz Meyer — Garcia Trevijano Fos — Giorgi Berti — Giusippino Treves — Martínez Useros — Julio A. Prat — Marcelo Caetano — Recaredo F. de Velasco — Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — Enrique Sayagués Laso — Rogério Guilherme Ehrhardt Soares.

Capítulo VI: Dario Foligno — Georges Teissier — Gaston Jèze — J. Cretella Júnior — Juan Carlos Cassagne — Bartolome A. Fiorini — Rafael Bielsa — Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — Oreste Ranelletti — Renato Alessi.

Capítulo VII: Renato Alessi — Themistocles Brandão Cavalcanti — Recaredo F. de Velasco — Juan Carlos Cassagne — Marcelo Caetano — Julio A. Prat — Rafael Arnanz — Jean Rivero — Miguel S. Marienhoff — Diogo de Figueiredo Moreira Neto — Massimo Severo Giannini — Umberto Fragola — Pietro Bodda — Maria Rivalta — Bartolome A. Fiorini — André Gonçalves Pereira.

Capítulo VIII: Recaredo F. de Velasco — Alcino de Paula Salazar — Arnaldo de Valles — J. Cretella Júnior — Manuel Maria Diez — Fernando Henrique Mendes de Almeida — Agustín A. Gordillo — Themistocles Brandão Cavalcanti — José Roberto Dromi — Régis Fernandes de Oliveira — Paul Duez — Juan Carlos Cassagne — Ugo Forti — André Gonçalves Pereira — M. Seabra Fagundes — Fernando Garrido Falla — Raffaele Resta — Julio A. Prat — Umberto Fragola — Alberto Ramon Real — Maria Rivalta — Renato Alessi — Bartolome A. Fiorini — Dario Foligno — Raffaele Jusso — Roberto Lucifredi — Michel Stassinopoulos — Maurice Hauriou — Otto Mayer — Santamaria de Paredes — Gaston Jèze — Ra-

fael Aliberti — Paul Laband — Leonard D. White — H. Moreau — Pietro Gasparri — Guido Zanobini — Giovanni Miele — Dario Foligno — Roger Bonnard — Tito Prates da Fonseca.

TERCEIRA PARTE

Capítulo IX: Renato Alessi — Juan Carlos Cassagne — Bartolome A. Fiorini — Raffaele Jusso — Maria Rivalta — Dario Foligno — Luis Enrique Chase Plate — Alberto Ramon Real — Miguel S. Marienhoff — Massimo Severo Giannini — Marcelo Caetano — Manuel Maria Diez — Julio A. Prat — Recaredo F. de Velasco — Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Capítulo X: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — Recaredo F. de Velasco — Oreste Ranelletti — Batbie — E. Laferrière — Juan Carlos Cassagne — Bartolome A. Fiorini — Marcel Waline — Francis Paul Bénéoit — André de Laubadère — Georges Teissier — Paul Duez — Ernst Forsthoff — Charles Debbasch — Massimo Severo Giannini — Jean-Claude Venezia — Georges Vedel — Miguel S. Marienhoff.

Capítulo XI: André Gonçalves Pereira — León Michoud — Massimo Severo Giannini — Bartolome A. Fiorini — Afonso Rodrigues Queiró — Juan Francisco Linares — Jean-Claude Venezia — M. Eisenmann — Paul Laband — Georg Jellinek — Fritz Fleiner — Othmar Bühler — Rodolf Von Laun — Ernst Zitelmann — Otto Meyer — Maurice Hauriou — Roger Bonnard — Marcel Waline — Georges Renard — Leon Duguit — Georges Vedel — Oreste Ranelletti — Ugo Forti — Guido Zanobini — Raffaele Resta — Enrico Presutti — Federico Cammeo — Recaredo F. de Velasco — Renato Alessi — Rogério Guilherme Ehrhardt Soares — Michel Stassinopoulos — Themistocles Brandão Cavalcanti — Julio A. Prat — Hely Lopes Meirelles — Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Capítulo XII: Miguel S. Marienhoff — Juan Carlos Cassagne — Marcelo Caetano — Luis Recaséns Siches — Agustín A. Gordillo — Paulino Jacques — German J. Bidart Campos — J. Cretella Júnior — Pontes de Miranda — Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — Paul Duez — Michel Dendias — Jessé Torres Pereira Júnior — A. L. Machado Neto — Bernard Schwartz — Roland Mapestiol — P. C. Timbal — Jean Meynaud — Marcel Prélot — Recaredo F. de Velasco — Michel Stassinopoulos — Manuel Maria Diez — Fernando Henrique Mendes de Almeida — Renato Alessi — José Roberto Dromi — Paul Duez — Julio E. Cabral — Umberto Fragola — Maria Rivalta — Bartolome A. Fiorini — Alberto Ramon Leal — Julio A. Prat — Fernando Garrido Falla — Roberto E. Luqui — Luis Enrique Chase Plate — Pierre Clastres.

QUARTA PARTE

Capítulo XIII: Juan Carlos Cassagne — Luis Enrique Chase Plate — Agustín A. Gordillo — Maria Rivalta — Juan Luis de la Valina Velarde — Bartolome A. Fiorini — Aldo M. Sandulli — Diogo de Figueiredo Mo-

reira Neto — José Jappur — Fernando Garrido Falla — Renato Alessi — Manuel Maria Diez — Pietro Bodda — Enrique Sayagués Laso — Leon Duguit — Jean Dabin — Marcel Waline — Jean Rivero — H. W. R. Wade — W. F. Willoughby — Miguel S. Marienhoff.

Capítulo XIV: H. Berthelemy — Georges Renard — Maurice Hauriou — Giovanni Salemi — Leon Duguit — Fritz Fleiner — Oreste Ranelletti — Gaston Jèze — Guido Zanobini — Rafael Bielsa — Jesus Luis Abad Hernando — André Trasbot — Carlo Tivaroni — Bartolome A. Fiorini — Michel Stassinopoulos — Juan Carlos Cassagne — Julio A. Prat — Ch. Eisenmann — Themistocles Brandão Cavalcanti — Hely Lopes Meirelles — Mario Masagão — Recaredo F. de Velasco — Manuel Leguizamo Barrena — Maurice Capart.

Capítulo XV: Recaredo F. de Velasco — Pietro Bodda — Oreste Ranelletti — Michel Stassinopoulos — Umberto Fragola — Manuel Maria Diez — Dario Foligno — Bartolome A. Fiorini — Agustín A. Gordillo — J. Creiella Júnior — José Roberto Dromi — Themistocles Brandão Cavalcanti — Régis Fernandes de Oliveira — Juan Carlos Cassagne — Marcelo Caetano — Hely Lopes Meirelles — Julio A. Prat — Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — Roger Bonnard.

Capítulo XVI: Hely Lopes Meirelles — Bartolome A. Fiorini — Michel Stassinopoulos — Maurice Capart — Federico Cammeo — Manuel Leguizamo Barrena — Marcelo Caetano — Enrique Sayagués Laso — Guido Zanobini — Julio A. Prat — Juan Pablo Ramos — Mario Masagão — Ange Blondeau — Rafael Bielsa — Recaredo F. de Velasco — Tito Prates da Fonseca — Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — Aldo M. Sandulli — Roger Bonnard — Leon Duguit — Marcel Waline — Themistocles Brandão Cavalcanti — Alcides Cruz — Gustavo Bacacorzo — Miguel S. Marienhoff — Bernard Geny — Sabino Alvarez Gendín — Jacobo Wainer — Tavares de Lyra Filho — João de Mello Machado — Miguel Angel Berçaitz — Cesare Cammeo — André de Laubadère — Geraldo Ataliba — Ruy Barbosa Nogueira — Aliomar Baleeiro — Amílcar de Araújo Falcão — Fábio Fanucchi — Alberto Pinheiro Xavier.

QUINTA PARTE

Capítulo XVII: Hely Lopes Meirelles — Renato Alessi — Michel Stassinopoulos — Raffaele Resta — Miguel Reale — Umberto Fragola — Aparicio Mendez — Eduardo Soto Kloss — Diogo de Figueiredo Moreira Neto — Hugo A. Olguin Juarez — Lucia Valle Figueiredo — Antonio Carlos Cintra do Amaral — J. Cretella Júnior — Recaredo F. de Velasco — Bartolome A. Fiorini — Régis Fernandes de Oliveira — Luciano Benévolo de Andrade — Julio A. Prat — Themistocles Brandão Cavalcanti — Caio Tácito — Georges Vedel — Jaime Vidal Perdomo.

Capítulo XVIII: Bartolome A. Fiorini — Paulo Neves de Carvalho — J. Cretella Júnior — Miguel Reale — Diogo de Figueiredo Moreira Neto — Hely Lopes Meirelles — Agustín A. Gordillo — H. W. R. Wade — Jorge

Tristán Bosch — Michel Stassinopoulos — Luciano Benévolo de Andrade — Juan Carlos Cassagne — Vittorio Ottaviano — Armando de Oliveira Marinho — Zairo Lara Filho — Jean de Soto — Giuseppe C. Pisanelli — León Alcindor — Vincenzo M. Romanelli — Marcel Waline — Roger Bonnard — Guido Zanobini — Royo Villanova — Manuel Maria Diez — Ugo Forti — Carlos Tivaroni — Sayagués Laso — Cino Vitta — Jean Rivero — Miguel S. Marienhoff — Louis Rolland — Marcelo Caetano — Tito Prates da Fonseca — Renato Alessi — Allan A. Brewer-Carias.

Capítulo XIX: Tito Prates da Fonseca — Bartolome A. Fiorini — Washington de Barros Monteiro — Guido Zanobini — Gustavo Bacacorzo — Recaredo F. de Velasco — Aldo M. Sandulli — Marcel Waline — Agustín A. Gordillo — Miguel Reale — Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — Michel Stassinopoulos — Federico Cammeo — J. Cretella Júnior.

Capítulo XX: J. Cretella Júnior — Juan Carlos Cassagne — F. P. Mastropasqua — Guido Zanobini — Raymond Malezieux — Giovanni Miele — Bartolome A. Fiorini — Marcelo Caetano — Themistocles Brandão Cavalcanti — Oswaldo Aranha Bandeira de Mello — Michel Stassinopoulos — Recaredo F. de Velasco — Aldo M. Sandulli — Aurélio Guaita — Ugo Gargiulo — Olivier Dupeyroux — Lucia Valle Figueiredo.

SEXTA PARTE

Capítulo XXI: Eduardo Soto Kloss — Hely Lopes Meirelles — Alberto Ramon Real — Agustín A. Gordillo — F. P. Mastropasqua — Raymond Malezieux — M. Seabra Fagundes — J. Cretella Júnior — Percival Julio Vaz Cerquinho — Caio Tácito — Henri Welter — Michel Rousset — Lon F. Fuller — Julio A. Prat — André de Laubadère — Gaston Jèze — Umberto Fragola — Paul Duez — Alvarez Gendín — Georges Vedel — E. Laferrière — Maurice Hauriou — Roger Bonnard — Louis Trotabas — Marcel Waline.

Capítulo XXII: Themistocles Brandão Cavalcanti — Oreste Ranelletti — Julio A. Prat — Georges Vedel — Henri Welter — Maurice Hauriou — Michel Stassinopoulos — Bartolome A. Fiorini — Giovanni Miele — Rafael Bielsa — Roger Bonnard — E. Sayagués Laso — Eduardo Garcia de Enterría — Diogo de Figueiredo Moreira Neto — Flávio Bauer Novelli — Massino Severo Giannini.

Capítulo XXIII: Everardo da Cunha Luna — Caio Tácito — Hely Lopes Meirelles — Ruy Cirne Lima — Alberto G. Spota — Pedro Batista Martins — Rogério Guilherme Ehrhardt Soares — Carlos Alberto de Siqueira Castro — Massino Severo Giannini — E. Garcia de Enterría — T. R. Fernandez.

Capítulo XXIV: Olivier Dupeyroux — Themistocles Brandão Cavalcanti — Carlos S. de Barros Júnior — Bartolome A. Fiorini — Rafael Bielsa — Eduardo Soto Kloss — José Luiz Lazzarini — Giovanni Miele — Michel Stassinopoulos — Cino Vitta — Dario Foligno — Raphael Alibert — Roger

Bonnard — Marcel Waline — Pietro Bodda — Giovanni Salemi — Raffaele Resta — Bernard Schwartz — Leonard D. White — J. H. G. Griffith — H. Street — H. W. R. Wade — Hely Lopes Meirelles — Celso Agrícola Barbi — Fernando Henrique Mendes de Almeida — Eduardo Garcia de Enterría — T. R. Fernández.

SÉTIMA PARTE

Capítulo XXV: Umberto Fragola — Renato Alessi — Michel Stassinopoulos — Manuel Maria Diez — Dario Foligno — Bartolome A. Fiorini — Raffaele Jusso — Juan Carlos Cassagne — Fernando Garrido Falla — Otto Mayer — Recaredo F. de Velasco — Carlo Tivaroni — Massimo Severo Giannini — Marcel Waline — Pietro Bodda — André de Laubadère — Adolf Merkl — Roger Bonnard.

Capítulo XXVI: Bartolome A. Fiorini — Agustín A. Gordillo — Ruy Cirne Lima — Pietrangelo Jaricci — J. Cretella Júnior — Dario Foligno — Recaredo F. de Velasco — Jean Dabin — Raymond Odent — Alberto Ramon Real — Raffaele Resta — Aurelio Guaita — Rafael Bielsa.

Capítulo XXVII: Recaredo F. de Velasco — Giovanni Miele — Pietrangelo Jaricci — Arnaldo de Valles — Aparicio Mendez — Aldo M. Sandulli — Pierre di Malta — Massimo Severo Giannini — Pietro Virga — Rafael Bielsa — Alberto Ramon Real — Dario Foligno — Michel Stassinopoulos — Lafayette Pondé — Tito Prates da Fonseca — Ruy Cirne Lima — Gabino Fraga — L. Urwick — Comstok Glazer — Dwight Waldo — Walter Gelhorn — Leonard D. White — Bartolome A. Fiorini — Jorge José Dacobo — J. Cretella Júnior.

Capítulo XXVIII: Leonard D. White — Fernando Garrido Falla — M. Seabra Fagundes — Giovanni Salemi — Cino Vitta — Michel Stassinopoulos — Themistocles Brandão Cavalcanti — Del Prete — Dario Foligno — Juan Carlos Cassagne — Pedro Salvetti Netto.

OITAVA PARTE

Capítulo XXIX: Manuel Leguizamo Barrera — Luis Enrique Chase Plate — Diogo de Figueiredo Moreira Neto — Hely Lopes Meirelles — Luciano Benévolo de Andrade — Miguel Reale — Bartolome A. Fiorini — Francisco Campos — Federico Cammeo — Michel Stassinopoulos — Raffaele Resta — Themistocles Brandão Cavalcanti — Hugo A. Olguin Juarez — Recaredo F. de Velasco.

Capítulo XXX: Carlo Tivaroni — Vincenzo Romanelli — Marcel Waline — Doris Piccinini Garcia — Hugo A. Olguin Juarez — José Roberto Dromi — Raffaele Resta — Juan Carlos Cassagne — Armando Emilio Grau — Gabriel Marty — Pierre Raymond — Henri León — Jean Mazeaud — Rafael Bielsa — Cino Vitta — Federico Cammeo.

Capítulo XXXI: Julio A. Prat — Bartolome A. Fiorini — Juan Carlos Cassagne — Michel Stassinopoulos — J. Cretella Júnior — Agustín A. Gordillo — Diogo de Figueiredo Moreira Neto — Themistocles Brandão Cavalcanti — Recaredo F. de Velasco — Vittorio Ottaviano — Aldo M. Sandulli.

Capítulo XXXII: Hugo A. Olguin Juarez — Juan Carlos Cassagne — Antonio Carlos Cintra do Amaral — Doris Piccinini Garcia — Michel S. Marienhoff — Umberto Fragola — José Maria Boquera Oliver — Manuel Maria Diez — Agustín A. Gordillo — Guido Landi — José Roberto Dromi — J. Cretella Júnior — Giuseppe Potenza — Jean Rivero — Eduardo Soto Kloss — Marcel Waline — Luigi Raggi — Renato Alessi — Bartolome A. Fiorini — Raffaele Jusso — Simón F. Zelaya — Carlos Tivaroni — Gastón Jéze — Michel Stassinopoulos — Alberto Ramon Real — Recaredo F. de Velasco — Oreste Ranelletti — Raffaele Resta — Francis Paul Bénéoit — Pietro Bodda — Umberto Fragola — Juan Francisco Linares — Massimo Severo Giannini — Julio A. Prat.

NONA PARTE

Capítulo XXXIII: Luis Enrique Chase Plate — Recaredo F. de Velasco — Alcino de Paula Salazar — Rafael Bielsa — André de Laubadère — Juan Carlos Cassagne — Francesco D'Alessio — Carlos Girola — Giuseppe Fazio — Luigi Galateria — Enzo Silvestri — Oreste Ranelletti — Ch. Eisenmann — Bartolome A. Fiorini.

Capítulo XXXIV: Recaredo F. de Velasco — Otto Mayer — Maurice Hauriou — Fritz Fleiner — Oreste Ranelletti — Rafael Bielsa — Silvio Trentin — Themistocles Brandão Cavalcanti.

Capítulo XXXV: André de Laubadère — Marcel Waline — Roger Bonnard — Jean Rivero — Guido Zanobini — Renato Alessi — V. E. Orlando — Arnaldo de Valles — Cino Vitta — Themistocles Brandão Cavalcanti — Alcides Cruz — Antonio Joaquim Ribas — Adolfo Gelsi Bidart — J. Cretella Júnior — Francisco Campos — Agustín A. Gordillo — Hely Lopes Meirelles.

Capítulo XXXVI: Lafayette Pondé — Georges Vedel — Michele Cantucci — Giovanni Miele — Jean Rouvière — Recaredo F. de Velasco — Gaston Jéze — André de Laubadère — Miguel S. Marienhoff — João de Mello Machado — Jacobo Wainer — Tavares de Lyra Filho — Cesare Cammeo — J. D. B. Mitchell — Miguel Angel Berçaitz — Georges Péquignot — Francesco Di Renzo — Sabino Alvarez Gendín — Hely Lopes Meirelles — Themistocles Brandão Cavalcanti — J. Cretella Júnior — Ruy Cirne Lima — Arnaldo de Valles — Bartolome A. Fiorini — León Duguit — Louis Rolland — Eduardo Garcia de Enterría — T. R. Fernandez.

DÉCIMA PARTE

Capítulo XXXVII: Hely Lopes Meirelles — Juan Carlos Cassagne — Themistocles Brandão Cavalcanti — Otto Mayer — Silvio Trentin — Bar-

tolome A. Fiorini — Rafael Entrena Cuesta — Recaredo F. de Velasco — Vittorio Ottaviano.

Capítulo XXXVIII: Francisco Campos — Jean Rivero — Julio A. Prat — Georges Vedel — Massimo Severo Giannini — Miguel S. Marienhoff — Jaime Vidal Perdomo — Amaro Cavalcanti — José de Aguiar Dias — Rafael Entrena Cuesta — H. W. R. Wade — Enrique Sayagués Laso — Leonard D. White — Agustín A. Gordillo — Renato Alessi — Bartolome A. Fiorini — Marcelo Caetano — Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

Capítulo XXXIX: Amaro Cavalcanti — Luciano Benévolo de Andrade — Rubem R. Nogueira — Giovanni Salemi — Roger Bonnard — Paul Duez — Renato Alessi — Julio A. Prat — Bartolome A. Fiorini — Leonard D. White — Enrique Sayagués Laso — Maurice Hauriou — Marcel Waline — Garcia Oviedo — Entrena Cuesta — Otto Mayer — Fritz Fleiner — Ludwig Spiegel — Rafael Bielsa — Marcelo Caetano — José de Aguiar Dias.

Capítulo XL: Lafayette Pondé — José Roberto Dromi — Rafael Bielsa — Renato Alessi — José de Aguiar Dias — G. Marton — Giovanni Salemi — Julio A. Prat — Renée Chapus — Graciela Reiriz — Stefano Rodotá — Rafael Entrena Cuesta — Agustín A. Gordillo — Bernard Schwartz — Bartolome A. Fiorini.

Bibliografia geral de pesquisa e consulta

A

- Adolf MERKL. *Teoría general del derecho administrativo*. Trad. esp. Madrid, 1935.
- Afonso RODRIGUES QUEIRÓ. *O poder discricionário da administração*. Coimbra, 1948.
- Agustín A. GORDILLO. *Introducción al derecho administrativo*. Buenos Aires, 1966.
- . *Procedimiento y recursos administrativos*. Buenos Aires, 1967.
- . *El acto administrativo*. Buenos Aires, 1969.
- . *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1974/1975. t. 1 e 2.
- Alberto G. SPOTA. *Tratado de derecho civil*. Buenos Aires, 1947. t. 1, v. 2.
- Alberto PINHEIRO XAVIER. *Conceito e natureza do ato tributário*. Coimbra, 1972.
- Alberto RAMON REAL. *Nuevos estudios de derecho administrativo*. Montevideo, 1976.
- Alcides CRUZ. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro, 1914.
- Alcino de PAULA SALAZAR. *Conceito de ato administrativo*. Rio de Janeiro, 1945.
- Aldo M. SANDULLI. *Manuale di diritto amministrativo*. Napoli, 1954.
- . *Il procedimento amministrativo*. Milano, 1959.
- Aliomar BALEEIRO. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro, 1970.
- A. L. MACHADO NETO. *Sociologia jurídica*. São Paulo, 1973.
- Amaro CAVALCANTI. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro, 1905.
- Amílcar de ARAÚJO FALCÃO. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro, 1960.
- André BUTTGENBACH. *Manuel de droit administratif*. Bruxelles, 1959.
- André de LAUBADÈRE. *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*. Paris, 1956.
- . *Droit administratif special*. Paris, 1958.
- . *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris, 1970. v. 1.
- André GONÇALVES PEREIRA. *Erro e ilegalidade no ato administrativo*. Lisboa, 1962.

- André TRASBOT. *El acto de administración en derecho privado francés*. Trad. esp. México, 1945.
- Angel BLONDEAU. *La concession de service public*. Paris, 1933.
- Antonio Carlos CINTRA DO AMARAL. *Extinção do ato administrativo*. São Paulo, 1978.
- Antonio Joaquim RIBAS. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro, ed. oficial, 1966.
- Aparicio MENDEZ. *Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación*. Montevideo, 1949.
- . *La gerarquía*. Montevideo, 1950.
- Armando de OLIVEIRA MARINHO e Zairo LARA FILHO. *Programa de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1976.
- Armando EMILIO GRAU. *Habilitación de la instancia contenciosa administrativa*. La Plata, 1971.
- Arnaldo de VALLES. *La validità degli atti amministrativi*. Padova, 1942.
- . *Il concetto giuridico di gerarchia*. Como, 1926.
- Aurelio GUAITA. *Revocación de actos declaratorios de derechos en materia de personal*. Madrid, 1952.
- . *El proceso de lesividad*. Barcelona, 1953.

B

- Bartolome A. FIORINI. *La discrecionalidad de la administración pública*. Buenos Aires, 1948.
- . *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1968, t. 1 e 2.
- . *Teoría jurídica del acto administrativo*. Buenos Aires, 1969.
- . *Procedimiento y recurso jerárquico*. Buenos Aires, 1971.
- Benjamin VILLEGAS BASAVILBASO. *Derecho administrativo*. Buenos Aires, 1949, t. 1.
- Bernard GENY. *La collaboration des particuliers avec l'administration*. Paris, 1930.
- Bernard SCHWARTZ. *Constitutional law*. New York, 1972.
- . *An introduction to American administrative law*. London, 1962.
- . *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro, ed. bras., 1966.

C

- Caio TÁCITO. *Abuso de poder administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro, 1959.
- . *Direito administrativo*. São Paulo, 1975.
- . *Desvio de poder em matéria administrativa*. Rio de Janeiro, 1951.
- Carlos A. PAREJA. *Responsabilidad del Estado*. Bogotá, 1962.
- Carlo TIVARONI. *Teoria degli atti amministrativi*. Torino, 1939.
- Celso AGRÍCOLA BARBI. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro, 1977.
- Cesare CAMMEO. *I contratti della pubblica amministrazione*. Firenze, 1954.
- Charles DEBBASCH. *Science administrative*. Paris, 1971.
- Ch. EISENMANN. *Les actes juridiques du droit administratif*. Paris, 1957.
- Cino VITTA. *Diritto amministrativo*. Milano, 1959, t. 1.
- Comstok GLAZER. *The administrative procedure*. Washington, 1941.

D

- Dario FOLIGNO. *L'attività amministrativa*. Milano, 1966.
- Diogo de FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1974.

- Domenico MARIANI. *Diritto amministrativo e costituzionale*. Roma, 1951.
 Doris PICCININI GARCIA. *Teoría del decaimiento de los actos administrativos*.
 Santiago de Chile, 1968.
 Dwight WALDO. *The administrative state*. New York, 1948.

E

- Eduardo SOTO KLOSS. *La ejecución del acto administrativo*. Bogotá, 1979.
 E.LAFERRIÈRE. *Jurisdiction administrative*. Paris, 1888.
 ———. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*. Paris, 1896.
 Enrique SAYAGUÉS LASO. *Tratado de derecho administrativo*. Montevideo, 1953.
 t. 1.
 Ernst FORSTHOFF. *Droit administratif allemand*. Trad. franc. Bruxelles, 1969.
 ———. *Tratado de derecho administrativo*. Trad. esp. Madrid, 1958.
 Everardo da CUNHA LUNA. *Abuso de direito*. Rio de Janeiro, 1959.

F

- Fábio FANUCCHI. *Curso de direito tributário brasileiro*. São Paulo, 1975. t. 1.
 Federico CAMMEO. *Corso di diritto amministrativo*. Padova, 1960.
 Fernando GARRIDO FALLA. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid, 1966/1969.
 t. 1.
 ———. *Régimen de impugnación de los actos administrativos*. Madrid, 1956.
 Fernando Henrique MENDES DE ALMEIDA. *Os atos administrativos na teoria dos
 atos jurídicos*. São Paulo, 1969.
 F. P. MASTROPASQUA. *I limiti subbietivi di efficacia dell'atto amministrativo*.
 Milano, 1950.
 Francisco CAMPOS. *Pareceres*. 2.^a série. Rio de Janeiro, 1936.
 ———. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1958. v. 2.
 Francis Paul BÉNOIT. *Le droit administratif français*. Paris, 1968.
 Franz MEYER. *Administrative organization*. London, 1957.
 Fritz FLEINER. *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. esp. Barcelona, 1933.

G

- Gabino FRAGA. *Derecho administrativo*. México, 1960.
 Gabriel MARTY e Pierre RAYMOND. *Droit civil*. Paris, 1956. t. 1.
 Gaston JÈZE. *Les principes généraux du droit administratif*. Paris, 1925. v. 3.
 ———. *Principios generales del derecho administrativo*. Trad. esp. Buenos Aires,
 1948. t. 1.
 Georges TEISSIER. *La responsabilité de la puissance publique*. Paris, 1906.
 Georges VEDEL. *Essai sur la notion de cause en droit administratif*. Toulouse, 1934.
 ———. *Droit administratif*. Paris, 1958/1964.
 ———. *Les bases constitutionnelles du droit administratif*. Paris, 1954.
 Geraldo ATALIBA. *Noções de direito tributário*. São Paulo, 1964.
 Giorgio BERTI. *La pubblica amministrazione come organizzazione*. Milano, 1968.
 Giovanni MIELE. *Principii di diritto amministrativo*. Padova, 1953. v. 1.
 Giovanni SALEMI. *La cosiddetta responsabilità per atti legittimi della pubblica amministrazione*. Milano, 1912.
 ———. *Giustizia amministrativa*. Palermo, 1935.
 Giuseppe PISANELLI. *L'annullamento degli atti amministrativi*. Milano, 1939.

- Giuseppino TREVES. *L'organizzazione amministrativa*. Torino, 1967.
 G. MARTON. *Les fondements de la responsabilité civile*. Paris, 1938.
 Graciela REIRIZ. *La responsabilidad del Estado*. Buenos Aires, 1969.
 Guido FALZONE. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano, 1953.
 Guido ZANOBINI. *Corso di diritto amministrativo*. Milano, 1954/1958. v. 1.
 Gustavo BACACORZO. *Reglamento de procedimientos administrativos*. Lima, 1975.

H

- Hely LOPES MEIRELLES. *Mandado de segurança e ação popular*. São Paulo, 1975.
 ———. *Direito municipal brasileiro*. São Paulo, 1977.
 ———. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo, 1978.
 Henri LEÓN e Jean MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*. Trad. esp. Buenos Aires, 1959/1965. v. 1.
 Henri WELTER. *Le controle juridictionnel de la moralité administrative*. Paris, 1929.

J

- Jacobo WAINER. *Contratos administrativos*. Buenos Aires, 1939.
 Jaime VIDAL PERDOMO. *Derecho administrativo*. Cali-Colombia, 1977.
 J. CRETTELLA JÚNIOR. *Do ato administrativo*. São Paulo, 1962.
 ———. *Do desvio de poder*. São Paulo, 1964.
 ———. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1977.
 ———. *Dicionário de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1978.
 ———. *Anulação do ato administrativo por desvio de poder*. São Paulo, 1978.
 Jean-Claude VENEZIA. *Le pouvoir discrétionnaire*. Paris, 1959.
 Jean DABIN. *Le droit sujetif*. Paris, 1952.
 Jean de SOTO. *La nullité des actes administratifs*. Paris, 1942.
 Jean MAYNAUD. *Les groupes de pression en France*. Paris, 1958.
 Jean RIVERO. *Droit administratif*. Paris, 1973.
 Jesus Luis ABAD. HERNANDO. *Autonomía conceptual de las instituciones administrativas*. Córdoba, 1967.
 J. H. G. GRIFFITH e H. STREET. *Principles of administrative law*. London, 1959.
 João de MELLO MACHADO. *Teoria jurídica dos contratos administrativos*. Coimbra, 1942.
 Jorge TRISTÁN BOSCH. *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*. Buenos Aires, 1951.
 José de AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, 1954.
 ———. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro, 1960. v. 2.
 José GARCIA TEVIJANO FOS. *Principios jurídicos de la organización administrativa*. Madrid, 1957.
 ———. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid, 1964. v. 1.
 José Luis LAZZARINI. *El juicio de amparo*. Buenos Aires, 1967.
 J. T. DELOS. *Le problème des rapports du droit et de la morale*. Paris, 1933.
 Juan Carlos CASSAGNE. *La ejecutoriedad del acto administrativo*. Buenos Aires, 1971.
 ———. *Derecho administrativo*. Buenos Aires, 1977. t. 1.
 ———. *El acto administrativo*. Buenos Aires, 1978.
 Juan Francisco LINARES. *Poder discrecional administrativo*. Buenos Aires, 1958.

- Juan Luis de la VALINA VELARDE. *La motivación del acto administrativo*. Madrid, 1967.
- Juan P. RAMOS. *Ensayo jurídico sobre la concesión de servicios públicos*. Buenos Aires, 1937.
- Julio A. PRAT. *Los entes autónomos*. Montevideo, 1971.
- . *La desviación de poder*. Montevideo, 1976.
- . *Derecho administrativo*. Montevideo, 1978. t. 3, v. 2.
- Julio Isidro ALTAMIRA GIGENA. *La responsabilidad del Estado*. Buenos Aires, 1973.

L

- L. AUBY. *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*. Paris, 1947.
- Leon DUGUIT. *L'État, les gouvernants et les agents*. Paris, 1903.
- . *Las transformaciones del derecho público*. Trad. esp. Madrid, 1925.
- . *Traité de droit constitutionnel*. Paris, 1927. t. 3.
- Luciano BENÉVOLO DE ANDRADE. *Curso moderno de direito administrativo*. São Paulo, 1975.
- Ludwig SPIEGEL. *Derecho administrativo*. Trad. esp. Barcelona, 1933.
- Luigi RAGGI. *Diritto amministrativo*. Padova, 1939.
- Luis Enrique CHASE PLATE. *La motivación del acto administrativo*. Asunción, 1978.
- Luis RECASÉNS SICHES. *Tratado general de sociología*. Madrid, 1975.
- L. URWIK. *The elements of administration*. London, 1944.

M

- Manuel LEGUIZAMO BARRERA. *Los elementos de fondo del acto administrativo*. Bogotá, 1944.
- Manuel María DIEZ. *El acto administrativo*. Buenos Aires, 1961.
- . *Manual de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1977. v. 1.
- Marcelo CAETANO. *Estudos de direito administrativo*. Lisboa, 1974.
- . *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1977.
- . *Direito constitucional*. Rio de Janeiro, 1977. v. 1.
- Marcel PRÉLOT. *Institutions politiques et droit constitutionnel*. Paris, 1960.
- Marcel WALINE. *Traité élémentaire de droit administratif*. Paris, 1950.
- . *Droit administratif*. Paris, 1963.
- Maria RIVALTA. *La motivazione degli atti amministrativi*. Milano, 1960.
- Mario MASAGÃO. *Natureza jurídica das concessões de serviço público*. São Paulo, 1933.
- . *Curso de direito administrativo*. São Paulo, 1974.
- Massimo SEVERO GIANNINI. *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*. Milano, 1939.
- . *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*. Milano, 1939.
- . *Lezione di diritto amministrativo*. Milano, 1950. v. 1.
- . *La scienza dell'amministrazione*. Milano, 1957.
- . *L'attività amministrativa*. Roma, 1962.
- Maurice HAURIOU. *Précis élémentaire de droit administratif*. Paris, 1926.
- . *Précis de droit administratif*. Paris, 1929.
- M. EINSENMANN. *Cours de droit administratif*. Paris, 1949/1950.
- Michel DENDIAS. *La fonction gouvernementale et les actes de son exercice*. Paris, 1936.

- Michele CANTUCCI. *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione*. Padova, 1942.
- Michel ROUSSET. *L'idée de puissance publique en droit administratif*. Paris, 1960.
- Michel STASSINOPOULOS. *Traité des actes administratifs*. Athènes, 1954.
- Miguel Angel BERÇAITZ. *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires, 1952.
- Miguel REALE. *Revogação e anulamento do ato administrativo*. Rio de Janeiro, 1968.
- Miguel S. MARIENHOFF. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1972. v. 2.
- . *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1978.
- M. SEABRA FAGUNDES. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, 1968.

O

- Olivier DUPEYROUX. *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*. Paris, 1954.
- Onofre MENDES JÚNIOR. *Natureza da responsabilidade da administração pública*. Belo Horizonte, 1951.
- Oreste RANELLETTI. *Principii di diritto amministrativo*. Napoli, 1912.
- . *La garantie della giustizia nella pubblica amministrazione*. Milano, 1937.
- . *Ordinamento amministrativo dello Stato italiano*. Padova, 1937.
- . *Teoria degli atti amministrativi speciali*. Milano, 1945.
- Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro, 1969. v. 1.
- Otto MAYER. *Le droit administratif allemand*. Trad. francesa. Paris, 1903. t. 1.

P

- Paul DUEZ. *La responsabilité de la puissance publique*. Paris, 1927.
- . *Actes de gouvernement*. Paris, 1935.
- Paulino JACQUES. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro, 1977.
- Pedro BATISTA MARTINS. *O abuso de direito e o ato ilícito*. Rio de Janeiro, 1935.
- Pedro DELFINO. *Introducción a la teoría de la administración*. Buenos Aires, 1967.
- Percival Julio VAZ CERQUINHO. *O desvio de poder nos atos administrativos*. São Paulo, 1977.
- Pierre CLASTRES. *La société contre l'État*. Paris, 1974.
- Pierre di MALTA. *Essai sur la notion de pouvoir hiérarchique*. Paris, 1961.
- Pietrangelo JARICCI. *Il ricorso gerarchico improprio*. Milano, 1970.
- Pietro BODDA. *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*. Torino, 1933.
- . *Lezione di diritto amministrativo*. Torino, 1947. t. 1.
- . *Giustizia amministrativa*. Torino, 1950.
- Pietro GASPARRI. *La causa degli atti amministrativi*. Padova, 1942.
- Pietro VIRGA. *Il provvedimento amministrativo*. Milano, 1968.
- Pontes de MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. São Paulo, 1972. v. 6.

R

- Rafael ARNANZ. *De la competencia administrativa*. Madrid, 1967.
- Rafael BIELSA. *Relaciones del Código Civil con el derecho administrativo*. Buenos Aires, 1923.

- . *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos*. Buenos Aires, 1937.
- . *Derecho administrativo*. Buenos Aires, 1938. t. 2.
- . *El recurso jerárquico*. Rosario, 1939.
- . *Principios de derecho administrativo*. Buenos Aires, 1942.
- . *Estudios de derecho público*. Buenos Aires, 1962. v. 4.
- . *El recurso de amparo*. Buenos Aires, 1965.
- Rafael ENTRENA CUESTA. *Curso de derecho administrativo*. Madrid, 1970.
- Raffaele JUSSO. *Motivo e motivazione nel provvedimento amministrativo*. Milano, 1963.
- Raffaele RESTA. *Giustizia amministrativa*. Roma, 1974.
- . *La revoca degli atti amministrativi*. Milano, 1939.
- Raphael ALIBERTI. *Le control juridictionnel pour excès de pouvoir*. Paris, 1926.
- Raymond MALEZIEUX. *Manuel de droit administratif*. Paris, 1954.
- Recaredo F. de VELASCO. *Los contratos administrativos*. Madrid, 1927.
- . *El acto administrativo*. Madrid, 1929.
- Régis FERNANDES DE OLIVEIRA. *Ato administrativo*. São Paulo, 1978.
- Renato ALESSI. *La responsabilità della pubblica amministrazione*. Milano, 1951.
- . *La revoca degli atti amministrativi*. Milano, 1956.
- . *Principii della responsabilità civile nella pubblica amministrazione*. Bologna, 1956.
- . *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano, 1960.
- . *Instituciones de derecho administrativo*. Trad. esp. Barcelona, 1970.
- René CHAPUS. *Responsabilité publique et responsabilité privée*. Paris, 1957.
- Roger BONNARD. *De la responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents en Angleterre, aux États-Unis et en Allemagne*. Paris, 1914.
- . *Le contrôle juridictionnel de l'administration*. Paris, 1934.
- . *Précis de droit administratif*. Paris, 1935.
- Rogério Guilherme EHRHARDT SOARES. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra, 1955.
- Rolland MASPETIOL. *La société politique et le droit*. Paris, 1957.
- Rubem R. NOGUEIRA. *Curso de introdução ao estudo do direito*. São Paulo, 1979.
- Rudolf BULLRICH. *La responsabilidad del Estado*. Buenos Aires, 1920.
- Ruy BARBOSA NOGUEIRA. *Direito tributário*. São Paulo, 1969.
- Ruy CIRNE LIMA. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre, 1964.
- . *Sinopse de direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre, 1965.

S

- Sabino ALVAREZ GENDÍN. *Los contratos públicos*. Madrid, 1934.
- Silvio LESSONA. *La giustizia nella amministrazione*. Bologna, 1956.
- Silvio TRENTIN. *La validità degli atti amministrativi*. Roma, 1915.
- . *L'atto amministrativo*. Roma, 1915.
- Simon F. ZELAYA. *Acto y procedimiento administrativo*. Bogotá, 1978.
- Stefano RODOTÁ. *Il problema della responsabilità civile*. Milano, 1964.

T

- TAVARES DE LYRA FILHO. *Contratos administrativos*. Rio de Janeiro, 1941.
- Themistocles BRANDÃO CAVALCANTI. *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo, 1973.
- Tito PRATES DA FONSECA. *Lições de direito administrativo*. São Paulo, 1943.

U

- Ugo FORTI. *I motivi e la causa negli atti amministrativi*. Roma, 1937.
Ugo GARGIULO. *La sospensione dell'atto amministrativo da parte del consiglio di Stato*. Napoli, 1948.
Umberto FRAGOLA. *Gli atti amministrativi*. Torino, 1952.

V

- Vicenzo M. ROMANELLI. *L'annullamento degli atti amministrativi*. Milano, 1939.
Vittorio E. ORLANDO. *Principii di diritto amministrativo*. Firenze, 1921.
Vittorio OTTAVIANO. *La comunicazione degli atti amministrativi*. Milano, 1956.

W

- Walter GELHORN. *Federal administrative proceedings*. Baltimore, 1941.
Washington de BARROS MONTEIRO. *Curso de direito civil*. São Paulo, 1975. v. 1.
W. F. WILLOUGHBY. *Principles of public administration*. Washington, 1927.

Índice sistemático

PRIMEIRA PARTE

Pág.

Capítulo I

ORIGEM E FUNDAMENTO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

1. O ato jurídico-administrativo	3
2. O fato administrativo	4
3. A vontade na existência dos atos	5
4. Motivação e fins	5
5. Ato político e ato administrativo	6
6. O ato produto da função	7
7. Efeitos diversificados e qualificados	8
8. A causa de interesse público	9
9. Mérito e finalidade do ato	10
10. O ato na sua finalidade	11
11. Mérito e falta de mérito	11
12. Elementos e pluralidade de objeto	12
13. A expressão <i>ato administrativo</i>	13

Capítulo II

OS ATOS ADMINISTRATIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

14. Os atos administrativos na estrutura constitucional	15
15. Organização e divisão de funções	16
16. Limites no ordenamento jurídico	17
17. O ato administrativo e a lei	18
18. A importância da finalidade	18
19. A finalidade concreta e realizável	19
20. Objeto e motivação legal	20
21. Classificações e categorias	21
22. Categorias gerais e específicas	22
23. A conduta legal da Administração	23
24. Unidade orgânica e categorias	24
25. Os efeitos de direito	24
26. Definição de ato administrativo	25

Capítulo III

PRINCÍPIOS INFORMADORES DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

27. Posição e conhecimento dos atos administrativos	27
28. Princípios e elementos do ato	28
29. O princípio <i>subjetivo</i>	28
30. O princípio <i>objetivo</i>	29
31. O princípio <i>causal</i>	30
32. O princípio <i>formal</i>	30
33. O princípio <i>teleológico</i>	31
34. Princípios de base e de <i>boa</i> administração	32
35. Princípios da <i>presunção da verdade</i>	33
36. Os princípios e o Direito Administrativo	34
37. Força executória e princípios	34

Capítulo IV

PRINCÍPIOS QUE REPRESENTAM VALORES FUNDAMENTAIS

38. Princípios e valores supraconstitucionais	36
39. Valores <i>supra</i> e constitucionais	37
40. Princípios subjetivos gerais	38
41. O princípio da hierarquia	38
42. O princípio da continuidade	39
43. O princípio da especialidade	40
44. O princípio executório	41
45. O princípio da exação administrativa	41
46. O princípio da igualdade	42
47. O princípio da legalidade administrativa	43
48. O princípio da moralidade	44
49. O princípio da tutela administrativa	45
50. O princípio da responsabilidade	47

SEGUNDA PARTE

Capítulo V

OS ATOS ADMINISTRATIVOS NA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

51. Os atos na dimensão dos efeitos	51
52. Procedência e finalidade	52
53. As regras nos princípios	52
54. Organização e fenômeno administrativo	53
55. Esquema dos atos na organização	54
56. Atos de gestão interna	55
57. Atos gerais de administração	56
58. Atos na organização geral	57
59. Atos externos e internos	58
60. A hegemonia da lei nos elementos do ato administrativo	58

Capítulo VI

LICITUDE E VALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

61. Condições primárias na avaliação dos atos	60
62. Governo e Administração	61
63. Verificação da licitude	62
64. Boa fé e interesse público	62
65. Verificação da ilicitude	63
66. A relevância da licitude	64
67. A importância da validade	64
68. Orientação analógica e direito	65
69. Legitimação e eficácia	66

Capítulo VII

VÍCIOS QUE MACULAM OS ATOS ADMINISTRATIVOS

70. A eficácia na executoriedade	67
71. Critérios positivo e negativo no exame do ato	68
72. Vício na manifestação de vontade	68
73. Defeitos dos atos administrativos	69
74. Natureza dos vícios nos atos administrativos	70
75. A competência como medida de valor	70
76. Vícios da vontade	71
77. Os vícios e os elementos do ato	72
78. Os vícios na falta de exação	73
79. Os vícios que afetam o conteúdo do ato	74
80. O erro e o dolo	75
81. Coação, simulação e fraude	75
82. A posição no Direito Civil	77
83. As colocações no Código Civil	77
84. Responsabilidade por ato administrativo	78

Capítulo VIII

OS ELEMENTOS NA REALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

85. Os cinco elementos do ato administrativo	80
86. Os elementos numa seqüência lógica	81
87. A causa motivante do ato	82
88. A causa na base da relação	82
89. Causa e regime de competência	83
90. Competência e objeto	84
91. Objeto e finalidade	85
92. Finalidade e forma	86
93. A forma nos atos administrativos	86
94. Elementos do ato e comportamento administrativo	87

TERCEIRA PARTE

Capítulo IX

ANÁLISE INTRÍNSECA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

95. Pressupostos negativos	91
96. Causa e falta de causa	92
97. Causa e motivação	92
98. Interpretação do ato administrativo	93
99. Posições de interpretação	94
100. As maneiras interpretativas	95
101. As soluções administrativas	95
102. Interpretação e lei	96
103. Vontade administrativa e lei	97
104. Clareza do ato e vontade manifesta	97

Capítulo X

ATOS DE GOVERNO OU ATOS POLÍTICOS

105. A posição do problema	99
106. Atos de império e de gestão	100
107. Características dos atos de império	100
108. As questões de governo ou políticas	101
109. A função na base dos atos	102
110. Juridicidade e legalidade constitucional	103
111. Natureza e regime jurídico	103
112. Administração e poder político	104
113. A tônica da discricionariedade	104

Capítulo XI

ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

114. Discricionariedade e legalidade	106
115. Os princípios de legalidade administrativa	107
116. A indeterminação da norma	108
117. Poder discricionário e ato administrativo	109
118. O ato administrativo discricionário	110
119. Localização da discricionariedade	111
120. Os atos discricionários na prática	112
121. Elementos do ato discricionário e fim legal	112
122. Atos obrigatórios e facultativos	113
123. Objeto dos atos discricionários	114

Capítulo XII

OS ATOS INSTITUCIONAIS

124. O ato institucional como categoria jurídica	116
125. Poderes e competência	116

126. Ato e função política	117
127. Atos fruto de poder constituinte	118
128. Atos de conteúdo político	119
129. A causa nos atos institucionais	119
130. Atividades transitórias no tempo jurídico	120
131. Conformidade com os poderes outorgados	121
132. A temporalidade nos efeitos	121
133. Os atos na extensão	122
134. Os atos institucionais e a lei	123
135. O exame das situações jurídicas	124
136. O elemento <i>causa</i> e o elemento <i>finalidade</i>	126
137. Razões de fato e de direito	126

QUARTA PARTE

Capítulo XIII

MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

138. Motivo e motivação	131
139. Justificação e motivação	131
140. A exigência da motivação	132
141. Motivação e instrumentação do ato	133
142. Motivação e propósitos lícitos	133
143. Os motivos incorporam-se na motivação	134
144. Motivação e legitimidade	135
145. O suporte legal na motivação	135
146. Pontos comuns na teoria da causa	136
147. Motivação, problema de conteúdo e forma	137

Capítulo XIV

CATEGORIAS COMUNS DE ATOS ADMINISTRATIVOS

148. As normas civis no Direito Administrativo	139
149. Relações de base com o Direito Civil	140
150. O ato administrativo como ato jurídico	140
151. Classes nas categorias de atos administrativos	141
152. Atos constitutivos e assecuratórios	142
153. Atos alienativos, modificativos e extintivos	142
154. Atos simples e complexos	143
155. Atos executivos e facultativos	144
156. Essência e conteúdo dos atos administrativos	144

Capítulo XV

CATEGORIAS TÍPICAS DE ATOS ADMINISTRATIVOS

157. Categorias comuns e típicas	146
158. Tipos clássicos de atos administrativos	147
159. Atos de império e de gestão	147

160. Atos unilaterais e bilaterais	148
161. Função normativa e atos declaratórios	149
162. Atos arbitrários e lesivos	150
163. Decretos-lei, decretos e portarias	151
164. Regulamentos e regimentos	152
165. Extensão dos atos administrativos	153
166. O ato administrativo perfeito	154

Capítulo XVI

CATEGORIAS ESPECIAIS DE ATOS ADMINISTRATIVOS

167. Atos gerais	155
168. Atos normativos e ordinatórios	156
169. Atos preparatórios e de expediente	156
170. Atos de autorização e concessão	157
171. Atos administrativos jurisdicionais	159
172. Ato-condição	160
173. Atos decisórios	161
174. Ato administrativo judiciário	161
175. Ato legislativo administrativo	162
176. Ato administrativo diplomático	163
177. Atos coletivos	163
178. Ato-contrato	164
179. Ato de polícia	165
180. O ato tributário	166

QUINTA PARTE

Capítulo XVII

REVOGAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

181. Premissas definidoras	171
182. Atos revogáveis e irrevogáveis	172
183. Potestade de revogação	172
184. Regime de revogação	173
185. Revogação e desfazimento do ato	174
186. Competência na revogação	174
187. Limites do ato de revogação	175
188. Interesse público e revogação	176
189. Mérito e ilegalidade	177
190. Revogação e responsabilidade	177

Capítulo XVIII

ANULAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

191. Revogação e anulação	179
192. Anulação e ordem jurídica	180

193. O problema é de regime jurídico	181
194. A tônica de causa e finalidade	182
195. Avaliação dos efeitos na anulação	182
196. Nulificação do ato administrativo	183
197. Ato administrativo nulo	184
198. Ato administrativo anulável	185
199. Paralelo necessário na doutrina	186
200. Responsabilidade na anulação	186

Capítulo XIX

AS NULIDADES NOS ATOS ADMINISTRATIVOS

201. Explicação prévia	188
202. Volta ao interesse público e privado	189
203. Normas derivadas do Código Civil	189
204. Imperfeição do ato e nulidades	190
205. Coexistência de sistemas	190
206. Nulidades e anulabilidade	191
207. As nulidades diante da eficácia	191
208. A nulidade nos aspectos formais	192
209. A figura do anulamento	193
210. Projeção das nulidades	193
211. Nulidades e responsabilidade	194

Capítulo XX

RETROATIVIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

212. Limites do problema	196
213. A retroatividade nas situações protegidas	197
214. Retroatividade na má aplicação da lei	197
215. Eficácia retroativa e efeitos duvidosos	198
216. Conseqüências lógicas e jurídicas	199
217. Determinação dos efeitos sobre o passado	199
218. O valor de juízo na interpretação	200
219. Ato novo na retroatividade	201
220. A retroatividade na revogação	202
221. A retroatividade na anulação	202
222. Tutela administrativa e retroatividade	203

SEXTA PARTE

Capítulo XXI

DESVIO DE PODER NOS ATOS ADMINISTRATIVOS

223. Harmonia entre motivação e finalidade	207
224. O limite da eficácia e os efeitos produzidos	208
225. Ato e destinação equívoca	209

226. O ato não pode querer mais que a lei	210
227. Desvio e excesso de poder	210
228. Finalidade e legalidade	212
229. O direito e o fato na finalidade	212
230. Finalidade e moralidade	213
231. A tradição no pensamento doutrinário	214

Capítulo XXII

EXCESSO DE PODER NOS ATOS ADMINISTRATIVOS

232. Finalidade e condições lógicas	215
233. O excesso nas condições extrínsecas	215
234. Efeitos além dos previstos por lei	216
235. Equidade e moralidade	217
236. Excesso e ato inexistente	217
237. Excesso e arbitrariedade	218
238. Comportamento ilícito	218
239. Paralelismo entre desvio e excesso	219
240. O cumprimento da lei pela Administração	220
241. A eficácia no excesso de poder	221

Capítulo XXIII

ABUSO DE PODER NOS ATOS ADMINISTRATIVOS

242. Posição real do problema	222
243. Abuso de direito e abuso de poder	223
244. Os meios repressivos e corretivos	223
245. Os meios na lei maior	224
246. Abuso e finalidade do ato	224
247. Algumas hipóteses no direito brasileiro	225
248. Realística necessidade de entendimento doutrinário	226
249. Intenção de prejudicar e presunção de malevolência	226
250. Distinção nas posições	227

Capítulo XXIV

ATOS ADMINISTRATIVOS E DIREITOS ADQUIRIDOS

251. Exceções à nulificação	229
252. Validez ou autenticidade do ato	230
253. Garantias e situações jurídicas	231
254. Tempo jurídico e direito adquirido	231
255. Ato violatório = ato inexecutável	232
256. Os critérios no direito comparado	232
257. A problemática no Brasil	233
258. Definição de direito adquirido	234
259. Ato de autoridade = ato administrativo	235

SÉTIMA PARTE

Capítulo XXV

ATOS ADMINISTRATIVOS RECORRÍVEIS E IMPUGNÁVEIS

260. Atos recorríveis e atos impugnáveis	239
261. O recorrimento e a impugnação	240
262. Objeto da impugnação	241
263. A matéria de impugnação e recursos	241
264. O sentido material da função	242
265. Localização das conseqüências lesivas	243
266. Impugnação e propósitos tutelares	243
267. Legitimidade impugnatória	244

Capítulo XXVI

OS ATOS ADMINISTRATIVOS NA PRÁTICA DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

268. Direito e interesse	245
269. Pressupostos nas situações afetadas	245
270. Caracterização do direito subjetivo	246
271. Lesões de posição jurídica	246
272. Caráter exterior e substancial do ato	247
273. Caracterização do interesse	248
274. Interesse legítimo ou simples	249
275. Quando se aprecia direito ou interesse	250
276. Lesão jurídica e recurso hierárquico	250

Capítulo XXVII

MODOS DE CONTROLE "INTERNO" DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

277. Comportamento do sujeito público	252
278. Distinções especulativas	253
279. O recurso hierárquico	253
280. As decisões na hierarquia constituem autotutela	254
281. A decisão na hierarquia é executória	255
282. Interesse público e ordem jurídica	256
283. Os dois <i>modos</i> fundamentais	257
284. Simplificação dos conceitos	257
285. O ato posto a exame para reexame	258
286. O ato recursal nos fundamentos	259

Capítulo XXVIII

MODOS DE CONTROLE "EXTERNO" DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

287. Fiscalização e controle	260
288. A característica do controle judicial	261
289. Mérito e juízo de conhecimento	262

290. Os elementos no ordenamento jurídico	262
291. Aspectos substanciais no controle judicial	263
292. Direito, processo e decisão	264
293. O ato e a lei	265
294. Legitimidade ou limite da legalidade	265
295. Os remédios processuais comuns	266

OITAVA PARTE

Capítulo XXIX

EFICÁCIA E VALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

296. Colocação do problema	269
297. Elementos e atributos	270
298. Validade e competência	270
299. Eficácia e capacidade	271
300. Incompetência = incapacidade	272
301. Incapacidade = ineficácia	272
302. Eficácia e validade	273
303. O que significa a eficácia	273
304. O que significa a validade	274
305. O valor das formas	275

Capítulo XXX

INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

306. Conteúdo-objeto do ato na invalidação	276
307. Conceito de invalidação	277
308. Fundamentos da invalidação	277
309. O ato na invalidação	278
310. Revogação e decadência	279
311. Pressupostos da invalidação	279
312. Eficácia temporal na invalidação	280
313. Invalidação e responsabilidade	281
314. Os efeitos da invalidação	282

Capítulo XXXI

CONVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

315. Atos defeituosos	283
316. Convalidação e nulidades	284
317. Atos que nasceram inválidos	284
318. O interesse público na convalidação	285
319. As formas-meios de convalidar	285
320. O ato na confirmação	286
321. O ato de ratificação	286
322. O ato de retificação	287
323. O ato de conversão	288
324. Convalidação e responsabilidade	288

Capítulo XXXII

EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

325. A figura jurídica da extinção	290
326. Formas de extinção	291
327. Extinção natural	291
328. A extinção diante de fatos	292
329. Extinção provocada	292
330. A extinção nos sistemas jurídicos	293
331. Extinção e anulação	293
332. Extinção e revogação	294
333. A extinção na decadência e caducidade	295
334. Impossibilidade e esgotamento da finalidade	296
335. Competência na extinção	296
336. O fato <i>prescrição</i>	297

NONA PARTE

Capítulo XXXIII

O ATO ADMINISTRATIVO CRIADOR DE DIREITOS PRIVADOS

337. Extensão da vontade administrativa	301
338. A Administração em função do Estado.....	301
339. Ato administrativo e direitos privados	302
340. Implicações fáticas e disposições civis	303
341. Separação de poderes e das funções	303
342. Regras civis insuficientes	304
343. Atos conseqüentes de ação pública	304
344. Essência do ato e finalidade	305

Capítulo XXXIV

O ATO ADMINISTRATIVO MODIFICADOR E CONDICIONADOR DE DIREITOS PRIVADOS

345. Atos e novas situações jurídicas	307
346. Fatos novos e poder legal	307
347. Matéria de direito no exercício da função	308
348. Efeitos de direito nas situações privadas	309
349. O fato gerando no ato conseqüências jurídicas	309
350. Franquias para a Administração	310
351. Atividade imposta pelas circunstâncias	311
352. Ato válido nos propósitos	311

Capítulo XXXV

ATOS ADMINISTRATIVOS EMANADOS DOS PODERES JUDICIÁRIO E LEGISLATIVO

353. A posição do ato jurisdicional	312
354. Atos do Judiciário e atos jurisdicionais	313

355. Questões administrativas e judiciais	314
356. Atos decisórios públicos	314
357. Processo civil e processo administrativo	315
358. A sentença como ato formal	315
359. Atos que se colocam na gestão interna	316
360. Atos <i>interna corporis</i> de conteúdo administrativo	316

Capítulo XXXVI

ATOS ADMINISTRATIVOS BILATERAIS

361. A dupla atividade administrativa	318
362. Normas de relação consagrando regimes	319
363. A Administração como parte	319
364. Atos de conseqüências bilaterais	320
365. Requisitos e pressupostos em tese	321
366. Concurso de duas ou mais vontades	321
367. O ato administrativo contratual	322
368. O ato na formação e essência do contrato	323

DÉCIMA PARTE

Capítulo XXXVII

PUBLICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

369. A publicidade como requisito essencial	327
370. Pressupostos que fazem condições obrigatórias	328
371. Eficácia e publicação	328
372. Instrumentos de validação	329
373. Direitos ou interesses no conhecimento	329
374. Conhecimento e execução	330
375. Ato que não produz conseqüências	331
376. Ausência de publicação ou notificação	331
377. O procedimento notificativo	332
378. A publicidade como procedimento	333

Capítulo XXXVIII

RESPONSABILIDADE PELA PRÁTICA DE ATOS ADMINISTRATIVOS

379. O valor jurídico da publicidade	334
380. Publicação e responsabilidade	335
381. Ato e responsabilidade	335
382. A responsabilidade na organização administrativa	336
383. Extensão da responsabilidade	337
384. Responsabilidade larga ou restrita	337
385. A responsabilidade no Direito Administrativo	338
386. Responsabilidade e culpabilidade	338
387. Responsabilidade e irresponsabilidade	339

Capítulo XXXIX

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

388. Administração × administrados	341
389. Desdobramento da responsabilidade	342
390. Responsabilidade por atos ilícitos e lícitos	343
391. Responsabilidade e direito ressarcitório	344
392. Sistema jurídico de responsabilidade	345
393. Responsabilidade direta e não indireta	346
394. A posição atual nos regimes	347

Capítulo XL

RESPONSABILIDADE NO PLANO GERAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA ESTATAL

395. Ato estável e responsabilidade	349
396. Ato perfeito e ato estável	350
397. Vontade administrativa, culpa e risco	352
398. Responsabilidade e direitos assegurados	353
399. Questão legal e constitucional	354
400. Extensão da responsabilidade estatal	356
Índice dos autores citados	359
Bibliografia geral de pesquisa e consulta	367

Composto na
LINOTIPADORA ARTESTILO
Rua Martim Burchard nº 112



Impresso nas Oficinas da
RUMO GRÁFICA EDITORA LTDA.
Rua Dr. Horácio da Costa n.º 1-A
C.G.C. 46.295.564/0001.08 - S. Paulo