

RECURSO ADMINISTRATIVO

F. H. MENDES DE ALMEIDA

Do Departamento Jurídico da Prefeitura
de São Paulo

SUMARIO: *Instância administrativa. Elementos essenciais e acidentais do recurso administrativo. Competência administrativa. Prescrições na instância administrativa. Atos e termos na instância administrativa. Instrução do recurso administrativo. Efeitos da instância administrativa.*

1. *Instância administrativa. Conceito. Origem da expressão.* — A expressão instância administrativa tem, em direito administrativo, diversas acepções: assim, ela exprime o ato de solicitar à administração pública à prática de uma providência, de que necessitam os administrados, ou, ainda, o reconhecimento de um interesse simples, de um direito, ou, finalmente, o deferimento de uma mercê. Por extensão, também significa o conjunto de autoridades competentes para atenderem o pedido, ou cada uma delas. No primeiro caso, se alude a “pedir pela instância administrativa”; no segundo, se fala em 1.^a, 2.^a e 3.^a instâncias administrativas.

O emprêgo da expressão para indicar o ato de pedir por via administrativa veio da terminologia adotada em processo em juízo.

Instância (do latim: *instantia*) significa pedido urgente. Em direito processual toma três sentidos, a saber: a) o de conjunto de atos e termos, principais, acidentais e acessórios que possam ocorrer numa causa; b) o de demanda ou lide; c) o de cada um dos graus a que se dirige um pedido.¹ No processo administrativo, verificam-se os sentidos da letra “a” e da letra “b” e, finalmente, um sentido terceiro em que se confunde, por analogia, o ato de pedir com o meio de pedir. Assim, na disciplina aqui versada, instância administrativa significa: a) o conjunto de atos que participam de um processo administrativo, desde o seu início até à solução do pedido; b) cada um dos graus hierárquicos a que se pode pedir; c) o meio de pedir, isto é, o recurso administrativo, de que se falará especialmente em lugar adequado.

As regras, por que se pode dirigir à autoridade administrativa um pedido, tomam o nome de processo administrativo. Por antonomásia, também se dá o nome

1 Gusmão: *Processo Civil e Comercial*, 2.^a ed. (1926) ed. Livraria Acadêmica. cap. 34, n.º CXI, p. 399.

de processo ao pedido autuado, numerado e protocolado que se destina à administração pública.

2. *Meios de ingressar na instância administrativa.* — Desnecessário é demonstrar que todo aquêlê que deseja obter certa coisa, ou aproveitar ato praticado por outrem, deve dirigir-lhe um pedido. O simples desejo não pode gerar a satisfação do que se quer. É preciso externá-lo. O meio de o fazer é entrar na instância administrativa, o que se dá por um recurso administrativo. A forma de pedir, que no caso deve ser gráfica, toma vulgarmente o nome de requerimento. Mas, na boa técnica, o meio de endereçar êsse pedido, a quem esteja habilitado a atender, toma o nome de recurso administrativo. Recurso administrativo é, portanto, o meio por que se ingressa na instância administrativa. Por êle, se inicia a instância administrativa e até que não seja solucionado o pedido, persiste ela para a apreciação do que se contém no requerimento dirigido pelo administrado à administração pública.

A tutela do Estado, já a jurídica, que se refere a direitos, já a “não contenciosa” que se refere a interesses simples tanto pode provir de fonte judiciária (como ocorre por exemplo nas ações, ou ainda nos processos administrativos que se desenvolvem em juízo, tais como inventários e desquites amigáveis e justificações, por exemplos) quanto pode provir de fonte administrativa. A tutela que provém desta fonte é decorrente do ato com que se inicia a instância administrativa, ou seja, o recurso.

Recurso, em direito judiciário, é o pedido refeito à autoridade superior em vista de a imediatamente anterior não ter dado solução satisfatória ao recorrente. O primeiro pedido em juízo não toma tradicionalmente êsse nome. Dá-se, porém, ao segundo. Em direito administrativo, de revés, *recurso* se aplica invariavelmente a todos os pedidos que, permitidos por lei, um administrado dirija à administração pública. Em suma, a acepção do vocábulo é aqui mais ampla do que no direito judiciário, e, assim, se alude, em nossa disciplina, a recurso e a recorrente, quer se trate de renovação de pedido, quer se trate de um primeiro pedido.²

3. Se, como ficou dito, recurso administrativo é o meio por que o administrado solicita da administração pública, apresenta-se-nos agora a necessidade de traçar uma classificação dos recursos administrativos.

Os recursos administrativos se dividem em razão: a) do seu conteúdo; b) dos seus destinatários; c) da sua obrigatoriedade ou não obrigatoriedade.

Quanto ao conteúdo, os recursos podem versar: 1.º) uma providência administrativa que afete a situação de administrados (recurso menor), concorrendo para o bem estar, caso em que se fala em recurso simples; 2.º) o reconhecimento de um interesse simples (médio), isto é, não protegido por ação; 3.º) o reconhecimento de um direito do administrado (maior) que, por não ter espírito afeito a demandar, prefere, por prevenção, provocar a administração pública, a fim de que esta lhe reconheça o direito e o respeito; 4.º) uma mercê ou favor, cujo provimento fica (máximo) a arbítrio da administração pública fazer ou deixar de fazer. Os recursos do 1.º, 2.º e 4.º tipo sòmente podem ser atendidos, quando isso não importe em infringir o bem estar geral dos administrados. Os recursos do 3.º tipo são medidas conciliatórias que o administrado utiliza na per-

2 Cf. Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, II, cap. II, parág. 1.º, n.º 2, p. 66, onde também encara a expressão nas bases do contencioso administrativo.

suassão de evitar o envio do assunto aos tribunais. Nestas condições estes últimos se tornam inoperantes, quando os recorrentes, antes de solução na instância administrativa, ingressam em juízo, regra que não se aplica aos recursos obrigatórios, de que se falará adiante.

Quanto aos seus destinatários, isto é, as autoridades administrativas que possam dar-lhes solução, os recursos administrativos se classificam em de 1.ª, 2.ª e 3.ª instâncias, o que varia tendo em vista a natureza do pedido bem como o traçado de competência administrativa que as leis, regulamentos e demais atos administrativos formais dispuserem a respeito dos funcionários que devam dar-lhes solução.

Quanto à obrigatoriedade e à não obrigatoriedade dos recursos, ela é preestabelecida em leis. Recursos há que têm exercício voluntário, isto é, os recorrentes o exercitam na instância administrativa porque querem. Eles se dizem, pois, voluntários e, exceto a hipótese de desistência dos recorrentes, são dirigidos à administração pública porque os recorrentes, antes de cogitar de ir a juízo, os preferem já por espírito de conciliação, já para colher pronunciadamente o resultado de seu pedido a fim de ingressar em juízo, no caso de não serem atendidos. Quando, para exemplificar, um expropriando dirige uma solicitação ao poder público expropriante a fim de que, por acôrdo, obtenha preço razoável por um imóvel que está em sua propriedade mas atingida pela cláusula de utilidade pública, há recurso administrativo voluntário. Desde que, durante os entendimentos, o expropriado desiste do acôrdo, já no corpo do processo administrativo, já ingressando em juízo, termina o recurso voluntário e o processo administrativo, não levado a têrmo, perde seu objeto. No caso em exame, o recurso voluntário é comparável à conciliação, que, no direito dos antigos praxistas, era um momento anterior ao juízo, na qual os magistrados propunham às partes litigantes que renunciassem as aventuras de uma demanda.

Além dos recursos voluntários, há-os obrigatórios, e são aquêles que os recorrentes não podem deixar de exercitá-los, visto como a lei assim o exige. Os recursos necessários são poucos no direito administrativo positivo brasileiro. Referem-se a assuntos relacionados com os direitos dos funcionários.

A imposição referente aos funcionários públicos, no sentido de que sòmente podem ingressar em juízo quando esgotada a instância administrativa, é a única regra que estabelece as medidas em que se devem expandir os recursos necessários. Recurso necessário, no Brasil, é, pois, até mais ver, recurso cujo objeto é *direito de funcionário*.

Aparentemente o recurso necessário é uma restrição ao direito de petição, porquanto o seu estabelecimento em lei importa em forçar funcionários a requererem em instância administrativa antes de entrar em juízo. Mas, tal, porém, não se dá. Sendo o direito de petição suscetível de restrição ética, não seria razoável que tôdas as vèzes em que se desse o caso de reclamar em prol de um direito decorrente de uma situação especial como a dos funcionários, a êstes fôsse permitido, desde logo, pedir aos tribunais. Com efeito, em regra geral, um direito de funcionário não é atendido logo e assim satisfeito porque a engrenagem da administração pública, dada a sua complexidade, não dispõe de elementos para fazê-lo desde logo. A passagem pela instância administrativa é, por isso, providencial e, nas mais das vèzes, evita a ida inútil aos tribunais. Tem, portanto, função preventiva dúplice, porque, conforme o caso, possibilita ao recorrente ver-se reconhecido no seu direito, ou, em não o sendo, lhe dá elementos incontes-

táveis de que a administração pública não lho reconhece, a não ser em razão de controvérsia e contenda, de que se tire sentença.

Segundo a técnica italiana, o 1.º recurso administrativo, quando versa direito de administrado se chama: Oposição. O 2.º, interposto a autoridade imediata, toma o nome de recurso hierárquico. O 3.º é conhecido como recurso extraordinário.³ A terminologia em aprêço, contudo, não tem aplicação ao nosso direito positivo, razão por que vai mencionada, aqui, de passagem.

4. *Instauração de instância administrativa.* — A instância administrativa é instaurada com o recurso administrativo. O ato inicial é, pois, o requerimento, quando entregue à administração pública, que dá ao recorrente prova do recebimento (cartão de protocolo). Este é o modo comum em que se inicia a instância administrativa. Excepcionalmente, entretanto, pode iniciar-se a instância administrativa sem requerimento do administrado. Em tal caso, pois, a lei estabelece uma ficção e esta vale como se o interessado provocasse o pronunciamento. Quando, por exemplo, em matéria que a lei prevê, um processo administrativo se inicia baseado numa circunstância, a ser comprovada após, mas não apontada pelo próprio interessado, dá-se um recurso por ficção. Sirva de exemplo o decreto-lei municipal paulistano n.º 326, de 22 de dezembro de 1945, o qual determinou a atribuição do salário-família aos servidores públicos, mediante habilitação, apenas, com a exibição de certidões de nascimento e fornecimento de informações depois de iniciado o processo.

Não há instância reinstaurada por ficção, quando um funcionário, no propósito de informar, esclarece o erro de um despacho definitivo, antes de este ser divulgado. Em tal caso, a instância é a mesma. O que se modifica, ou não se modifica é o despacho que a poderá trancar.

Expostas as idéias preliminares acêrca da instância e dos recursos administrativos passar-se-á ao estudo dos elementos constitutivos do recurso administrativo, conforme se verá do tópico seguinte dêste trabalho.

5. *Elementos essenciais do recurso administrativo.* — Como se deixou escrito, o recurso administrativo é o ato por que ocorre a instauração da instância administrativa.⁴ Considerada, entretanto, como uma sucessão de atos e termos, o recurso administrativo, como é ocioso justificar, se nos apresenta com os seus elementos constitutivos essenciais e acidentais. Falaremos em seguida dos primeiros.

Todo recurso supõe: 1.º) um recorrente; 2.º) um objeto; 3.º) um recorrido; 4.º) um fim.

Recorrente é todo administrado que endereça à administração pública um pedido. Objeto do recurso é o que nela se pede. Recorrido é a administração pública a que se dirige o pedido. Fim do recurso é o que, com o seu provimento, o recorrente visa.

O recorrente pode, na instância administrativa, ser direto, ou, ainda, pedir por intermédio de outrem que, em tal caso, mediante outorga de poderes especiais,

3 Cf. Zanobini, obra citada, vol. II, cap. II, n.º 3, ps. 67, 68.

4 Reproduz-se, aqui, a lição de Zanobini, que considera o recurso administrativo um ato inicial da tutela administrativa (Zanobini, ob. cit., II, cap. II, n.º 2, vg. 67). Consideramos, porém, além disso, o recurso não só um ato, mas também um complexo de atos e termos, isto é, quando a expressão se confunde, em linhas gerais, com a instância administrativa. Quanto à possibilidade de se considerar um recurso administrativo, em tal caso, ato complexo ou sucessão de atos cuja condição resolutiva está no ato principal, dar-se-á alguma coisa em lugar próprio dêste trabalho.

age como procurador. O mandatário, na instância administrativa, basta que apareça com poderes extra-judiciais de representação. Cessa, entretanto, o mandato, se o mandante passa a acompanhar o recurso, exceto se comparece a chamado da administração pública para atender a acidental necessidade de algum esclarecimento rigorosamente pessoal. Também se admite na instância administrativa, a representação extra contratual proveniente da gestão de negócios. Necessário é, todavia, que haja entre o gestor e o objeto por êle pedido uma razão que justifique o exercício do petitório, como seja, por exemplo, relação de parentesco entre o gestor e aquele a quem aproveitaria o pedido, em não ocorrendo ausência, ou morte. Ao recorrente é exigida, como é óbvio, legitimidade. Assim, a qualquer é permitido o exercício de direito de petição, já na instância administrativa, já na instância judiciária. Se, porém, o objeto do pedido não é tal que possa colher bom despacho em razão de faltar ao recorrente qualidade para recorrer, o recurso tem indeferimento por vício de legitimidade de quem recorre. Há administrados que requerem tudo, em juízo, ou fora dêle. Não atendidos, irritam-se. Ignoram que deve haver sempre uma causa do pedido, isto é, uma razão objetiva que o justifique. Assim, não é bastante que o recorrente peça, na instância administrativa, o que bem entenda. É preciso que peça o que, por suas qualidades, possa pedir. Se um administrado pede certidões acêrca de um inquérito administrativo aberto quanto a funcionário, não tem legitimidade o seu pedido, porque, por decôro, as peças em exame só podem ser objeto de certidão depois de concluída a fase correcional e a pedido daquele a quem o inquérito administrativo atingiu.

Objeto do recurso, como foi dito, é o que nele se pede. Deve ser certo, embora alternadas as soluções pedidas. Quando o objeto é vago, o recurso é inócua. Assim, se Tício requer que se abra sindicância quanto a presumível irregularidade administrativa que o poderá prejudicar, o objeto é vago e o recurso, embora recebido, não colhe, porque mesmo despachado em favor de Tício, não esclarece o prejuízo alegado pelo recorrente em dados não positivados.

O objeto do pedido deve ser exposto com clareza, e em vernáculo. Não há formulário para recorrer. Entende-se, contudo, que a expressão “requerer em termos”, usual em praxe administrativa, impõe ao recorrente que exerça o seu direito de petição dentro das normas da cortezia. Por outro lado, admitido o recurso administrativo, quando contenha palavras ásperas e apreciações imprecidentes, não pode o despachante deixar de apreciá-lo e despachá-lo com o seu fundamento.

O recorrido é a administração pública destinatária do recurso. Ela opera por meio de órgãos despachantes, de que se falará, em especial, em lugar próprio.

O fim é o que o recorrente visa. Não sendo o despacho definitivo favorável ao pedido, é claro que, em tal caso, o fim não se confunde com o efeito. O fim é elemento do recurso, mas provindo da razão subjetiva, ou seja do escôpo que o recorrente prefigurou na sua psicologia, como um pressuposto e determinante do recurso. O efeito pode coincidir com o fim, ou não o fazer. Assim, o efeito é também um elemento essencial do recurso. Porém, não tem preponderância na teoria dos recursos administrativos, porque exceto nos casos de recursos necessários, sempre que o recorrente visa o respeito de seu direito e o pede na instância administrativa, não se vendo atendido, vai a juízo resultado que, como é óbvio, não é do recurso, porquanto o exercício da ação independia da instância administrativa. Por outro lado, se o recurso versa providência, interêsse simples

ou mercê, quando não provido, nenhum efeito produz, porquanto o "statu quo" anterior à instância administrativa é inalterável.

6. *Elementos accidentais do recurso administrativo.* — Dois elementos podem ocorrer, nos recursos administrativos, de modo não obrigatório e concorrente: *térmo e condição.* Térmo é o prazo dentro no qual é admissível a recepção e o provimento de um recurso administrativo. Há matérias que, na instância administrativa, podem ser apreciadas e despachadas a qualquer tempo. Outras, pelo contrário, têm um tempo que lhes é designado. Não têm termo prefixado os recursos que, em geral, não versam direitos e deveres dos funcionários. Os que versam direitos de administrados têm prescrição indicada nas leis civis. Os que versam direitos de funcionários têm prescrição prevista nas leis que regulam a sua situação especial. Quando se referir a prescrição, falar-se-á, em particular, dos termos correspondentes a cada espécie dos recursos acima mencionados.

Condição, em recurso administrativo, é um acontecimento futuro e incerto que reflete sobre o direito objeto do recurso, modificando-o ou excluindo-o, tal como ao direito. A condição não tem grande importância nos recursos administrativos. Casos há, todavia, em que necessário se torna dar-lhe atenção. Assim, um funcionário nas condições de gozar de licença-prêmio e atingido pela necessidade de um inquérito administrativo, não pode requerer o gozo da referida licença, sem que o inquérito se conclua e com a sua absolvição. Há aí duas condições que impedem o uso adequado do recurso administrativo. A primeira é o fato que deu origem ao obstáculo de gozar de licença-prêmio, isto é, a falta funcional a ser apurada (condição suspensiva); a segunda é que a solução do inquérito seja em favor do funcionário (condição resolutiva) ou em seu desfavor (condição resolutiva). O uso de recursos administrativos, sempre que a solução do respectivo objeto pende de condição, é inócuo e, por analogia, o recorrente que o leva a efeito é equiparado à parte ilegítima, pois, pede o que ainda não pode pedir, visto como, embora tivesse qualidade para fazê-lo, na pendência da condição, a viu periclitár.

7. *Competência administrativa.* — Competência — é a porção de autoridade que é determinada em relação a um órgão, a fim de que aprecie e resolva o que lhe é oferecido. Quando a competência contém o poder de julgar e decidir de uma causa ou ação, ela se diz competência jurisdicional. Assim, a idéia de jurisdição pode participar da idéia de competência, como se dá no caso da competência dos órgãos do Poder Judiciário; pode haver competência de atribuições administrativas apenas, o que se dá, em menor escala, no Judiciário (quando exerce função administrativa) e no que concerne à administração pública.

Os velhos escritores de direito administrativo brasileiro tinham sobre o tema aqui versado idéias totalmente diversas das que ficaram rapidamente expostas. Dominava-lhes a concepção o sistema francês, que, como se sabe, para ações em que o Estado é o interessado dispõe de tribunais especiais cujos julgadores são membros da própria administração pública que, assim julga em causa própria. Por êsse motivo, diziam êles que, quando a administração pública exercia função administrativa no sentido preciso da expressão, estava em posição de jurisdição graciosa, ao passo que, quando julgava, se situava na de jurisdição contenciosa ⁵.

5 Cf. Uruguai: *Ensaio sobre o direito administrativo*, I, ps. 77-124; Ribas. *Direito Administrativo*, p. 113, onde observa que as funções administrativas ativas são espontâneas e jurisdicionais, sendo estas as que dependem de provocação e divisíveis em jurisdicionais graciosas e jurisdicionais contenciosas conforme versem interesses simples,

O razoável é, porém, o que está muito longe da lição sem dúvida respeitável daqueles mestres. Assim, embora haja ainda entre nós, sob forma rudimentar, o contencioso administrativo, a verdade é que se deve considerá-lo tènicamente alheio à matéria administrativa. “Administrativo” é sinônimo de não-contencioso; judiciário o é de contencioso. Se o Poder Judiciário também tem competência que não importe em jurisdição, essa competência é administrativa. Mas, o Executivo, pelos órgãos que animam a máquina da administração pública sòmente dispõe de uma competência: a de atribuições.

Competência administrativa é a soma de atribuições que a lei destina aos funcionários públicos. Para o efeito de competência administrativa não importa o critério do fóro. Assim, o recorrente pode residir fora do Brasil, sem que isso seja razão para que não possa dirigir-se à instância administrativa e nela ingressar. Em tal caso, porém, em se fazendo necessários esclarecimentos que sòmente o recorrente pode prestar, o recurso corre o risco de não ser provido por faltar-lhe a instrução exigida.

Recorrido, como ficou dito⁶, é sempre a administração pública, seja como administração federal, estadual, ou municipal, seja como administração autárquica (v. g. Institutos de Aposentadoria e Pensões) ou, paraestatal (v. g. Banco do Brasil, Banco do Estado). Cumpre, no entanto, distinguir os destinatários dos recursos no seu aspecto formal e em seu aspecto real. É claro que o recurso administrativo, endereçado, como é, a uma das administrações públicas acima citadas, tem, necessariamente, nela o seu destinatário real. Porém, como as pessoas jurídicas realizam a sua vontade pelos órgãos de que se constituem, é claro que a administração pública pressupõe destinatário formal, isto é, instrumentos de sua atividade aos quais deve ser endereçado o recurso administrativo. Tais instrumentos e órgãos são os funcionários que devem examinar os recursos, informá-los, instruí-los e apreciá-los, a fim de que sejam solucionados.

Observe-se: embora todo funcionário tenha a sua competência traçada em leis, decretos, regulamentos, ordens e avisos, nem sempre podem estes servidores dar soluções dos recursos administrativos. É que a competência, que lhes é traçada, não lhes confere êsse poder. Vem daí a lição que se segue. Nem tòda competência administrativa é tal que permite a um funcionário solucionar os recursos administrativos. Urge, pois, que, além da competência geral, êle tenha competência especial. Para bem compreender a importância da questão, é preciso que se recorram algumas noções que são preliminares no estudo do direito privado.

“Capacidade”, em direito civil, é a “extensão dada aos poderes de ação contidos na personalidade”. Essa capacidade ou se resolve numa aptidão completa para os atos da vida civil (capacidade de fato), ou se resolve em adquirir direitos por outrem (capacidade de direito). Na competência administrativa para solucionar recursos administrativos, se exige *capacidade pública* e não mera *capacidade funcional*. Assim, sòmente aquele que exerce função, para que a lei designou o poder de solucionar recursos administrativos, tem capacidade pública. Os demais, embora competentes, por serem funcionários, não estão em adequação àquela função. A solução de um recurso administrativo supõe, portanto, legitimidade do órgão

ou direitos. Veja-se, também, Veiga Cabral, (*Direito Administrativo Brasileiro*, ps. 51 e segs.) e Rêgo Barros (*Elementos de Direito Administrativo*, ps. 3-4) e, para subsídio, Justino Antônio de Freitas: *Instituições de Direito Administrativo Português*, (2.^a ed.: 1861), onde as idéias tomam rumo diferente.

6 Cf. n.^o 5, do Cap. II do texto.

despachante, seja originária, seja delegada nos casos que a lei permite, e quando o órgão despachante é inadequado, não tem competência especial, ou seja capacidade pública exigida para a espécie, dá-se o que chamam “vício de legitimidade”.

A competência especial é prevista em leis, decretos, regulamentos, ordens e avisos. Como um dos atributos da hierarquia é o de facilitar a competência administrativa especial no silêncio da lei, o substituto é competente para solucionar recursos administrativos na falta do titular substituído, o mesmo ocorrendo com o suplente, enquanto em exercício na suplência (função pública ocasional) e ao funcionário-de-fato cujos atos sejam posteriormente validados em virtude de lei. Não colhe, todavia, a purga de sua ilegitimidade o usurpador de funções, ou de cargo. Em tal caso, o vício de ilegitimidade é irremovível e, sendo provido o recurso administrativo, o ato solucionador pode ser anulado judicialmente, já que, embora nulo em direito administrativo, desde que verse direito, somente o judiciário poderá cancelar seus efeitos. Além do que, é possível ao órgão competente revogar o ato do usurpador, quando, além do vício de ilegitimidade, surja também o vício de mérito, isto é, defeito de solução do recurso administrativo. O exercício da auto-impugnação é que contém a possibilidade da revogação lembrada. Na prática, entretanto, nem sempre êle produz efeitos benéficos e, por isso, para bem proceder diante da usurpação, urge que se tomem cautelas caso por caso.

8. *Competência exclusiva. Competência delegável. Competência incidente. Competência transitória.* — A competência diz-se exclusiva, quando pertinente a um só funcionário, sem possibilidade de delegação. Delegável é, ao contrário, a competência que pode ser exercida por outro funcionário, quando a lei expressamente não vede. Incidente é a competência do substituto e do suplente. Transitória é a competência do funcionário-de-fato, retificados os atos por êle exercidos de boa fé.

Quando um recurso em determinada instância somente pode ser resolvido por quem tenha competência exclusiva, a delegação ilegítima o ato solucionador que, no entanto, pode ser purgado, com a retificação de quem tenha competência exclusiva. Salvo assentimento expresso da lei, já por via do princípio da hierarquia, já por observância da rapidez como qualidade da função ativa da administração pública, a competência delegada não pode ser novamente delegada. Vigora, então, o princípio de que “delegatus delegare non potest”.

9. *Prescrição na instância administrativa.* — Direito só há quando há uma ação que o assegura⁷. Assim, embora o interesse exista na idéia do direito, nem todo interesse é direito; pois há os interesses que não são protegidos por ação. Ora, como vimos, o objeto de um pedido na instância administrativa tanto pode referir-se a uma providência de que necessitam os administrados, como a interesses simples, mercês e, finalmente, direitos (interesses jurídicos, isto é, protegidos por ação). Por êsse motivo, já que a prescrição é o não exercício de ação correspondente a um direito, somente se pode falar na aplicação da prescrição onde se trate de direito. Como última consequência, portanto, não há prescrição, na instância administrativa, a não ser quando o objeto do recurso é um direito, ou, ao menos, uma relação que, mediante ação declaratória, possa dar ensejo a que se conclua pela existência de um direito.

7 Cód. Civil, art. 75.

Se não há prescrição, onde não há ação e se não há ação, onde não existe direito, já que a instância administrativa não é judicante, pode-se falar, aqui, em prescrição?! Eis aqui uma questão que envolve indagação, visto como dela se trará a conclusão sobre se a instância administrativa prescreve, ou não está sujeita à prescrição.

A idéia de prescrição liga-se à de ação. Assim, diz-se que o direito prescreveu, quando o titular, sabendo-o violado, ou simplesmente ameaçado de violação não se defendeu, dentro do tempo que a lei marca, a fim de se realizar essa defesa. Em suma, defende-se um direito violado, ou ameaçado, por meio de ação, e, por isso, o direito, sendo protegido por ação, só se deve reputar desprotegido, dentro do prazo que a lei prefixa, quando o seu titular, escoado o mesmo, não se defende em juízo. Entretanto, há uma distinção antiga entre prescrição do direito e prescrição da ação, e, por isso, a sua compreensão pode trazer luzes para que se compreenda que, por extensão, também se pode admitir prescrição da instância administrativa em matéria de direito, equiparando os recursos administrativos a processos preventivos, cujos prazos se contam também quanto às ações preventivas.

Recorrer em *térmo* próprio significa exercer defesa dentro do prazo da lei. Assim quem não a exerce, renuncia ao benefício da ação. À posição de inércia, pois, corresponde a sanção do tempo. Mas, se somente por ação se defende o direito, como é possível admitir que êle prescreva, dentro de um prazo assinalado, apenas, para recorrer na instância administrativa, onde não há ação? É evidente, aqui, o erro. A ação é o meio normal pelo qual se defende o direito; não é, porém, o único, pois também pelo protesto, pela ressalva, pela retenção, pelo arresto, pela caução, pela interpelação judicial e pela detenção pessoal, é possível assegurar direitos⁸. Nestas condições, o meio preventivo também assegura direitos, antes da ação. Portanto, quando se fala em prescrição na instância administrativa, se considera o recurso administrativo como um meio preventivo e o prazo a êle deferido se estende igualmente à ação. Quem, pois, não usa do recurso administrativo, quando a lei obriga e dentro do prazo por ela fixado, se arrisca a ver o seu direito prescrito e assim a ação correspondente. Quando a lei não obriga ao recurso administrativo (casos de recurso voluntário), entende-se que o recorrente tem um termo único, dentro no qual, deve defender-se já na instância administrativa (prevenção), já na instância judiciária (ação). Se não o faz, a obrigação geradora do direito perece e a defesa tardia não opera. É bem de ver que, assim, nos recursos voluntários, isto é, nos que administrados usam porque querem, pode a instância administrativa anteceder a judiciária, ou, no caso de provimento, ser renunciada a primeira pela última ou vice-versa, observado, entretanto, o *térmo legal*. Nos recursos obrigatórios, porém, são intimamente relacionadas as duas instâncias e a renúncia da primeira tranca a última, contando-se o prazo de exercício da ação a partir da data em que deveria o requerente exercer o petição na instância a que está obrigado por disposição de lei.

Importantes conseqüências tem o que ficou exposto. São as seguintes: a) quando a lei alude a prescrição do direito e da ação, o prazo vale igualmente para as instâncias administrativa e judiciária; b) a renúncia da via administrativa, mesmo em caso de não haver prescrição, a esta se equipar em virtude

⁸ Carlos de Carvalho: *Direito Civil*, art. 332; Coelho da Rocha: *Instituições de D. Civil Português*, I, p. 51; Lacerda de Almeida: *Obrigações*, cap. IX, ps. 413-427, ed. de 1897.

de não ter sido percorrida (nos recursos necessários); c) nos recursos necessários a instância administrativa suspende a prescrição da ação e do direito; d) nos recursos voluntários, o não uso da via administrativa impede a suspensão da prescrição da ação, quando se conta o prazo a partir da data do ato que violou ou ameaçou o direito, mas não significa desprezo de meios assecuratórios de ordem preventiva; e) em todos os casos que versem direitos, o ingresso na instância administrativa suspende a prescrição e, assim, seus efeitos.

9-A. A prescrição, como vimos, é uma ocorrência ligada à idéia de ação. É, portanto, originariamente um episódio do processo comum judicial. Por essa razão, a matéria, no nosso direito positivo, consta, quase sempre, da legislação civil apesar de se tratar de capítulo de direito adjetivo. É, pois, ali que poderemos encontrar os principais lineamentos em que se funda a prescrição aplicável à instância administrativa, exceto quanto aos recursos necessários porquanto estes prescrevem e assim os direitos que visam, de acôrdo com o que dispõem as leis especiais que os regem, isto é, os Estatutos de Funcionários.

O recurso administrativo voluntário prescreve em cinco anos⁹ sempre que tenham por objeto dívida passiva da União, dos Estados e dos Municípios. Corre, igualmente, a prescrição no mesmo prazo, quanto às ações em geral, exceto se reais.

O recurso administrativo necessário, se se refere a atos que deram origem a demissão, aposentadoria ou disponibilidade de funcionário, prescreve em cinco¹⁰, e se se refere a outros direitos de funcionários, em cento e vinte dias. Uma interessante questão surge, nesta altura. Os Estatutos de Funcionários dispõem que, “nos demais casos”, isto é, quando o objeto do recurso não seja ato de que decorrem demissão, aposentadoria, ou disponibilidade de funcionário, a prescrição é de 120 dias. Estará certo que tal se dê, desde que o Código Civil, em seu art. 178, § 10, n.º VI, estabelece que “tôda e qualquer ação contra as Fazendas” prescreve em cinco anos? Sabendo-se que a prescrição é regulada por lei federal, pode admitir-se que o Estado encurte prazo de recurso?! A questão se resolve como vai adiante.

A prescrição é matéria de direito adjetivo. Mas, como a ação é um atributo do direito positivo e a prescrição cancela êsse atributo, o princípio de que “jus dormientibus non succurrit” é desenvolvido no direito substantivo. Assim em matéria geral, figura em leis civis. Em matéria funcional, aparece no preccituário

9 Cód. Civil, art. 178, § 10, n.º VI: “As dívidas passivas da União dos Estados e dos Municípios, e bem assim tôda e qualquer ação contra a Fazenda Estadual, ou Municipal: devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato, do qual se originar a mesma ação. A mesma disposição se encontra no decreto federal n.º 20.910 de 6 de janeiro de 1932. No mesmo sentido, o decreto federal n.º 5.761, de 25 de junho de 1930. Nas ações reais, a prescrição é de 30 anos.

10 Estatuto dos Funcionários Públicos da União (decreto-lei n.º 1.713, de 28 de outubro de 1939) art. 222; Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado (decreto estadual n.º 12.273, de 28 de outubro de 1949) art. 220; Estatuto dos Funcionários Públicos do Município do Estado de S. Paulo (decreto-lei n.º 13.030, de 28 de outubro de 1942), art. 211. Os três atos por nós citados usam desta expressão: “O direito de pleitear, na esfera administrativa... prescreve”. Como é ocioso esclarecer a “esfera” a que se alude é a “instância”, porque “pleitear”, nesta “esfera”, e dentro da lei, sômente pode ser por meio de *recurso*. De qualquer modo, todavia, o texto está mal redigido, porque o direito relativo a demissão, aposentadoria, ou disponibilidade têm termo comum tanto para a esfera administrativa quanto para o judiciário e, assim quem renuncia a primeira, em cinco anos, tem o seu direito prescrito, isto é, sem ação.

que rege os direitos e obrigações oriundos de situação de funcionário. Como quer que seja, os Estatutos são claros: “O direito de pleitear, na esfera administrativa, prescreve: “Em cento e vinte dias nos demais casos” (isto é, nos casos, que não se referem a demissão, aposentadoria, ou disponibilidade). Esta expressão “na esfera administrativa” não significa, no texto, que, quem não entra em juízo dentro de 120 dias, vê o seu direito prescrito. Antes, êle obriga o funcionário a ingressar na instância administrativa a partir do ato impugnado, visto que o funcionário só pode recorrer ao Judiciário depois de esgotados todos os recursos de esfera administrativa, ou, quando o processo, passados 90 dias, por deliberada inércia do recorrido através de seus órgãos despachantes, não é despachado”. Assim, compreenda-se: os 120 dias de termo do recurso resultam, no texto legal, do caráter obrigatório dos recursos necessários, como são todos aqueles que se referem a direitos de funcionários. Por outro lado, se, escoados 90 dias, a administração pública recebe o recurso e não o despacha negativamente ou afirmativamente, a inércia equivale ao despacho negativo e o recorrido pode então ingressar em juízo¹¹. Sábia foi, como se vê, a orientação do legislador. Hoje tôda a matéria de direito de funcionário, antes de ir a petição judicial, deve percorrer a instância administrativa. Mas, em compensação, há na lei, também, um termo para que se dê, na via administrativa, solução ao caso. Se, passado êsse termo que é de 90 dias, não houver qualquer despacho, entende-se que houve negativa, isto é, que o pedido colheu indeferimento. É uma sanção indireta contra altos funcionários que engavetam recursos por prazos infindos, supondo que o seu arbítrio, resolvendo-se em inércia, exclui o ânimo de petição dos administrados. Infelizmente, a referida sanção somente vigora quanto a funcionários e, mesmo assim, não foi compreendida racionalmente pelos órgãos despachantes que, como de costume, continuam a reter processos em prejuízo dos recorrentes e êstes não vão à esfera judiciária logo depois de 90 dias.

9-B. Pelo decreto-lei federal n.º 1.202, de 8 de abril de 1939, havia um prazo de 30 dias, dentro no qual o administrado, em não se tratando de matéria de direito de funcionário, poderia recorrer de atos administrativos em geral desde que atentórios à União e às leis, ou importassem em rescisão ou celebração de contrato de concessão de serviços públicos. Êsse termo, porém, não mais vigora porque embora o decreto-lei n.º 1.202-39 de todo em todo não tenha sido revogado, perdeu sua aplicabilidade, quando as Assembléias Estaduais começaram a funcionar.

9-C. *Suspensão e interrupção do prazo prescricional.* — A prescrição, como foi observado, constitui sanção do tempo à inércia de um titular de direito, quando êste, em caso de ameaça, ou violação, não o defende, já preventivamente (pelos meios assecuratórios prévios, isto é, interpelação, arresto, seqüestro, caução, detenção pessoal ou recurso administrativo, quando êste seja obrigatório) já ativamente (por meio de ação). Porém, a prescrição pode ter suspensão, precisamente se, estando a escoar o prazo para a defesa de direito ameaçado, ou violado, o seu titular passa a defender-se. Assim, na instância administrativa, suspende-se uma prescrição que está a correr, utilizando o recurso administrativo (em sendo caso de recurso necessário, como condição “sine qua non” para ingresso em juízo; em

11 Dec.-lei est. n.º 13.030/42, art. 212 e art. 210. § 1.º.

12 Cf. Fernando Mendes de Almeida: “Um caso em que o silêncio da A. Pública determina base na carência de ação”. S. Paulo, 1943.

sendo caso de recurso administrativo voluntário, como opção pela via administrativa antes da judiciária) ou ingressando, sem delongas, em juízo. Na instância administrativa, a prescrição não corre, quando o recurso administrativo é interposto e o seu objeto está em exame nas repartições públicas. Se, porém, o recorrente tarda em prestar esclarecimentos necessários às repartições interessadas no exame do objeto do recurso, ou, se não repete em instância superior o que viu indeferido na anterior deixando o prazo escoar, o mesmo volta a ser contado da data da inércia do recorrente e o que seria suspensão passa simplesmente à categoria de interrupção, caso em que o prazo é contado por ajuste de conta dos dias em que o recurso administrativo não foi utilizado e o restante prazo em que, chamado a esclarecimentos ou tendo de repelir na via administrativa, o recorrente não o fez¹³.

Em suma, suspende-se a prescrição com a manifestação incontestada de que não se deseja abandonar a defesa, inerente ao direito, mas, se, ao meio dessa providência, o recorrente não presta esclarecimentos que a instância administrativa demanda, volta a ser-lhe aplicável a sanção destinada à inércia, e o prazo prescricional suspenso passa a considerar-se simplesmente interrompido, contando-se os dias “a quo” e “ad quem” entre os quais medeou o recurso administrativo. O termo legal de defesa, em casos tais é interrompido apenas e, destarte, a prescrição que parecia estar suspensa, foi apenas interrompida, pelo abandono do recorrente.

9-D. *Deserção de recurso administrativo.* — Um recurso administrativo se torna deserto, quando o seu objeto, isto é, o que nele se contém em forma de pedido, perde sua razão de ser, seja por perecimento, seja por ter sido satisfeito em virtude de circunstâncias alheias ao recorrido e ao recorrente. Quando, por exemplo, o que se pede por via administrativa, antes de chegar ao conhecimento do órgão despachante, é atendido, desaparece o objeto do recurso administrativo. O recorrido foi ao encontro do visado pelo recorrente, ainda sem conhecer o objeto do recurso, e, assim, perece este ficando o pedido prejudicado. Mas, um pedido pode ser prejudicado também, em virtude de circunstâncias totalmente alheias ao recorrente e ao recorrido. É o que se dá, quando o recurso administrativo é endereçado na base de uma lei e outra sobrevém que, tendo aplicação retroativa e por isso aplicando-se aos casos pendentes na instância administrativa, altera, de todo em todo, a evolução do recurso administrativo. Tais hipóteses ocorrem, sobretudo, embora não exclusivamente, quando se trata de leis sobre o estado especial de que se reveste a situação de funcionário, e, assim, o caráter prejudicial sobrevindo advém da manifestação especial da força maior, que é o “ato do príncipe”, isto é, modificação que a lei trouxe à matéria do pedido, atingindo-o na posição de pendência.

9-E. Finalmente ainda nesta parte dêste trabalho, é de se saber se há direitos imprescritíveis em matéria administrativa restrita, isto é, no que se refere a direitos de funcionários. Há sobre o assunto duas tendências, a saber: a) a dos que entendem que todos os direitos devem ser reconhecidos por um ato de provocação dos que estão na expectativa, ou já na posse, embora sem o gozo de direitos; b) a dos que admitem haver direitos que dependem de provocação para que sejam reconhecidos, ao lado de outros que dependem de circunstâncias para

13 Decreto federal n.º 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Decreto federal n.º 5.761, de 25 de junho de 1930.

que surjam titulares dêles. Filiamo-nos à 2.^a tendência. Assim, para exemplificar, contado o tempo de serviço do funcionário a seu pedido para os efeitos que a lei assegura, não prescrevem os direitos decorrentes de se ter verificado, caso por caso, estar êle em condições de exercê-los, quando e como queira. Portanto, não prescrever, por exemplo, os direitos à licença-prêmio e às adicionais por tempo de serviço. O fato, que dá origem a êles, é fato natural de efeitos jurídicos, mas não é ato. Admitir que prescrevam, pelo fato de não haver pedido de exercício é confundir posse de direitos com gozo deles, o que, como é óbvio, constitui êrro grande, tão grande como sujeitar o reconhecimento da personalidade civil de um recém-nascido a um requerimento.

10. *Atos e têrmos da instância administrativa. Despachos. O que sejam. Vícios que podem conter. Como se purgam. Vício originário e vício sucessivo. Vício de legitimidade e vício de mérito. Teoria da validade dos atos administrativos.* — Atos de recurso administrativo são os meios que a lei, os decretos, os regulamentos e a praxe administrativa prescrevem para que seja atingido o fim visado pelo recorrente. Êles se agrupam em fases ou têrmos, que são as divisões sistemáticas em que se realizam os atos do recurso administrativo.

Num recurso administrativo, vemos primeiramente, a exposição do pedido e a sujeição do mesmo ao recorrido. O ato inicial toma o nome de recurso administrativo, designação que se estende a todo o processo, durante a evolução na via administrativa. Mas, o recurso tem destinatário, que é o recorrido. Para chegar a êste, pois, deve correr trâmites e o primeiro passo em tal sentido deve ser o de entregar a uma unidade administrativa especializada, a qual, depois de numerar, registrar em livro adequado o pedido lhe dá forma regular de processo, apondo-lhe uma capa. A êsses três atos, isto é, o de numerar, o de registrar e o de encapar, se dão as seguintes designações: a) protocolação; b) numeração; c) autuação. Por êles fica regulado o recurso administrativo, e, com uma prova de que o mesmo foi entregue (ato de recepção e carga) o recorrente se pode considerar ingressado na instância administrativa. Está assim percorrido a fase ou têrmo ordinatório, tão logo se verifique o assunto do pedido e o encaminhamento às unidades que o devem instruir internamente ou pedir provas ao recorrente (instrução externa), ato de distribuição. A fase ordinatória compreende, portanto, os seguintes atos: a) protocolação; b) numeração; c) autuação; d) recepção; e) distribuição. Nesta altura, o processo corre os trâmites relativos aos assuntos, de que trate e, em querendo os seus examinadores, pode ser invocado o concurso de repartições consultivas já quando as provas são anexadas ao recurso administrativo, já quando, ainda, não as há.

Distribuído o recurso administrativo às unidades, a que está afeto o assunto objeto do mesmo, passa êle por diversos atos que constituem a *fase de exame*, a qual compreende: informações, cotas de encaminhamento, levantamento de dúvidas e sugestão de consulta, pedido de estudo de órgãos consulentes, em sendo tido como necessário pelos órgãos ativos, reenvio do processo com a consulta respondendo aos órgãos ativos, e pedido de provas do recorrente, quando já não constem da inicial do recurso, exame conjunto do autuado, e formação da noção completa do pedido. Ê a fase de exame.

Formada a noção do pedido, e cotejado êste com as provas apresentadas e a instrução interna oriunda de informações e cotas, o recurso administrativo é encaminhado ao *despacho* que pode ser *intercorrente*, quando o despachante visa a instruir melhor o seu critério e, por isso, volta o processo para melhores provas,

ou *terminante*, quando na instância administrativa, há solução do pedido, negativa, ou afirmativamente.

Despacho é, pois, o ato por que se termina a instância administrativa em qualquer grau, ou, ainda, se completa ou saneia o que falta a um recurso. Pode ser negativo, ou afirmativo. Sendo negativo, isto é, pelo indeferimento do pedido, ocorre por ato, ou omissão. Por ato quando o indeferimento é expresso; por omissão, quando assinalando a lei termo para o despacho, o recurso administrativo não é despachado em virtude da inércia da administração pública, por via do órgão despachante. Em tal hipótese, como é bem de ver, aplica-se à função despachante a teoria do silêncio. É conhecida, na doutrina da vontade, a seguinte lição: “qui tacet consentire videtur”. Ela veio do direito canônico e continha exagêro muito grande, porque nem sempre o silêncio se pode equiparar ao consentimento, senão quando, vindo rodeado de circunstâncias tais que outra interpretação não induzam. Ora, em caso de ser previsto um termo legal para o despacho terminante, o recurso administrativo não é solucionado, quer como despacho positivo, quer como despacho negativo, a falta dêste recurso, em virtude de sanção indireta prevista na lei contra a inércia, configura o despacho negativo por omissão.

Passando aos despachos intercorrentes, que, como vimos, visam melhor instrução do recurso administrativo, quando êles são dados de modo a delongar o curso na instância administrativa, decorrendo de providência determinada pelo órgão despachante, têm sempre *efeito suspensivo* em benefício do recorrente, exceto se, em se tratando de instrução interna, o recorrente retarda na atenção do chamado da recorrida.

Em suma, durante o tempo em que o pedido de um administrado percorre a instância administrativa, por duas ou por três vêzes, conforme a lei o permita, se verificam: a) a fase ordinatória; b) a fase de exame; c) a fase de instrução; d) a fase de solução. Pode dar-se o caso de o recurso administrativo já entrar instruído de modo a tornar rápida a sua solução. Essa condensação de operações facilita grandemente a fase terminativa ou de solução. Mas, quantas vêzes seja permitido ingressar na instância administrativa tantas será verificado o sistema das fases, seja no 1.º e no 2.º, seja no 3.º graus, sendo certo, porém, que, em cada um deles, não se faz preciso refazer as provas mas completá-las, quando a insuficiência das mesmas concorre para uma solução não esperada pelo recorrente.

Os despachos, quer terminativos, quer intercorrentes, podem conter vícios. Quanto aos primeiros, os vícios podem consistir em fazer voltar o recurso administrativo à instrução, quando não é possível à parte apresentar mais provas, ou, quando embora haja possibilidade material, elas já estão no processo e autuado e não foram atingidas pelo órgão despachante. Trata-se, aí, de *vício mecânico*, cuja remoção é fácil. Assim, os órgãos encarregados de instrução remetem ao despachante os autos, assinalando que a parte de instrução por êle encarecida consta dos mesmos, seja no corpo do autuado na 1.ª instância, seja no que, por junção, constar da 2.ª instância. Destarte se devolve à fase terminativa a intercorrência que afastava o recurso administrativo da fase terminativa para a fase de instrução, sem necessidade. Os vícios, todavia, dos despachos terminativos ou de solução têm remoção mais complicada, como adiante se verá.

Os despachos terminativos são, como ficou exposto, os que trancam a instância administrativa (1.º, 2.º e 3.º graus, ou seja, para a oposição, o recurso

hierárquico e o recurso extraordinário administrativo). No que respeita ao seu acêrto, à sua justiça, ou à sua equidade, temos o *mérito*; no que respeita à competência, ao motivo, ao objeto, ao fim e à forma, temos a legitimidade ou legalidade.

Examinemos, pois, miudamente, essa classificação dos atributos do despacho, para o fim de, em sua falta, conhecer os vícios que correspondem à mesma.

Se um recurso administrativo visa interesses simples, isto é, interesse que não é protegido por ação, está no arbitrio do recorrido atendê-lo ou não o atender. O mérito em tal caso, nada tem que ver com o acêrto, a justiça e a equidade. O mérito foge à apreciação baseada em tais critérios, porque, pelo seu lado, desde que o recorrente não tem *direito*, o recorrido, não atendendo ou atendendo, somente tem de mirar o bem estar — comum dos administrados para que não se veja nalgum ponto alterado, questão onde então começaria o direito de terceiros, com possibilidade de exercer recursos que versem direitos. Mas, se o recurso administrativo se refere a direito, não se satisfazendo o recorrente com a solução que lhe foi dada, o apontado é um vício de mérito, porque o despacho, segundo parece ao recorrente, é errado, é injusto, ou desconforme à equidade. Quanto aos dois primeiros pontos, a recorrida pode ver o seu ato impugnado. Quanto ao terceiro, visto como equidade nem sempre se pode aplicar, o vício de mérito é insubsistente se a aplicação de equidade importa em alterar a lei que, embora injusta, não se pode revogar senão por outra lei. Resta, portanto, o mérito quanto ao errado e ao injusto, termos que se fundem porque o despacho é errado diante da lei quando esta é mal aplicada pelo recorrido, e injusto quando não é ajustada ao que, a lei previa que fôsse aplicada. Além do vício de mérito, o despacho pode conter vício de legitimidade ou de legalidade, quando ao despachante não se deu competência para exarar-lo, ou o despacho foi omitido sem a forma ou conjunto de solenidades intrínsecas que se lhe impõe, desviado do objeto, do motivo, e do fim do recurso.

O vício de legitimidade, no que diz respeito à competência do órgão despachante, remove-se pela ratificação do despacho pelo órgão competente ou correção, baseada na auto-impugnativa ou uso da faculdade “*ius poenitendi*” pelo recorrido. O vício de legitimidade, quanto à forma, se purga, quando a observância de solenidade não tenha época certa. O vício de legitimidade quanto ao objeto, ao motivo e ao fim se purga, na instância administrativa pela adequação do objeto, do motivo, e do fim do despacho ao objeto, ao motivo e ao fim do recurso administrativo, segundo a lei, na instância judiciária, por execução de sentença em caso julgado.

Os vícios tanto de mérito quanto de legitimidade podem ser originários, ou sucessivos. Os despachos que conttenham as primeiros podem ser purgados, com a remoção dos vícios, quando ainda despontam, já quanto ao mérito, já quanto à legalidade. Se, porém, permanecem os vícios por tempo considerável, se se trata de vícios de legalidade ou legitimidade, a purgação é impossível. Vejamos, pois, de que modo é possível purgar despachos administrativos.

10-A. *Despachos, em instância administrativa, são atos administrativos técnicos.* — A atividade administrativa manifesta-se em dois tipos de atos: atos que criam, modificam, ou alteram direitos, ou sejam atos jurídico-administrativos, e atos que constituem meios por que se realiza a tutela não contenciosa do Estado, (atos técnico-administrativos). Se um despacho se refere a recurso administrativo que envolva direito, é evidente que ao ser emitido, êle

não cria, não altera, nem extingue direito algum. Dá-se, pois, um reconhecimento que ou se traduz na retirada dos atos de violação, ou na de atos de ameaça ao direito. Isso, como é óbvio, é conciliação; não é fator do direito. Por esse motivo, fica bem claro que um despacho administrativo constitui ato técnico. Com ser técnico, não pode o despacho deixar de produzir os efeitos que lhe são próprios, isto é, em se referindo a direito, reconhecer ou não reconhecer a existência do mesmo, para não o ameaçar, ou não o violar, e em se tratando de interesses simples, providências, ou mercês, prover os pedidos ou deixar de o fazer. Entretanto, um despacho tem efeitos, quando é válido e eficaz, e, por isso, urge saber em que devem consistir a validade e a eficácia de um despacho, o que se faz, mediante rápida incursão à teoria especial dos atos administrativos.

Na teoria geral das nulidades, se faz a diferença seguinte: atos nulos e anuláveis, sendo que os primeiros são os que insubsistem pelo vício que têm e os últimos, embora contendo vícios, precisam de que sentença judicial os declare nulos. Entretanto, no direito administrativo, os fatos se passam diferentemente.

“Anular”, em direito administrativo, significa “fazer nulo”, “tornar nulo”. Não significa “declarar nulo”, pois, esta função ratifica o que é manifesto no ato (anulabilidade por vício que não de pleno direito), ao passo que a acima apontada faz com que seja *nada* o que poderia ser considerado ato. Anulação de ato administrativo é todo pronunciamento destinado a fazer como que um ato que existe, deixe de existir. Fica bem claro, pois, que *anular* não é declarar nulidade, pois a declaração de nulidade é apenas um apêndice de forma do que já é nulo. Assim, em técnica administrativa, um ato é anulado por conter certo vício, sem que necessária se torne a declaração judicial de nulidade¹⁴. Não quer isso dizer que, quando não se faça operação de purga na instância administrativa, nada fique para apreciação judiciária. A parte que fica, já escapa ao estudo de instância administrativa, embora os seus lineamentos teóricos se devam basear, também, no direito administrativo¹⁵. Mas, o que importa é encarar, aqui, a evolução dos recursos administrativos, em sua intimidade, e, portanto, os termos “invalidar”, “anular” e “validar” são empregados neste trabalho com sentido mais restrito, e, sobretudo, mais adequado ao direito administrativo.

Se, como vimos, um ato administrativo anulado é o que é feito nulo; se “anular” não é o mesmo que “declarar nulo” o que somente pende de sentença para que como tal seja considerado, qual será o objeto da anulação?

A anulação é motivada por um vício. Seu objeto, é, porém, o ato. Assim, o objeto da anulação é um ato administrativo e, particularmente, neste estudo é um despacho, que tenha um vício tal que se traduza em ação ou omissão capaz de criar direitos para o recorrente, ou se traduz na confirmação de violação ou ameaça a direito do recorrente. Está claro que um despacho tal pode ser anulado, pelo próprio despachante, pena de vir a ser declarado nulo por sentença judicial. A anulação interna pode ocorrer independentemente de provocação, caso que se chama: anulação de ofício. Pode também ocorrer em

14 Cf. Codacci-Pisanelli: *L'annullamento degli atti amministrativi*, 12-15.

15 Há, sobre isso, cuidada monografia, do Desembargador Scabra Fagundes, intitulada: *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*.

seguida a recurso hierárquico, decorrente da oposição. A anulação externa só se pode dar por via judicial.

A anulação interna, quer seja de officio, quer consequente de recurso administrativo, ou ainda, espontânea, é uma consequência da doutrina que a seguir exporemos.

A anulação de officio é a que provém do próprio despachante, seja por motivos estranhos ao alegado pelo recorrente, seja por indireta provocação que o recurso administrativo faça, demonstrando vício de legitimidade no despacho. A anulação provocada ou decorrente de recurso administrativo provém da instância diretamente e é deduzida do próprio conteúdo do recurso hierárquico (ou seja: recurso do 2.º grau). Estes tipos de anulação se compreendem na faculdade de auto-impugnativa, isto é, o poder de purgar seus próprios atos¹⁶ e devem ser exercitados com sobriedade¹⁷.

Assim, há retratação da recorrida e esta, quanto ao despacho anterior, pode anulá-lo, isto é, torná-lo nada (anulação), retirá-lo (auto-impugnação) ou considerá-lo sem efeito (revogá-lo). Diferente é, entretanto, a invalidação de um despacho das figuras que acima constam.

Sendo a validade a idoneidade de um ato lícito a produzir efeitos jurídicos insuprimíveis, invalidade é o inverso. Assim, invalidar um ato administrativo é torná-lo inválido, isto é, inidôneo na produção de efeitos jurídicos. Ora, como ficou dito anteriormente, despacho não é fator de efeitos jurídicos. Por essa razão a teoria da validade não tem aplicação a êle. O mesmo há dizer quanto à eficácia, que é a qualidade de um ato jurídico, em não produzir atualmente efeito jurídico (validade) mas poder a vir produzi-lo, em seguida. Compreenda-se, assim, a razão por que ela não entra em linha de conta neste estudo. Todavia validade e eficácia de atos técnico-administrativos equivalem a legitimidade.

Os órgãos despachantes solucionam os recursos administrativos. Não podem, fazê-lo sem obedecer ao, para tanto, é traçado nas leis, regulamentos, decretos, instruções, ordens e avisos. Os despachos, pois, têm como base todo um preceituário, cujas regras estabelecem a extensão do território do recorrido, pelos seus órgãos despachantes. Quando os despachos transpõem as fronteiras dêsse território e adquirem extensão que o preceituário não lhes dá, ocorre exorbitância, que, quando capaz de prejudicar a recorrente, passa à categoria de abuso do direito¹⁸.

11. *A instrução do recurso administrativo. Instrução interna e instrução externa. Admissão de prova. Apreciação de provas. Como se forma a noção*

16 Cf. Zanobini: ob. cit. I, p. 353.

17 Não se confundem a faculdade de retirar seus próprios atos, a revogação e a auto-impugnação. A primeira se contém no "jus poenitendi" e tanto pode dar-se quanto a atos viciados, como no que se refere a atos válidos. É uma retratação baseada mais na conveniência técnica do que na existência de um vício, embora também se aplique a êste, razão por que é confundido com a auto-impugnação.

18 O abuso de direito no exercício de função ativa não tem sido encarado convenientemente no direito brasileiro, porque o que, geralmente, se observa é confundir o abuso do despachante com a administração pública recorrida, e, dêste modo, confundir duas realidades díspares. O despachante, quando em manifesto prejuízo do recorrente, tranca a instância administrativa, com negativa explicitamente contrária à lei, ou com a inércia, deve ser responsabilizado, não somente por ação regressiva, quanto ao dano mas também, em razão do excesso de ação ou omissão, criminalmente, na forma do art. 322, do Código Penal. Se assim se entendesse, o abuso de direito no exercício de

e o juízo na instância administrativa. Valor das provas judiciais e extrajudiciais, na instância administrativa. — A soma de meios de que se possa tirar a certeza do fato alegado constitui o que chamamos: provas. Na instância administrativa quem ingressa, como tantas vêzes foi repetido neste estudo, ou o faz por um direito, ou por um interesse simples ou mercê, ou providência. O recurso administrativo, na inicial expõe o fato em que se estriba o seu pedido. Deve, porém, o recorrente juntar, quando necessário se torne, a prova do que alega em seu favor, seja com a inicial, seja posteriormente a pedido da recorrida. A isso se chama: instrução.

A instrução pode dar-se depois da fase ordinatória, ou em seguida à mesma, em virtude de condensação. No primeiro caso, as duas fases da instância administrativa são claramente distinguidas; no segundo, dá-se uma fusão, o que concorre para a rapidez processual. A condensação das duas fases (a ordinatória e a de instrução) pode, porém, ser destruída, quando um despacho intercorrente entenda que as provas juntadas à inicial não satisfazem plenamente à instrução do recurso administrativo. Por seu turno, pode o despacho intercorrente ser havido como excessivo e dispensado, hipótese em que revigora a condensação. Se, porém, se mantém o despacho intercorrente e o recorrente não acode ao chamado para apresentar melhores provas, o recurso administrativo paralisa por um certo prazo, até que, por abandono, seja o processo arquivado, convertido então o despacho intercorrente em despacho terminante. Daí por diante, somente a reinstauração de instância administrativa pode reviver o pedido, o que, como é óbvio, depende de nova provocação para se completar a prova e compor, de tal arte, a instrução do processo.

A instrução se diz interna e externa. Aquela primeira se refere à prova ou contraprova oferecida pela próprio recorrido. A última respeita ao que o recorrente espontaneamente ou a solicitação do recorrido apresenta à instrução da instância administrativa. Salvo exame casuístico, a instrução interna não pode ser objeto de fornecimento aos recorrentes, porque encerra a contraprova do recorrido ou importa em sigilo administrativo¹⁹. Pode, todavia, dar-se o caso de as provas oferecidas por um recorrente, articuladas com a instrução interna produzirem uma certeza que habilita ao despacho negativo, assegurando ao recorrido defesa para a vida judiciária²⁰. Quando ocorre tal circunstância,

função pública diminuiria sensivelmente e os danos por êle determinados, tendo um agente identificado, concorreriam para que o exercício de função pública não fôsse capaz daquele abuso.

19 Além dos documentos que são transcritos nos processos por iniciativa das repartições, que os instruem, admitem-se nos mesmos: a) instrumentos públicos e particulares; b) documentos públicos e particulares; c) testemunhas para produzir prova nos recursos ou que já a tenham produzido antes; d) confissões; e) presunções e indícios; f) exames periciais; g) vistorias. Os instrumentos públicos e particulares são admitidos como prova na instância administrativa com referência aos fatos que êles podem provar. A prova testemunhal é admitida, mesmo durante o processo e produzida na administração pública. As presunções e indícios valem quando, conjuntamente, formam a meia prova do fato alegado. Também se admitem certidões e cópias autenticadas na propria repartição que as tira. Quanto às cópias fotostáticas, somente se aceitam as tiradas de documentos pela própria recorrida.

20 É dúplici a posição da administração pública, na instância administrativa. Ela aprecia a prova do recorrente e, pela que pode produzir, é que se completa a noção do caso de modo a fornecer-lhe habilitação para despachar. Assim, muitas vêzes a ins-

a instrução interna absorve a externa e esta somente pode ser restituída ao recorrente, mediante cautelas que a lei prescreve ²¹.

11-A. Quais as provas, admitidas na instância administrativa? Em geral, as que se admitem em instância judiciária ²². Observe-se todavia, que o recorrido não está obrigado a examiná-los obedecendo-as segundo o critério corrente nos tribunais. Além do critério de que as provas se referem ao fato alegado, restará, para o recorrido, o sistema da livre interpretação ou subjetivo ²³. As justificações, por exemplo, podem ter um valor extrajudicial fora da instância administrativa ²⁴. O recorrido, entretanto pode dar-lhe outro que, sem dúvida, altera a solução do recurso administrativo, dentro dos limites do que é permitido ao órgão despachante. Resta, de revés, ao recorrente dirigir-se

trução não pode ser objeto de revelação por meio de certidões. Isto se dá porque, constituindo um feixe de provas que podem aproveitar à administração pública, em juízo, semelhante instrução tem de ser, necessariamente, matéria sujeita a sigilo administrativo. Desde que porém, a instrução interna é solicitada por juiz, quando o feito se acha em curso, não pode ser recusada pela administração pública (art. 224, do Cód. de Processo), salvo se a prova solicitada é pedida para a parte "ex-adverso", hipótese em que, sem o saber, o juiz serve de instrumento para que uma parte obtenha o que, por outra via, lhe seria legitimamente negado.

21 No Município de S. Paulo, o desentranhamento pode dar-se com a deixa de traslado ou sem essa. É obrigatório o traslado: quando o documento, cujo desentranhamento é solicitado, é prova a favor do recorrido, em juízo; quando o documento desentranhado conduza a solução do processo a caminhos diferentes do que já está por ter na pendência do desentranhamento; quando o processo não está findo e o desentranhamento dificulta que a instância administrativa seja encerrada (Ato n.º 996, art. 44). Nos demais casos, não se faz preciso deixar traslado do documento que é objeto de desentranhamento.

O desentranhamento sempre se dá mediante recibo, e deve a peça desentranhada ser entregue ao recorrente, ou, em sua falta, a quem tenha poderes especiais procuratórios.

22 Evidentemente com as restrições que, na instância administrativa, se possam fazer. Sirva de exemplo o clássico que adiante segue.

Sempre que um *fato* não pode ser provado, costumam advogados contornar essa dificuldade, lembrando-se de promover uma justificação. Vão a juízo com forjadas testemunhas e por estas conseguiriam, se preciso fôsse, provar que o Papa jogou pião na Avenida Rio Branco. Ora, a sentença, ao despachar o processo da justificação, diz que ela deve produzir os efeitos, que por lei lhe são atribuídos. Mas como não há meio de se entrar na *falsidade das testemunhas*, apesar da presença de quem possa formar controvérsia (art. 735, do C. P.), a prova vem sempre fiel, embora, na maioria das vezes o fato em que incide não seja suscetível de prova. A recorrida, ao recusar fé à justificação, não desrespeita sentença; apenas recusa fé a um órgão que acidentalmente passa a ter fé pública e como tal não funciona como *magistrado*.

23 A prova ou vale pelo que nela se contém, ou vale pelo que a apreciação possa atribuir-lhe livre e subjetivamente. Como a administração pública, em casos de erro e dano ao recorrente, está sujeita à apreciação judiciária, evidentemente o uso de um dos dois critérios acima expostos somente pode trazer como consequência o risco de obrigar o recorrido a comparecer como réu aos tribunais. Há provas, porém, que não comportam o critério da livre apreciação. São as que se referem ao *estado das pessoas*. De qualquer modo, porém, apreciar uma prova entendendo que ela não fornece a certeza do fato a que se refere não é *negar fé* a ela. É, em suma, interpretá-lo como insuficiente para o objeto que teve em mira provar.

24 O abuso das justificações não tem sido evitado devidamente pelo Judiciário, talvez por elas se tratarem de processos especiais e de natureza não contenciosa (isto é administrativa) que ainda vão a Juízo. Mas a razão não colhe. Assim como, quando em certas causas se verifica que a propositura é incabível e se declara que há carência de ação, tal se deve fazer nas justificações que, na inicial expõem fatos a serem por elas

aos tribunais, e, aí, o recorrido, na posição de réu, defender-se-á como qualquer jurisdicionado²⁵. Por outro lado, o órgão fornecedor da prova pode ser competente para a fé pública e inidôneo para dar fé ao fato em foco²⁶. Reserva-se ao recorrido impugnar a prova por haver sido feito por meio inábil e em desserviços de recurso administrativo²⁷.

Em suma, quem orienta a prova na instância administrativa é a Administração Pública recorrida²⁸. Embora, como é óbvio, sujeito à apreciação judiciária, o despacho pode ser dado com base na independência que lhe é assegura-

provados, os quais não podem sê-lo de nenhum modo. Afinal, é irrisão que se requira promoção de prova judicial daquilo que extra-judicialmente apresenta dificuldade para o "onus probandi" sobretudo se essa dificuldade é imanente ao próprio fato a ser provado. Não se prova por justificação que "João" é "Joaquim", pela simples razão de o justificante ter perdido certidão de nascimento. Nem a idade pode ser diminuída com tal prova. Apesar disso, justificações que tais são comuns.

25 A administração pública em juízo se equipara à parte "ex-adverso". Tal não se dá, porém, nos casos em que o nosso direito positivo estabelece o contencioso administrativo, que é um instituto iníquo. Mas, como é ocioso, êsse instituto só pode configurar a idéia de juízo em obediência a situação de fato imposta por lei injusta. À luz do direito, êle, ao contrário, não é juiz e os tribunais que dêle se desincumbem constituem odiosa exceção, incompatível com livre curso do Estado de Direito, isto é, Estado que responde na lide como qualquer pessoa segundo chamada "justiça comum".

26 É muito corrente, nesse particular, a confusão do exercício de um ofício com o poder de dar fé a um fato de que ou não se tem conhecimento ou se tem conhecimento não oficialmente. Bacharéis em direito, profissionais liberais, comerciantes e participantes das chamadas "classes conservadoras" costumam "atestar" a pedido do interessado, fatos que sabem ter passado, por ouvirem dizer. E quem diz? A própria parte interessada no atestado. Está claro que os atestantes são idôneos. Não podem, contudo, dar fé a fatos que desconhecem. Compreenda-se, portanto, que a *idoneidade pessoal* nada tem que ver com a fé pública, ou particular. Um serventuário de cartório pode ser inidôneo, segundo voz geral. Quando certifica um óbito, em razão de ofício merece fé a sua certidão. Um advogado, de revés, pode ser idôneo. Se atesta, entretanto, que Tício não é dinamarquês, além de estar atestando acerca de fato que não pode atestar, não tem fé o que êle diz. Não se lhe contesta a idoneidade, em querendo atestante. Contesta-se-lhe, todavia, a propriedade do exercício de uma atividade para o que advogado não está habilitado.

27 É o direito de defesa "in judicio", o qual pode ser exercitado em juízo, mesmo com dispensa da instância administrativa, em todos os casos em que cabem recursos voluntários, isto é, recursos administrativos cuja utilização fica na dependência do arbítrio do administrado. O direito de defesa em juízo existe, também, como é óbvio, quanto aos recursos necessários. Sua existência, porém, se torna legalmente definida após se esgotarem os recursos administrativos. Nestas condições, portanto, o recurso administrativo e a instância administrativa atuam como condição da propositura de ação em todos os casos em que o direito do recorrente, ou a expectativa dêsse direito se vê ameaçado ou violado (Estatuto dos Funcionários da União, do Estado e dos Municípios, — Do direito da petição). O mesmo há dizer, se a relação jurídica, por duvidosa, depende de ação declaratória destinada a dizer se ela gera direito ou não o gera.

28 A orientação que a A. P. pode dar à instrução administrativa não existe apenas no que concerne à admissão dos meios de prova. Antes vai além. Atinge, ainda, a posição de determinar, na instrução, o que seja matéria *reservada*, isto é, sujeita ao sigilo, e o que seja matéria devassável, isto é suscetível de ser levada *oficialmente* ao conhecimento dos recorrentes. Bem avisado foi, portanto, o chefe do Poder Executivo Municipal quando baixou o Ato n.º 996, de 8 de janeiro de 1936, o qual, tanto quanto era dado àquela época, assinala razoável entendimento da evolução regulamentada dos recursos administrativos. Afora algumas disposições redigidas sem observância técnica, o que no referido ato consta vem satisfazendo plenamente à instância administrativa municipal que deixou, assim, de ter evolução empírica, ou — o que é pior! — arbitrária.

rada²⁹, o que evidentemente, não justifica o absurdo, mas antes responsabiliza, de maneira individual, o despachante injusto, ou inepto³⁰.

12. *Efeitos da instância administrativa. Efeitos do despacho administrativo. Corolários. Influência destes nos recursos voluntários e necessários. O art. 2.º do Código de Processo Civil. Como configurar o "interêsse econômico ou moral". Carência de ação. Como se declara e porque é declarada. Fim do petítório. Significação prática do recurso administrativo. Natureza jurídica do recurso administrativo. Conclusão.* — O recurso administrativo, como já ficou dito anteriormente, ou se reputa ato inicial do pedido na instância administrativa, ou se considera como sendo todos os atos da instância administrativa.

Ora, um recurso administrativo tem um objeto. É o constante do pedido. O efeito visado é colher o despacho como consta do processo e, por isso, relativamente ao recorrente, o efeito e o fim do recurso se confundem, se são olhados superficialmente. Mas, há efeitos do recurso administrativo que, embora não percebidos, nem visados pelo recorrente, decorrem da própria utilização da instância administrativa. São os efeitos objetivos do recurso que não se confundem com o fim visado pelo recorrente, isto é, efeitos subjetivos.

Quais sejam os efeitos subjetivos do recurso administrativo, é o que se dirá em seguida.

O primeiro efeito do recurso administrativo é o de interromper prescrição. O segundo é o de provocar, com o despacho, declaração expressa de reconhecimento ou de não-reconhecimento de direito violado ou ameaçado. O terceiro é o de protelar início de demanda, para, no caso de obter despacho negativo, ingressar em juízo, dentro do prazo da ação, em virtude mesmo de haver-se suspendido a prescrição, quando esta já estivesse a correr.

O despacho, porém, não tem efeitos senão de negar ou afirmar o que o pedido encerra. Se nega, mantém o "statu quo" anterior ao recurso; se afirma, evita a demanda inconveniente. Não se aplica, entretanto, o que, aqui, é dito aos recursos administrativos que não envolvem direitos. Eles, como é bem de ver, só têm um efeito subjetivo, confundido, como já se disse, com o fim, que é o que o recorrente visa.

Se despachados a descontento do recorrente, nenhuma alteração se dá; se despachados a contento, o efeito é de significação precária, porque interêsses simples e mercês não têm defesa e, assim, melhor é entender que o efeito é meramente formal.

29 Cf. supra e nota 26. A norma de processo civil pode, em matéria de prova, ser adotada na instância administrativa por analogia. O recorrido, todavia, não está obrigado a fazê-lo em todos os casos, com desobediência da praxe administrativa que, por uma razão de ordem, deve preceder à norma de direito objetivo comum. (Cf. Lentini: *Istituzioni di diritto amministrativo*, I, ps. 29-30 e notas; Zanobini: ob. cit., I. vg. 58). A analogia pode ser admitida, caso por caso, para o efeito de aplicar-se a regra do "onus probandi" do processo comum ao processo administrativo. Mas, a recorrida não se acha obrigada a obedecer à regra, desde que o fato probando não é dos que, com determinada prova, tem valor "ex tunc".

30 A apreciação arbitrária do valor das provas na instância administrativa e o consequente despacho injusto, em todos os recursos administrativos que envolvem direitos dão origem firmada e concretizada ao pressuposto a que está condicionada a propositura da ação. Com maior intensidade, isso sucede em se tratando de direitos, cuja condição para a defesa em juízo depende, ainda, de recursos administrativos necessários.

12-A. O despacho — dissemos — é provocado para que o direito, porventura, violado ou ameaçado, seja reconhecido e respeitado pelo recorrido. Se, porém, o despacho se orienta no sentido oposto, o recorrente adquire a partir de sua publicação a posição de futuro autor numa demanda.

O despacho, pois, tem um efeito objetivo autônomo. Nos recursos voluntários, ratifica a “*ratio agendi*”, quando negativo; exclui a necessidade de demanda, quando positivo. Nos recursos necessários, fortalece a “*ratio agendi*”, atuando como condição de propositura de ação, quando negativo; exclui a necessidade de demanda, quando positivo.

Dispõe o art. 2.º do Código de Processo: “Para propor ou contestar ação é necessário legítimo interesse, econômico ou moral.” O pressuposto primeiro do exercício da ação é, portanto, a existência de “legítimo interesse”, isto é, interesse protegido por ação. Quando, por isso, é *violado* ou *ameaçado* um direito e mesmo, com recursos administrativos, o recorrente não o vê devolvido à situação anterior, aparece: a “*ratio agendi*”, isto é, a oportunidade de exercer ação, e a ratificação, ou fortalecimento daquela oportunidade.

Se o autor (porque aqui já se fala de juízo) é administrado não se exige que, além do *legítimo interesse*, ele tenha senão a razão de defender-se diante do seu direito ameaçado ou violado. Com maior razão, se ele procurou meios conciliatórios, quais o do recurso administrativo, e por aí também não foi atendido. Se o autor é funcionário e o recurso versa direito decorrente dessa situação especial (caso de recurso necessário) exigem-se dele, além do “legítimo interesse econômico ou moral”, a “*ratio agendi*” e a prova de que, no surgimento desta, se verificou uma condição de que a sua “*facultas agendi*” é dependente, isto é, quando percorreu a via administrativa e se percorreu. Todas as vezes, pois, que uma ação fôr relativa a direito de funcionário, em virtude de disposição estatutária, desde que o autor não demonstre haver esgotados os recursos administrativos cabíveis, deve ser declarado carecedor de ação. Se, porém, esgotados aqueles, na instância administrativa por 90 dias, nenhum despacho terminativo se deu, então essa inércia é equiparada ao *silêncio negativo*, em oposição ao princípio de que “*qui tacet consentire videtur*” e a carência de ação não poderá ser declarada por aí.

12-B. Finalmente, há de se estudar, aqui, a natureza jurídica do recurso administrativo. Em juízo, há autor e réu. Na administração, há recorrente e recorrido. Em juízo, porém, quem julga é um terceiro, ao passo que na administração pública quem soluciona é a própria administração recorrida. Bem se vê, desde logo, que no primeiro exemplo, exceto nos processos não contenciosos, há a idéia de controvérsia, ao passo que, no segundo, sob a forma de oposição (por haver dois lados) o que há é a provocação de acôrdo, sempre que os recursos versam direitos, e mero petitório, sempre que não versam direitos.

O recurso administrativo que versa direitos é, pois, sempre uma conciliação. Pouco importa que essa conciliação seja voluntária, ou ditada pela disciplina estatutária com o objetivo de resguardar o decôro administrativo, como ocorre nos recursos necessários. Há, pois, sempre, uma modalidade de conciliação e aí está, portanto, a natureza jurídica de tais recursos. Se, porém, se trata de recursos administrativos que não versam direitos, não há por que cogitar de definir-lhes a natureza jurídica. Tais recursos têm natureza. Mas não têm natureza jurídica. São do petitório, porém sujeitos à discricção do recorrido e sempre a obter despachos terminativos precários.