

O ATO ADMINISTRATIVO, SUA PERFEIÇÃO E EFICÁCIA

LAFAYETTE PONDÉ

Prof. na Fac. de Direito da Universidade
da Bahia

SUMÁRIO: *Existência do ato administrativo. Validade. Elementos conceituais. Objeto. Forma. Ato inexistente. Registro de contratos no Tribunal de Contas. Conclusões.*

Estabelecido o conceito de ato administrativo, os seus requisitos essenciais condicionam necessariamente a sua existência. Existirá o ato, quando nêle reunidos todos êsses elementos. Inexistirá, se um dêles lhe faltar. Seria mesmo uma contradição se, definida uma especial categoria de atos, nela se pudesse incluir aquêle a que faltasse um requisito configurador dessa espécie jurídica.

E' certo que a expressão *ato inexistente* já foi havida, ela própria, como contraditória. Mas isto não passa de uma aparente incongruência. A expressão significa que um dado ato não constitui um determinado tipo jurídico e, pois, *não existe* como ato dêste tipo especial, embora exista êle como ato puramente material ou, mesmo, como ato de categoria jurídica diversa. Quando se reúnem todos os seus elementos essenciais, diz-se que o ato *existe*: é um ato *perfeito*.

A perfeição não implica na validade do ato, na sua intangibilidade jurídica. Ao contrário, o ato pode ser juridicamente viciado, um ato ilegal, e, por isto mesmo, inválido, e, não obstante, ser um ato perfeito. O ato imperfeito é um ato inexistente, e não pode haver defeito no que não existe.

À perfeição do ato administrativo opõe-se a sua inexistência, e não a sua invalidade, ou irregularidade jurídica. E' verdade que o ato imperfeito, examinado em relação à categoria jurídica de que êle é excluído, contradiz a lei reguladora dos atos desta categoria. E, então, neste sentido, é possível admitir-se a observação de D'Alessio: "L'imperfezione è analoga alla invalidità. Essa è il vizio dell'ato, che non può produrre i suoi effetti non per la violazione di una qualsiasi norma, ma per violazione delle norme che si riferiscono alla completezza del suo procedimento di formazione".¹

1 D'Alessio, *Istituzioni di Dir. Amministrativo*, vol. II, p. 212.

Ressalvado isto, a invalidade, ou ilegalidade, é um vício do ato perfeito, isto é, de um ato existente, ato êste que, enquanto não fôr anulado, pela própria Administração ou por via jurisdicional, produzirá todos os seus efeitos — os efeitos dos atos de sua classe, como se êle próprio fôra válido e regular.

A noção de ato administrativo, uma espécie particular dos atos jurídicos, é antes de tudo um conceito da ciência jurídica, fundado na especialidade do Direito Administrativo. A lei não a define, senão a pressupõe fornecida por aquela. A lei regula a emissão dos atos administrativos enuncia os seus efeitos, previne ou corrige a sua nulidade. A ciência jurídica, esta é que percebe no ato administrativo seus três elementos conceituais, um dos quais faltando o ato mesmo não existe: a) o elemento subjetivo — o órgão administrativo, de que o ato é uma expressão volitiva; b) o elemento objetivo — o objeto do ato, o seu efeito jurídico imediato, específico de Direito Administrativo; c) o elemento formal — o modo pelo qual se exterioriza a vontade do órgão administrativo.

Falta o sujeito, se o ato não é emitido por um órgão da Administração, mas por um outro órgão do Estado, ou por pessoa não investida na posição jurídica de órgão administrativo: por ex., se se trata de ato expedido por órgão judiciário, ou pelo Poder Legislativo, ou se se trata, não da atuação de um órgão público, mas de uma pessoa particular. No primeiro caso, embora se cuide de ato do Estado, judicial ou legislativo, não constitui êle um *ato administrativo* em sentido específico de Direito Administrativo, porque êste sòmente compreende os atos públicos da Administração, orgânicamente considerada. No segundo, não haverá ato do Estado, mas um ato privado, emitido por particular. Nesta segunda hipótese pode ocorrer a figura da *usurpação de função pública*: um ato praticado por quem, não investido naquela posição de órgão administrativo, tenha agido como se ocupasse êste *status*. E' preciso estar advertido quanto a esta situação, porque se, de regra, expressa um comportamento criminoso do usurpador, cujo ato é irrelevante para a ordem administrativa, alguma outra vez pode equiparar o usurpador ao *funcionário de fato*, caso em que, embora realizado por quem não tenha aquela investidura, o ato é juridicamente imputado à Administração e, como tal, vale por um ato administrativo orgânicamente perfeito.

Por outro lado, é conveniente também notar que se pode ter por *inexistente* o ato, ainda quando expedido por um órgão da própria Administração. Isto ocorre quando um órgão atue em matéria de todo estranha ao setor administrativo a que êle pertença, de tal modo que a sua atuação, se pudesse produzir algum efeito válido, acarretaria uma profunda subversão da organização administrativa definida pela lei: como, por ex., uma ordem militar expedida por um órgão do serviço civil, ou um lançamento fiscal feito por um agente do departamento de viação, ou de saúde, etc. Neste caso, o ato se aproxima da natureza de um ato de usurpador, tamanha a invasão de funções praticada pelo agente público.

Mas é preciso também não esquecer que o Estado se desdobra em um grande número de órgãos, cada um dos quais pode exercer mais de uma função materialmente considerada; e que os grandes setôres administrativos se compõem de vários órgãos, agrupados segundo a analogia ou semelhança das atribuições preferentemente exercidas. Como todos são órgãos de um mesmo organismo, muitos deles se aproximam funcionalmente uns dos outros, ainda que classificados em setôres diferentes. Então, aquela invasão da competência de um órgão por outro, posto que signifique sempre uma ilegalidade (violação da lei especificadora das atribuições de cada órgão) nem sempre atinge aquêlê grau de gravidade, que conduz à inexistência jurídica do ato praticado: o ato não será inexistente, mas viciado de incompetência.

De certo, será bem difícil, muitas vèzes, levantar uma divisa segura onde termina o vício de incompetência e onde começa aquela grave sublevação administrativa, que dá na inexistência do ato. Isto é um problema de técnica jurídica. Praticamente, porém, onde houver dúvida, deve ter-se como existente o ato e promover-se a *declaração* de sua nulidade.

Segundo uma autorizada opinião, ainda se pode verificar a inexistência do ato administrativo, por falta de seu elemento orgânico, quando o agente da Administração atue: em estado de alienação mental, por mero gracêjo, ou simulação, ou sob coação física irresistível. Em tais casos, o ato será inexistente, à falta do respectivo sujeito: porque, sendo o ato administrativo, por definição, uma expressão volitiva, na primeira hipótese, não terá havido a vontade jurídica do órgão, já que o titular louco está desprovido da capacidade de querer; na segunda, ao ato do funcionário terá faltado a vontade mesma de produzir efeitos válidos; e na terceira, a vontade declarada não será a vontade do órgão mas a do seu violentador.

Parece-nos porém perigosa, ou sem vantagem prática, essa opinião. Porque, admitido que o ato inexistente não tem nenhuma eficácia e que a declaração de sua inexistência independe de qualquer ato formal, será sempre temerário pressupor alguém, sem maior prova e sem adequada apuração, aquela incapacidade ou aquêles vícios de vontade e, de logo, por decisão própria, recusar tôda obediência ou efeito ao ato da autoridade pública, abolindo a presunção de legitimidade dêste ato, ou a sua condição normal de ato imperativo.² Quanto à hipótese de simulação ou gracêjo, ela arrastaria às maiores incertezas a existência dos atos administrativos, deixados ao sabor das conveniências pessoais de um dado agente, interessado em desfazer sua declaração anterior.

Segundo a melhor doutrina, é sempre vedado à Administração emitir declarações graciosas, ou com reserva mental.³ Portanto, não é lícito presumir-se o subterfúgio administrativo e, independente de qualquer juízo prévio, ter-se por inexistente o ato da autoridade pública.

2 Cf. Gianini, *Lezioni di Dir. Amministr.*, 1950, I, p. 423 segs.

3 Forti, *Dir. Amministr.*, vol. 2, 1934, p. 191.

Outro elemento essencial do ato administrativo é o seu objeto — o efeito jurídico imediato, resultante da vontade administrativa. Um efeito de direito administrativo: porque, ainda quando o ato produza uma repercussão jurídica, mas de direito privado, não será êle um ato administrativo em sentido próprio, senão uma expressão da atividade privada da Administração pública.

O nosso anedotário administrativo tem marcantes exemplos de atos inexistentes, por falta absoluta de objeto: a) a intimação feita por edital a um funcionário já falecido, “para tratar de assunto de seu interesse” (*sic* — *D. Of. Fed.* 15-6-946, p. 9.039); b) a licença concedida a pessoa desconhecida, isto é, a um funcionário cujo nome a autoridade concessora declara *ilegível* (*sic* — *D. Of. Ba.* 23-5-946, pág. 13.046); c) o decreto de um Prefeito municipal, que “exonera, por motivo de falecimento, o Sr. F... do cargo X...” (transcrito no jornal *A Tarde*, Ba., 1-9-1944). Em nenhum dêstes três casos, o ato administrativo, não obstante a sua aparência, poderia ser tido como juridicamente existente: porque, impossível qualquer efeito, êles não passaram de um nada jurídico.

O objeto da *intimação* é advertir alguém de uma obrigação jurídica pré-existente: tal advertência não pode ser feita a um morto. O efeito da licença é afastar provisoriamente do serviço ativo um certo funcionário, colocando-o numa posição funcional especifica; e o da exoneração é o de desinvesti-lo definitivamente do seu *status* de funcionário. Evidentemente, nenhuma relevância jurídica poderá ter a desinvestidura de quem já não existe, ou a declaração de que se terá por afastado do serviço aquêle a quem não se conhece, nem se sabe quem é.

E' próprio do ato inexistente a sua condição negativa, de não ter nenhuma relevância jurídica, embora a sua enganosa aparência.

A forma é o outro elemento, sem o qual não se pode falar de ato administrativo. A forma é a expressão mesma da vontade administrativa. E' o modo por que esta vontade se revela e pode ser conhecida.

De regra, os atos administrativos têm a forma escrita. Esta exigência decorre da lei, ou da natureza mesma do ato, e representa uma garantia comum aos interesses da Administração e dos administrados.

Em casos especiais, notadamente em matéria de polícia, admite-se a forma oral, e até a expressa por sinais simbólicos, como nas sinalizações de tráfego. ⁴

Quando para um ato administrativo não há uma forma especificamente prevista, inexistirá êle se por nenhuma se exterioriza: é indiferente a forma por que se apresente. Mas se houver uma determinada forma pré-estabelecida, a sua falta significará a inexistência

4 A respeito da forma oral, Waline observou: “Hauriou a même noté le développement de l'administration par téléphone, qui présente d'ailleurs, à côté d'avantages certains, des inconvénients, l'administrateur qui doit recevoir un ordre de son chef pouvant être la victime de mystifications dont une évasion célèbre a donné un exemple” (*Man. Elem. de Droit Administr.*, 1946, p. 362).

jurídica do ato (ato formal), ainda que êste materialmente se expresse de outro modo.

Aqui, toca de perto o problema do *silêncio administrativo*, isto é, da valoração jurídica da inércia administrativa em relação a uma precedente declaração de vontade ou a fatos jurídicos anteriores.⁵ Mas convém de logo salientar que o silêncio somente ocorre de referência a atos não condicionados a uma forma especial: — “per i quali non sia imposta rigorosamente una forma vincolata”.⁶

A nomeação de um funcionário, feita por um aventureiro, a transferência de funcionário já falecido, a demissão formulada num bilhete, são atos materiais, que juridicamente não existem: à falta de sujeito, de objeto, de forma, respectivamente.

O ato inexistente é insuscetível de convalidação; e a ninguém obriga, independente de prévio juízo, ou ato declaratório.

Nem sempre se pode dizer que êle é destituído de tôda relevância jurídica. — Porque pode um ato, inidôneo a constituir um ato administrativo, existir como ato de tipo diverso e, como tal, produzir efeitos jurídicos válidos. Mas êstes efeitos não serão os de um ato administrativo, pois não se trata de ato desta espécie.

* * *

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 imediatamente a lei (*conditio juris*), ou em casos específicos, a vontade da autoridade administrativa (*conditio facti*). Então, se a eficácia não coincide com a perfeição, diz-se *pendente* o ato.

Segundo um certo modo de apreciar e compreender os diversos momentos do ato administrativo, a perfeição dêste pode ser tomada num sentido amplo, que se estende até à sua eficácia. Funda-se êste conceito em um critério estritamente prático: — é com a produção dos seus efeitos que o ato entra no mundo jurídico, porque só então êle realmente cria, modifica ou extingue situações jurídicas. Considerado em função dos seus efeitos, o ato somente *existe* quando *eficaz*. Sob êste especial ponto de vista, a perfeição do ato só se consuma com a sua eficácia. Esta, em vez de ser um momento posterior àquela, é um elemento conceitual, sem o qual o ato não existe.

Essa é uma velha forma de considerar o assunto, hoje um tanto repelida na doutrina, que prefere distinguir no ato administrativo a sua perfeição e a sua eficácia, entendida a primeira como a existência mesma do ato e a segunda como a sua aptidão para produzir os seus efeitos.

5 Vitta, *Diritto Amministr.*, I, p. 356.

6 R. ALESSI, *Dir. Amministr.*, 1949, I, p. 225.

Mas, entre nós, aquêlê conceito amplo de perfeição encontrou guarida no artigo 77, § 1.º, da Constituição federal e no idêntico preceito da Constituição da Bahia (art. 90, § 1.º), onde se diz que “os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas” (*sic*).

Aí, a expressão “perfeitos” equívale a “eficazes”: isto é, tais contratos sòmente produzirão seus efeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas.

Quando um contrato é levado ao Tribunal de Contas, êle aí entra como um ato já *perfeito* e acabado, integrado por todos os seus elementos constitutivos: sujeitos, objeto, forma. No Tribunal, com o seu registro, o contrato adquirirá tão sòmente a sua *eficácia*. O Tribunal não interferirá na sua *formação*: antes, tem-no como *existente* e diz de sua legalidade; e, com isto, concedendo-lhe o registro, permite a sua *execução*.

Quando o contrato é remetido para o registro, o seu processo de formação já está de todo esgotado; e é sôbre um ato já perfeito que o Tribunal exerce o seu contrôle de legitimidade. Êste contrôle é preventivo em relação aos efeitos do contrato, mas, em relação ao nascimento dêste, é posterior.

O exato sentido da *perfeição* do ato administrativo não é uma questão acadêmica: tem relevante repercussão nos problemas de direito intertemporal.

Se sobrevém uma lei, que altere a competência do órgão contratante, ela não atingirá o contrato já assinado, mas ainda pendente de registro do Tribunal: exatamente, porque a nova lei não altera situações perfeitas, constituídas na vigência de lei anterior, segundo a qual se cumpriram todos os elementos integrantes do referido contrato.