

## TEORIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

CARLOS S. DE BARROS JUNIOR \*

*1. Ato administrativo — noção e classificação. 2. Distinção dos atos administrativos em relação ao conteúdo. 3. Elementos ou requisitos do ato administrativo (estrutura). 4. O silêncio como manifestação de vontade da administração. 5. Perfeição, validade e eficácia do ato administrativo. Irretroatividade e executoriedade. 6. Invalidez dos atos administrativos. Anulação e revogação.*

### 1. Ato Administrativo — Noção e Classificação

A administração pública ou a atividade administrativa do Estado realiza-se por meio de operações administrativas, que se exteriorizam em manifestações de vontade ou atos materiais. Estes são, em regra, também precedidos de manifestação de vontade anterior ou a trazem implícita.

Tôdas essas manifestações de vontade, pelas quais opera a atividade administrativa, podem ser ou não produtoras de efeitos jurídicos. Nesse sentido, assim indiscriminado, designam-se os atos pelos quais se desenvolve a ação administrativa como atos da administração. O ato administrativo propriamente dito será aquele que produz efeito de direito e, como tal, uma espécie do ato jurídico.

Costuma-se, por sua vez, usar a expressão *fato administrativo* ou *ato de administração* para designar os atos materiais praticados pelos agentes administrativos, atos êsses que podem ter ou não efeitos de direito.

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

A noção de ato administrativo tem gerado certa confusão na doutrina, em consequência das acepções diversas em que a locução pode ser tomada. Assim, pode confundir-se com o significado amplo de ato da administração, ou com o sentido diverso que pode provir de conceitos calcados nas noções que se prendem às funções diversas do poder público. Sob êste aspecto, a dificuldade de conceituação pode decorrer de consideração do ato sob ângulos diferentes, ou seja, sua consideração sob o aspecto objetivo ou material, subjetivo ou orgânico e formal.

Ato administrativo é, entretanto, para nós, aquêlo ato jurídico praticado por agentes do poder executivo, ou de órgãos com poder de administração pública, sejam descentralizados, ou integrantes de outros podêres do estado.

Assim, todos os atos praticados por órgãos do poder executivo, por agentes integrantes dêsse poder, na esfera própria de suas atividades, desde que produzam efeitos de direito, são atos administrativos. Excluem-se, por certo, atos praticados por agentes dêsse poder, na ordem privada, porquanto o poder público pode praticar, ao lado de atos sujeitos à disciplina do direito público, outros regulados pelo direito privado.

Mas, afóra atos desta natureza, em regra contratuais, todos os atos do poder executivo e de entes incumbidos de poder público na administração indireta, bem como os de natureza tipicamente administrativa praticados pelos outros podêres do estado, desde que produzam efeitos jurídicos, são atos administrativos.

Ato administrativo é, pois, uma declaração ou disposição de vontade, um pronunciamento geral ou especial, de órgão administrativo no exercício de suas atribuições, e que cria, modifica ou extingue relações de direito, disciplinadas pelo direito administrativo.

Os autores, ao estudar o tema, revelam a tendência de considerar como tal apenas o ato individual, ou seja, aquêlo pelo qual o estado estabelece ou modifica uma situação jurídica particular. Mas, de um modo geral, acabam por incluir, ao classificar ou enunciar as espécies de atos administrativos, a que denominam de atos normativos da administração.

Para melhor esclarecer as noções enunciadas, convém classificar as diversas modalidades de atos administrativos.

Muitas classificações são apresentadas pela doutrina, além da já referida, que os consideram como individuais ou especiais e normativos.

Dissemos que nos parece de acolher essa distinção, porquanto os regulamentos, por exemplo, atos normativos que são, não deixam de ser, como atos executivos sob o aspecto subjetivo e de concretização do direito, manifestamente de órbita administrativa, sem embargo de seu caráter normativo. Aliás, não são os únicos dessa natureza, no campo administrativo. Basta atentar para tantos outros, como as instruções ministeriais, regimentos, circulares etc.

Sob o aspecto subjetivo ou das vontades que intervêm para a formação dos atos administrativos estes podem classificar-se, em primeiro lugar, como unilaterais e bilaterais.

Unilaterais são aquêles cuja formação depende tão-sòmente da vontade da administração. Eles se concretizam mediante apenas a manifestação da vontade administrativa. É por meio dêles que, em regra, se desenvolve a atividade administrativa. Revelam o exercício de poder público.

Bilaterais são os que exigem, para a sua perfeição ou produção de efeitos jurídicos, a manifestação de vontade de outra pessoa ou entidade.

A êste propósito, ou seja, o da aceitação desta categoria de atos na ordem administrativa, há divergência na doutrina. Depois do aprofundamento do estudo dos atos jurídicos, realizado pelos autores alemães e refletidos sobretudo nas investigações de Duguit, na França, alargou-se a visão dos juristas no que diz respeito à categoria dos atos bilaterais. Esta desbordou da categoria dos contratos, atos bilaterais por excelência, para espécies outras, do gênero atos plurilaterais.

A dificuldade maior, neste tema, está na negação por alguns do ato bilateral, entre o poder público e o particular. Entendem êles que, se é certo que relações jurídicas bilaterais podem surgir entre pessoas de direito público, não ocorre o mesmo no caso indicado de pessoa pública e particular.

Advirta-se que com essa negativa não se excluem atos regulados pelo direito privado, porventura praticados pela administração. O que negam são relações entre poder público e particular, submetidas a regime de direito público. Nestes casos, o ato seria sempre unilateral, nêle interferindo a vontade privada apenas como pressuposto ou condição de eficácia.

O debate não parece definitivamente resolvido e se reflete no estudo dos contratos administrativos, notadamente a propósito da concessão de serviço público e da relação de função ou emprego público, como veremos a seu tempo.

Não se pode, entretanto, afastar do nosso campo a categoria dos atos bilaterais, inclusive dos contratuais, só porque apresentem êles, aqui, caracteres específicos.

Outra classificação que costuma ser feita dos atos administrativos, sob o critério subjetivo ou da intervenção de vontades na formação do ato, é a que os distingue em simples e complexos.

Simple é o ato administrativo que resulta da manifestação de vontade de um só órgão da administração. Só depende para a sua existência dessa declaração. Ao passo que os atos complexos dependem de mais de uma manifestação de vontade de órgão do poder público, seja de uma mesma entidade ou de entidades públicas distintas.

Há necessidade de convergência ou coligação de vontades para o fim objetivado, mas de órgãos diversos. Exemplo de ato simples: nomeação de funcionário pelo Presidente da República ou Governador do Estado; de ato complexo: nomeação de Ministro do Supremo Tribunal, em que o ato depende de aprovação do Senado.

Discute-se, a êste propósito, se o ato de um órgão colegial é simples ou complexo.

Dado o conceito enunciado de ato complexo, como o que resulta de manifestação de vontade de órgãos diversos, decorre que o ato de órgão colegial deve ser considerado simples. O órgão colegial constitui-se de várias pessoas naturais ou físicas. Mas estas integram um só órgão e formam uma só vontade administrativa. As vontades individuais que se somam ou preponderam para a exteriorização de vontade se distinguem numa fase meramente interna do funcionamento do órgão. A vontade final é uma só e o ato resultante é simples e não complexo.

Nem por exigir a manifestação de mais de uma vontade confunde-se o ato complexo com o ato bilateral. Êste supõe a intervenção de vontade de pessoa de fora da administração. No ato complexo, são órgãos de poder público que concorrem para completar o ato administrativo; no bilateral, uma das vontades não pertence à administração.

A doutrina não se mostra segura ao conceituar o ato complexo. Ora, se lhe dá extensão tamanha que resulta em desfigurá-lo, equiparando-o ao que se chama procedimento administrativo. Ora, buscam fixar-lhe um sentido mais técnico e de sua noção excluem certos atos, a começar pelo ato dos órgãos colegiais que, como vimos, é ato simples.

Parece-nos mais acertada esta noção, mais restrita, de ato que resulta de convergência de vontades de órgãos do poder público, num sentido unilateral (não há manifestação de vontade estranha ou de fora da administração), mas que se distingue do chamado procedimento administrativo, do ato coletivo e do ato sujeito a manifestação de controle.

No ato complexo, como acertadamente afirma Zanobini, ocorre unidade de conteúdo e fim, resultante da convergência de vontades. Ao passo que, nos demais referidos, não ocorre esta circunstância.

O procedimento administrativo não decorre de convergência de vontades que se fundem num mesmo conteúdo. Êle consiste numa série de atos, com manifestações de vontade autônomas e finalidade própria, um travamento de atos tendentes a um provimento final, de tal sorte que os anteriores condicionam a prática dos que lhe seguem. Há um ato final, precedido de vários atos intermediários e relativamente autônomos, de modo que cada ato intermediário tem a sua própria finalidade. Seriam exemplos uma concorrência, o concurso.

Também não se fundem as vontades no denominado ato coletivo. Faz-se preciso não confundir ato colegial com ato coletivo. Alguns au-

tores denominam indiferentemente o ato de órgão colegial, como ato colegial ou coletivo. Mas, na doutrina, costuma ser indicado o ato coletivo como coisa diversa do ato colegial. Zanobini faz a distinção para considerar ato coletivo aquêle em que as vontades não se fundem num mesmo conteúdo, como acontece no ato complexo, mas apenas na declaração, de tal sorte que permanecem juridicamente autônomas. Seriam exemplos certos convênios ou acôrdos realizados por entidades públicas.

Por sua vez, não parece integrar um ato complexo a manifestação de órgão de contrôle. O ato sujeito a exame de órgão de contrôle é distinto do ato dêste. Um e outro distinguem-se, permanecem autônomos, pelo conteúdo e fins diversos que objetivam. Essa distinção Bielsa procura expressar quando explica que num caso há intervenção de vontade (ato complexo), noutro, de ato de *inteligência*, um processo racional, não volitivo.<sup>1</sup>

Tais distinções são de úteis conseqüências práticas, pois que se refletem no fixar a possibilidade de recursos, modo de desfazimento de tais atos e efeitos de vícios que os possam afetar.

Assim, no ato complexo, defeito que porventura afete uma das vontades que o completam importa invalidade do ato. Ao passo que o ato coletivo pode subsistir quanto aos demais intervenientes, ainda que irregular a intervenção de uma das partes. O vício que afeta ato do procedimento administrativo invalida apenas os atos posteriores ao ato irregular, ressaltando-se, porém, os atos anteriores válidamente praticados.

Não parece de muito rigor científico, entretanto, a distinção dos atos em simples e complexos. Ugo Forti põe à mostra as dificuldades que a respeito surgem, observando que, a seu ver, a criação e o reconhecimento desta categoria *ha fatto più male che bene*.<sup>2</sup>

Mas está ela aceita pela doutrina, se bem que da forma restrita e técnica apontada: ato em que ocorre a fusão de vontades de órgãos diversos, de que decorre manifestação de um só conteúdo e finalidade. Pode ocorrer que as vontades manifestadas não se revistam de igual valor jurídico, mas que uma seja preeminente. Sob êsse aspecto, ocorre o que se chama de atos de complexidade igual e desigual. Do mesmo modo, se as manifestações de vontade são de órgãos de uma mesma entidade, ou de entidades diversas, haverá complexidade interna ou externa.

No desfazimento do ato complexo, por parte da administração, ou seja, na sua revogação ou anulação, devem observar-se os mesmos trâmites de sua elaboração. Deve ocorrer nova manifestação conjunta dos órgãos que concorreram para a sua formação.

1 BIELSA. *Estudios de Derecho Público*. v. I, p. 450-1.

2 FORTI, Ugo. *Diritto Amministrativo*. Parte Generale. 1947, v. III, p. 104.

Também se classificam os atos administrativos, segundo a menor ou maior latitude de ação conferida aos órgãos que os praticaram, em vinculados e discricionários. Aquêles são os que decorrem de uma predeterminação legal, quanto à prática do ato. Esta deve vincular-se ao estabelecido na norma legal, pelo que os atos assim preordenados se dizem também predeterminados ou regrados. São aquêles atos que as normas objetivas obrigam que se pratiquem num determinado sentido. A conduta da administração é predeterminada. A prática do ato é imposta ao agente, pela lei ou regulamento.

Podemos afirmar, pois, que o ato vinculado é o que está predeterminado na lei e, verificadas as condições, deve praticar-se como dever da autoridade administrativa. A autoridade administrativa só tem uma conduta a tomar, uma vez verificadas as condições previstas em lei.

Costuma-se citar como exemplo de atos vinculados a admissão, a licença, a aposentadoria, verificadas as condições legais.

Atos discricionários se dizem os que permitem maior liberdade de agir para a autoridade, facultando-lhe a sua prática ou abstenção, ou a escolha de opções para alcançar o fim objetivado. Por meio dêles permite-se ao agente administrativo, sem infringir a lei, apreciar a conveniência administrativa.

Se é certo, como diz Themístocles Cavalcanti, que a administração, em princípio, é vinculada à lei,<sup>3</sup> por sua natureza não pode ela submeter-se a uma excessiva rigidez normativa. Para atender às exigências concretas, mutáveis, variáveis da vida social, necessita a autoridade administrativa de certa mobilidade ou latitude de ação que, sem exceder ou extravasar da ordem jurídica, permita-lhe alcançar êsse objetivo.

O legislador procura fixar as regras tendentes ao atendimento das necessidades coletivas. Mas, fixa-as de forma impessoal e objetiva. Deixa, assim, muitas vêzes ao executor a possibilidade de atendê-las, nos casos concretos, pela via de uma atuação mais maleável, onde deve interferir a determinação ou juízo do administrador. Fica, em consequência, à autoridade administrativa um campo em que ela opera com menor vinculação normativa e, portanto, de maior liberdade, que é o denominado poder discricionário. Êste é a faculdade de que dispõe a administração para proceder e atuar com certa liberdade de apreciação e determinação das circunstâncias e condições. É um poder de agir em função de critérios de conveniência e oportunidade, na prática dos atos administrativos, mas dentro dos limites legais. Fora da lei haveria arbítrio, não discricião.

Quando o ato é discricionário, portanto, cabe ao administrador maior liberdade de agir, a qual se traduz na possibilidade de praticar ou deixar de praticar o ato ou, ainda, praticá-lo quando e na forma

<sup>3</sup> CAVALCANTI, Themístocles B. *Curso de Direito Administrativo*. 1967, p. 44.

que julgue mais acertado ou conveniente. Mas sempre dentro do campo delimitado pela normatividade jurídica. Exemplo de tais atos: a autorização, a nomeação, a opção para nomeações em lista triplíce.

Quando se fala, pois, em ato discricionário, quer-se significar que, em certos atos administrativos, há aspectos — e êstes são os relativos à conveniência e oportunidade — que são específicos do juízo do administrador e, como tais, escapam ao exame do poder judiciário. Não se subtraem êstes atos ao exame dêsse poder, sob outros ângulos, ou seja, sob o aspecto de sua legitimidade. Ao poder judiciário cabe fixar os próprios limites de vinculação dos chamados atos discricionários, no que diz respeito notadamente à competência da autoridade e finalidade do ato. Só o conteúdo discricionário do ato é imune à revisão judicial.

Donde o dizerem alguns que não há ato discricionário, mas poder discricionário. É exato, mas ato discricionário será, pois, aquêle que admite essa relativa liberdade do administrador para melhor adequar o ato à sua finalidade pública. Ao passo que será vinculado, o ato que não deixa ao administrador essa opção de conveniência ou oportunidade, não lhe permite qualquer margem de escolha, determinando-lhe uma ação ou omissão necessária.

Assim, pode-se afirmar que um ato administrativo pode ser inteiramente vinculado, mas não inteiramente discricionário. Haverá sempre aspectos vinculados nos atos discricionários, como ficou mencionado.

Os limites da ação discricionária são, pois, jurídicos. Não escapam à competência do poder judiciário.

Costuma a doutrina indicar como limites da discricionariedade administrativa o que denominou de limites negativos, relativos e positivos. Os primeiros são a Constituição, as leis ordinárias e a decisão judicial transitada em julgado. Relativos são os limites criados pela administração, pelos seus atos normativos. São relativos porque dependem da administração e, assim, perduram até quando ela os julgar convenientes. A administração mesma, que os fixou, pode revogá-los.

Limites positivos são os que indicam ao administrador a linha do interesse público, o bem comum, ligados à finalidade do ato.

Outras e múltiplas classificações são ainda feitas pelos autores. Algumas, pela sua importância, como a relativa ao conteúdo dos atos, serão, mais por diante, minuciosamente examinadas.

Outras classificações distinguem os atos em internos ou externos, executórios e não executórios, conforme tenham eficácia meramente interna ou estabeleçam relação com os administrados ou, na segunda categoria, conforme dependam ou não de ato de outro agente.

As classificações de Duguit e Jèze não nos parece devam ser pròpriamente examinadas, a propósito dos atos administrativos. Referem-se a categorias mais amplas, do campo do direito público ou da teoria geral do direito.

A classificação tradicional em atos de império e atos de gestão tem valor meramente histórico. Nunca teve maior importância no direito nosso, uma vez que se baseava na existência do contencioso administrativo, e mesmo nos países de regime administrativo veio a ser rejeitada.

Ante o exposto, podemos concluir que a ação administrativa se exerce por provimentos de ordem interna, atos que concorrem para a formação de outros, bem como por meio de atos decisórios, normativos e materiais. Assim, amplamente considerados, êles se denominam atos da administração. A expressão ato administrativo se reserva para nomear o atos jurídicos praticados ou expedidos por agentes da administração. Os atos materiais costumam designar-se fatos administrativos ou atos de administração e podem, ou não, produzir efeitos jurídicos.

## 2. *Distinção dos Atos Administrativos em Relação ao Conteúdo*

Importante distinção que se vem fazendo na doutrina moderna, a respeito dos atos administrativos, é a que se baseia no critério do conteúdo do ato, ou seja, na consideração dos efeitos jurídicos que dêles decorrem.

Permite-nos esta classificação, di-lo Sayagués Laso, caracterizar, com critério rigorosamente jurídico, uma série de atos que apresentam elementos comuns e que nem sempre são denominados da mesma maneira.<sup>4</sup>

Dividem-se, por êsse critério, os atos em espécies, tendo em vista, como dissemos, os efeitos de direito que produzem. E, sob êsse aspecto, os autores distinguem-nos em atos que aumentam faculdades, poderes e direitos dos destinatários, ou que os restringem.

Assim como, no direito privado, longa evolução foi definindo os diversos institutos ou atos jurídicos, também na doutrina do direito público procura-se estabelecer categorias de atos que apresentam elementos ou caracteres comuns.

Dificuldades e diversidade de opiniões se nos deparam a cada passo neste particular, conseqüentes principalmente das diferenças terminológicas e mesmo conceituais que se podem observar tanto na doutrina, na legislação, ou na prática administrativa.

Analisemos as diversas espécies ou categorias, começando pelas do primeiro grupo, ou seja, as que aumentam vantagens ou direitos dos particulares.

O ato denominado *admissão*, por exemplo. Tradicionalmente é tido, entre nós, como vinculado e citado mesmo para exemplificar tal ato. E sob um dos aspectos em que se lhe fixa o conceito, efetivamente é.

<sup>4</sup> SAYAGUÉS LASO. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1933, p. 413.

Não parece segura a doutrina, entretanto, no estabelecer essa modalidade de ato administrativo.<sup>5</sup>

Entre nós, ainda pouco estudada a espécie, é a admissão tida como ato vinculado e unilateral. Satisfeitos pelo interessado requisitos prefixados, resta a administração reconhecer o direito assim configurado por ato meramente declaratório. Vulgarizado é, em nossa doutrina, o conceito de que a admissão é o ato administrativo, pelo qual, reconhecidos no particular qualidades e requisitos prefixados, se lhe outorga fruição de serviço ou o uso de bem público.<sup>6</sup>

Parece-nos acertado o ponto de vista de Oswaldo Bandeira de Mello quando exclui da idéia de admissão a outorga de uso de bem público, noção inspirada em Presutti.<sup>7</sup> Ela se refere a prestação de serviço público. O uso do bem só existirá se ligado à prestação do serviço e como integrante dêste. Se o uso do bem independe da prestação do serviço, constituirá o ato que o outorga outra categoria de ato administrativo, permissão ou concessão de uso de bem público, explica com acêrto Bandeira de Mello.

Há os que estendem o conceito dessa espécie de ato, considerando-o como aquêle que atribui, de um modo geral, ao particular a condição de partícipe em instituição ou organização pública, ou um *status* jurídico. Nesta acepção ampla se incluiria, pois, a própria admissão como agente público, como o fazem por exemplo Zanobini e muitos outros.

Mas, parece-nos que a categoria em exame mais acertadamente inclui aquêles atos que reconhecem direito subjetivo em favor do particular e, assim, sômente nela se incluiriam as matrículas em estabelecimentos públicos, após a satisfação de requisitos prefixados, ou a nomeação para serviço público decorrente de habilitação em concurso. Situações que originam direitos subjetivos condicionados, em favor dos particulares, o que significa que só poderiam ceder a considerações de preeminente interêsse público advindo, mas, em alguns casos, com as conseqüentes e eventuais indenizações.

Nesta acepção mais rigorosa, a admissão é ato unilateral, vinculado, pelo qual, satisfeitos pelo particular certos requisitos prefixados para o ingresso em instituição pública, passam êle a ter direito subjetivo à prestação especial do serviço administrativo ou se investe em determinado *status* jurídico.

<sup>5</sup> SAYAGUÉS LASO. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1953, I, p. 419, nota 7; ZANOBINI. *Corso di Diritto Amministrativo*. p. 239, nota 2; FORTI. *Diritto Amministrativo*. 1947, II, p. 132.

<sup>6</sup> Definição de Mário Mazagão, geralmente repetida ou adotada pelos que à espécie de ato se referem. *Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público*. São Paulo, 1933, p. 11.

<sup>7</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 1969, p. 507; PRESUTTI. *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano*. 1931, v. I, p. 182.

Não se deve, porém, confundir a admissão no serviço público de um modo geral, que não é ato vinculado, com o exato e rigoroso sentido dêste ato, porquanto só ocorre admissão no sentido de que estamos aqui cogitando, quando o ato é vinculado e cria situação subjetiva em favor do particular. São exemplos: a matrícula em estabelecimento público, uma vez aprovado o particular em exames ou concursos, dentro do número de vagas; o ingresso no serviço público de funcionários habilitados em concurso, nas mesmas condições.

Sempre que, em situações como tais, surja direito subjetivo em favor do particular e obrigação por parte da Administração de deferir a pretensão, temos a figura da admissão.

A admissão objetiva sempre atividade ou serviço público, a prestar ou a ser prestado e, como dissemos, é ato unilateral do poder público, embora possa depender de solicitação ou, por vêzes, de aceitação do particular.

Outra espécie de ato, que costuma ser distingüido pelo seu conteúdo e efeitos, é a *autorização*. Não há uniformidade na doutrina também quanto a êste ato. Verifica-se, de modo geral, certa equivalência conceitual entre as denominadas autorizações, licenças e permissões.

Mas tais atos vêm sendo distingüidos pelos autores e pelos textos legislativos, notadamente nas codificações e normas que buscam precisar o procedimento administrativo.

Entre nós, há muito se vem definindo a autorização como o ato administrativo discricionário pelo qual se permite ao particular exercer atividade que, sem êsse assentimento da administração, seria proibida. Cita-se, como exemplo, a licença para porte de armas, o ato que faculta a particular fabricar armas e munições de guerra. É ato unilateral e discricionário.

Pode a administração retirar em qualquer tempo essa prerrogativa, que confere em caráter precário, cabendo a ela a outorga da medida e sua cessação.

Parece-nos que a noção de autorização deve ter, todavia, alcance maior, ou seja, deve-se, sob esta denominação, abranger outras modalidades.

O primeiro sentido seria o de ato que remove obstáculo, tornando lícita a atividade ilícita, como nos casos acima mencionados. Outra modalidade seria a dos atos que permitem atividades que configuram direito preexistente, mas que devem estar sujeitas a fiscalização. São exemplos a autorização para o exercício de profissão, a abertura de farmácia, a autorização para o exercício de certas atividades privadas, como a abertura de estabelecimento bancário.

Há ainda autorizações ligadas ao exercício de contrôles administrativos, notadamente com relação aos entes descentralizados.

Assim podemos admitir autorizações para a execução de atividade material, conexas com o exercício do poder de polícia, e para a

prática de atos jurídicos. No primeiro caso, o ato material praticado sem autorização é ilícito e, pois, sujeito a sanções; no segundo, o ato é viciado e, portanto, inválido.

A autorização é, assim, ato unilateral, discricionário, pelo qual se outorga, a título precário, o exercício de determinada atividade privada, ou se faculta, a entidade descentralizada, a prática de ato jurídico.

Dentre as autorizações distinguem alguns, e nos parece que com exação, as que entendem como não discricionárias, mas que dependem apenas de um acêrto objetivo, do atendimento de exigências legais, as camadas mais pròpriamente licenças, como as relativas ao exercício de profissões, construção de edifícios etc., que supõem um direito ou faculdade preexistente no sujeito autorizado.

A autorização, em regra, deve ser expressa, admitindo-se excepcionalmente que se confira de modo tácito. Deve ser prévia ao ato ou atividade que realizará a pessoa autorizada.

A propósito, vem a doutrina também distinguindo, das autorizações e licenças, a *permissão*. Igualmente quanto às permissões, a matéria permanece controvertida e insegura, tanto na doutrina como na legislação.

Como vimos, muitos autores não diferenciam autorização, licença ou permissão. Há, por vêzes, igualmente indiferenciação entre permissão e a própria concessão.

Mas a tendência é fixar a diferenciação dêsses institutos, inclusive por meio de disciplina normativa da atividade de administração.

Advirta-se que as distinções que se esboçam entre os referidos atos constituem, ainda, tentativas doutrinárias. Poder-se-ia, assim, restringir o vocábulo permissão à designação de ato unilateral e discricionário que faculta ao particular a execução de atividade de utilidade pública ou o uso excepcional de bem público. Seriam exemplos, portanto, licença para ocupar excepcionalmente logradouros públicos, com barracas e quiosques; licença para um particular utilizar *box* de mercado público; certos casos de licença para realizar serviços de transportes coletivos, que não configurem concessão.

A categoria não se acha satisfatòriamente extremada, inclusive na doutrina estrangeira onde, pelo geral, apenas se faz referência a esta espécie de ato, no que diz respeito ao uso de bens públicos.

Em regra, a permissão administrativa não cria, em favor do beneficiado, direitos perante a administração. Por ela, sòmente direitos contra terceiros podem surgir. Outorgada a permissão, não se constitui qualquer direito contra o poder público, mas as vantagens dela decorrentes configuram direitos em face de terceiros. Observa Oswaldo Bandeira de Mello que a relação decorrente da permissão dá origem a direitos imperfeitos.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo. Ob. cit.,

De par com a autorização e permissão, consideram nesta parte também os autores a chamada *aprovação*. Esta pode ser manifestação de vontade a completar um ato complexo, ou simples ato de controle. Se ela completa a manifestação de vontade de outro órgão, se as vontades se fundem, a do primeiro ato e a do ato da aprovação, teremos um ato complexo. Mas, muitas vezes, a aprovação não integra o ato principal, sendo apenas condição de sua eficácia, e temos um ato de controle. Neste caso, as vontades não se fundem, mas atuam separadamente e com eficácia peculiar. Os atos são distintos.

Como ato de controle, a aprovação pode ser de mérito e de legalidade, ou apenas de legitimidade, conforme determine a lei.

Zanobini, ao aludir às aprovações, escreve que elas constituem modalidades de controle que não influem sobre a validade do ato, mas sobre a sua eficácia. Aduz que elas têm larga aplicação no que tange ao controle dos entes autárquicos.<sup>9</sup> No mesmo sentido a orientação de Ranalletti.<sup>10</sup>

Ainda sob o critério pelo qual estamos considerando os atos administrativos, e na categoria dos que aumentam ou conferem direitos aos administrados, costuma a doutrina fazer referência à dispensa e à renúncia. Aqui também a terminologia é flutuante.

A dispensa estaria mais ligada à exoneração de particular de uma exigência legal. Ela exime ou libera o administrado da obrigação de cumprir uma lei ou de satisfazer requisito legal. A lei estabelece um preceito, mas permite que a autoridade administrativa, no exame de certos casos, abra exceção ao preceito geral.

O ato não se confunde com a autorização, embora haja os que assim entendem. A autorização faculta ao particular atividade que, sem ela, seria proibida. Enquanto que a dispensa exime ou libera o particular do desempenho de certa atividade ou do cumprimento de formalidade prescrita por lei.

Como exemplo de dispensa costuma ser mencionada a dispensa da prestação de serviço militar, de certas exigências prévias na realização do casamento (proclamas, limite de idade), isenções tributárias.

Ao passo que, como dissemos, a dispensa estaria mais ligada a cumprimento de preceito legal, a renúncia configura mais propriamente a abdicação de um direito, a extinção unilateral de um crédito.

Desde logo, estamos vendo que não é de todo fácil distinguir estas categorias. Ambas, de certo modo, são renúncias, o que levou parte da doutrina a não aceitá-las como categorias diversas e sim como incluídas numa só.

A dispensa ou a renúncia são, em regra, atos discricionários e devem apoiar-se em norma legal. A administração por ato seu não pode

<sup>9</sup> ZANOBINI. Ob. cit., v. 1, p. 242.

<sup>10</sup> RANELLETTI. *Teoria degli Atti Amministrativi Speciali*. 1945, p. 26, item 27.

renunciar a direitos. Só o faz, em casos particulares, pela lei expressamente admitidos ou autorizados.

Examinemos, agora, os atos que restringem ou reduzem a esfera jurídica dos particulares, sob o critério ainda do conteúdo. Podem ser mencionados, além de outros, as ordens, os atos punitivos.

Zanobini, ao versar o tema, refere-se aos atos punitivos, aos atos de expropriação e às ordens. Os primeiros são atos mediante os quais se impõem sanções administrativas. Eles podem resultar do exercício de poder de supremacia geral da administração pública, ou de poder de supremacia especial. Aquêles atingem os administrados, êstes, os agentes públicos ou colaboradores do serviço público. Como se trata, nesses casos, de imposição de sanções administrativas, os atos têm a eficácia própria de tais atos, isto é, não fazem coisa julgada.

Os atos que se denominam expropriatórios podem ser, além das desapropriações, os de ocupação temporária de bens, os relativos a servidões ou limitações, as requisições etc.

As ordens são decisões das autoridades administrativas que impõem aos administrados ou agentes públicos a obrigação ou a proibição de determinada conduta. Podem, assim, ser positivas ou negativas.

Observa Zanobini que as ordens negativas constituem o oposto simétrico das autorizações: para evitar danos sociais, que poderiam derivar do livre exercício de certas atividades, a lei as proíbe de modo geral, reservando para a administração permiti-las caso por caso, tendo em vista as circunstâncias; ou, permite-as de um modo geral, dando à administração o poder de proibi-las, quando julgue necessário.

### 3. *Elementos ou Requisitos do Ato Administrativo (Estrutura)*

Dada a noção de ato administrativo, que corresponde, como deixamos explicado, ao ato jurídico da administração pública, vejamos os seus elementos ou requisitos.

Como ato jurídico, é o ato administrativo em essência u'a manifestação de vontade. Tendo afirmado que o ato administrativo é ato jurídico, desde logo podemos admitir entre os elementos essenciais à sua estrutura os exigidos pelo nosso direito positivo — agente, objeto e forma. São os previstos em nosso Código Civil.

Mas o desenvolvimento dos estudos jurídicos, notadamente pelos publicistas, tem levado à aceitação de elementos outros na configuração da estrutura do ato administrativo. Donde o acréscimo generalizadamente aceito pela doutrina dos elementos motivo e fim.

Com efeito, a doutrina do ato administrativo é, por assim dizer, mais rica de vinculações legais à prática do ato jurídico. Além dos elementos que alguns denominam de legalidade externa — agente capaz, objeto lícito e forma — devem ser considerados, em função da maior

rigidez da atuação administrativa, exigências ditas de legalidade interna — motivo e fim.

No campo do direito privado não se perquirem os motivos ou razões que determinam o agir das pessoas, nem dos fins para os quais agem, desde que contidos os atos praticados nos limites da ordem pública e bons costumes. Basta que o objeto seja lícito. Na ordem administrativa, porém, a ação se processa vinculada a um fim. Deve a administração agir voltada para o interesse público, no objetivo da satisfação dos interesses coletivos. É isto um preceito ligado ao princípio de legalidade, ou mais precisamente, de indisponibilidade dos interesses públicos. Há uma finalidade cogente no desenvolvimento da ação administrativa, como assinala a doutrina, e, em conseqüência, na ordem administrativa não basta a liceidade do ato, mas se requer a conformidade dêle com os fins objetivados pela lei, pelo interesse coletivo. Donde a maior riqueza, neste campo, da pesquisa e análise dos elementos do ato jurídico.

Em primeiro lugar, devemos aceitar aqui também o elemento capacidade do agente. O agente público deve ter aptidão civil. Isto como regra, porquanto a administração, integrante da pessoa jurídica do Estado, age por meio de pessoas naturais. O agente deve, pois, não só possuir a capacidade civil, como o que na esfera administrativa é específico do elemento capacidade do agente, que é a competência, ou seja, o poder legal para a prática do ato. Deve tratar-se, pois, de agente administrativo, órgão individual ou colegial, que pratique o ato dentro do campo de sua competência ou poder legal.

Não vigoram, a êste propósito, preceitos idênticos, no campo privado e na esfera pública. Pode ocorrer, eventualmente, formação de vontade administrativa válida, independentemente da capacidade civil do agente, tais sejam as circunstâncias, se bem que excepcionalmente, como assinala, por exemplo, Garrido Falla.<sup>11</sup>

Faz-se preciso, assim, que além da capacidade civil, como regra, tenha o agente a qualidade de órgão administrativo e pratique o ato no campo de sua competência, ou seja, dentro da esfera de sua capacidade legal, no exercício do poder que lhe seja dado pela lei para a prática do ato.

A competência é geralmente fixada em lei ou regulamento e abrange aspectos diversos, ligados à matéria, grau ou território em que opera o órgão da administração. O âmbito de atribuição do órgão deve assim ser observado, sob pena de ficar o ato afetado de vício que o pode invalidar.

Quanto ao objeto do ato administrativo, ocorre discordância entre os autores. Frequentemente o objeto se confunde com o fim. Não nos parece, entretanto, se devam confundir-se.

<sup>11</sup> GARRIDO FALLA. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, 1966, p. 470.

O objeto é, mais precisamente, o efeito de direito decorrente da manifestação de vontade, a alteração produzida pela prática do ato, o conteúdo técnico-jurídico dêste. É a modificação da relação de direito trazida pelo ato.

Como no direito privado, o objeto do ato deve ser possível, lícito e moral. O objeto compreende, assim, as relações jurídicas de direito público que podem surgir da manifestação de vontade administrativa.

Relativamente à forma, se bem que elementos formais sejam mais numerosos para a formação da vontade administrativa, vigora a mesma regra do direito privado, isto é, a da observância da forma prescrita ou não proibida. O ato administrativo é, em regra, formalizado e por escrito.

Embora, como dissemos, igual seja a regra, deve-se observar que, em função do preceito da legalidade, há maior rigorismo formal. O ato administrativo, deve, em regra, ser formalizado. A expressão de vontade administrativa é mais complexa do que a do particular, exigindo-se, por vêzes, uma fase preparatória, ou mesmo a intervenção de outros órgãos, como sucede com os atos complexos. A vontade administrativa deve ser, como regra geral, formalmente expressa.

Os publicistas têm examinado ainda, entre os elementos do ato administrativo, o fim e o motivo. O elemento causa, por alguns enunciado, é geralmente confundido com o fim ou com o motivo. Cabe assinalar também que, por vêzes, o fim é tomado como equivalente ao objeto.

Vamos examinar, pois, os elementos motivo e fim ou finalidade. O motivo são as razões que levam à prática do ato. Na ordem privada, não cogita o direito dessas razões, que se incluem no campo da iniciativa particular. Se o ato é lícito, não disciplina o direito, nesse ponto, a manifestação de vontade.

Já no direito administrativo, ou seja, na esfera jurídica em que se move a administração, a indagação dos motivos é relevante. A administração não se desvincula do interesse público. Donde lhe ser vedado praticar atos que se afastam dêsse objetivo. A êste propósito elaborou-se mesmo a chamada teoria dos motivos determinantes.

Cabe ao poder público, ao tomar a iniciativa, ponderar os pressupostos, as situações de fato e de direito que levam à prática do ato. Essas circunstâncias devem ser ponderadas pela autoridade administrativa.

A teoria dos motivos determinantes decorre da consideração dos motivos. Elaborada na França e incorporada à nossa doutrina, assim pode ser sintetizada: se a lei indica o motivo ou a razão da prática do ato, deve êste expedir-se com base no motivo legal indicado, sob pena de nulidade. Da mesma forma, se a autoridade menciona o motivo, deve êste existir realmente, ficando o ato a êle vinculado. A inexistência ou a falsidade do motivo determinam a ineficácia do ato.

Vejamos, agora, o fim. É o objetivo ou resultado que se pretende alcançar. Deve êle atender ao interêsse público. A idéia ou elemento do fim, que concorre para estruturar o ato administrativo, é tomada em relevante consideração, como dissemos, no que concerne às nulidades. O abandono da finalidade, por parte da autoridade administrativa, enseja o desfazimento do ato pelo desvio de poder.

O fim é elemento que integra a legalidade do ato e se acha em conexão com a competência. O agente serve-se de um poder que lhe foi dado para alcançar outro fim não pressuposto na lei. Desborda, assim, da sua competência, visando a alcançar objetivos pessoais ao invés dos fins previstos pelo legislador.

Ocorre, nesses casos, o que se chama desvio de poder, em decisões judiciais e na doutrina dos autores reconhecido como vício capaz de invalidar o ato. Com a devida prudência, vem-se admitindo no sistema nosso, desde que plenamente comprovada, a eiva do desvio do poder como circunstância que pode determinar a nulidade do provimento administrativo.

É matéria que será examinada, com mais pormenor, no capítulo relativo às nulidades que afetam o ato administrativo.

Desde já se pode afirmar que o elemento fim alcança os atos discricionários, para os quais é limite de atuação. O discricionário é concernente à escolha de meios, não à finalidade do ato. Esta representa o objetivo de interêsse público.

De tal sorte, verificando-se o abuso tendente a encobrir interêsse de ordem privada ou mesmo de interêsse público, mas alheio à intenção do legislador ou do serviço, o fim assim desvirtuado, pode, se devidamente comprovado o fato, acarretar a nulidade do ato.

Êstes os elementos que dizem respeito à legalidade ou legitimidade do ato administrativo — competência, objeto, forma, motivo e fim.

Há quem inclua, ao considerar a estrutura do ato administrativo, o elemento causa. Trata-se de matéria tormentosamente debatida no campo do direito privado. Ainda não se logrou uma noção de causa que seja diversa dos elementos motivo e fim. Os autores que versam o assunto ora a tomam como um, ora como outro dos elementos enunciados.

Entendemos que se não deve incluir êsse elemento no estudo da matéria, na ordem administrativa. A noção de motivo e de fim abrangem o espaço em que a causa seria de considerar-se.

Ao lado dêsses elementos que dizem respeito à legalidade do ato, há o elemento político, ou mais acertadamente, a consideração do ato sob o aspecto do acêrto, conveniência e oportunidade.

O ato administrativo pode, assim, ser analisado sob o aspecto de legalidade, e surgem então os elementos já enunciados, como pode o referido ato considerar-se no que diz respeito a sua conveniência,

oportunidade ou acêrto. A êste segundo aspecto, sob o qual se pode apreciar o ato, a doutrina denominou de *mérito* do ato. Ê, pois, a consideração do ato, não nos seus elementos de direito, mas no plano das circunstâncias acima indicadas.

Há, como vemos, dois ângulos a considerar no ato administrativo: o da legalidade, na esfera de regularidade jurídica dos requisitos indicados, e do mérito, que diz respeito à conveniência, oportunidade e acêrto da medida. O ato considerado sob o aspecto da regularidade administrativa é visto pelo mérito; sob o ângulo da regularidade ou legitimidade de direito, temos a consideração da sua legalidade.

#### 4. *O Silêncio como Manifestação de Vontade da Administração*

Envolve o ato administrativo, como ato jurídico que é, essencialmente u'a manifestação de vontade.

No ato jurídico a manifestação de vontade é como regra, expressa. Mas, indaga-se se não poderia ela decorrer do silêncio, como manifestação implícita ou tácita. Ou, mais exatamente, se do silêncio ou abstenção não podem decorrer efeitos jurídicos. Trata-se de problema de direito em geral, embora tenha sido mais especificamente estudado no direito privado, com relação aos contratos.

Mesmo aí, porém, divergem as opiniões, alguns reconhecendo efeitos jurídicos ao silêncio, em função da boa-fé, da equidade, da honestidade, da razão prática ou do interêsse geral, ao passo que outros não lhe reconhecem tais efeitos.

Vem sendo o tema versado com certa amplitude na literatura jurídica, de um modo geral, não se podendo falar em solução satisfatória.

O silêncio, como nota Santi Romano, é um fato ambíguo, donde a insegurança da interpretação de seus efeitos jurídicos.

Se árdua é a matéria no campo do direito privado, assim também o é para o direito administrativo, onde é maior o rigor de forma exigido para a manifestação da vontade.

A expressão da vontade por parte do poder público é mais complexa do que aquela do particular, requerendo por vêzes uma fase preparatória, anterior à declaração, ou a intervenção de vários agentes ou órgãos como ocorre com os atos complexos.

Apresenta, assim, o tema particularidades com relação a sua consideração no campo do direito privado onde, pelo geral, os efeitos jurídicos do silêncio são tidos como aprovação tácita de vontade, assentimento, nos casos expressos em lei ou resultantes de usos e costumes. Para só mencionar, p.ex., textos legais nossos, pode-se verificar tal efeito nos arts. 259, 949, 1.166 e T.374 do Código Civil.

No campo do direito administrativo, vem o assunto sendo estudado, não em tese, mas relativamente a certos institutos e, também

aqui, apresenta igual dificuldade. Isso decorre, como dissemos, não só da exigência de maior formalismo na manifestação da vontade da administração, sua maior complexidade, dependência do concurso de outras autoridades, formalidades burocráticas e necessidade por vèzes de audiência de órgãos diversos.

O silêncio é ambíguo, como acentuou Santi Romano. Todavia, em alguns casos, pode equivaler a declaração, positiva ou negativa, como quando a lei lhe atribui expressamente certo sentido. Assim, p.ex., os arts. 98 e 148 da lei italiana com. e prov. dispõem que se tornam executivas as deliberações sujeitas ao *visto* do prefeito, após o transcurso de vinte dias a contar da entrada na prefeitura. Mas, mesmo nesse caso, Santi Romano hesita quanto à interpretação. No caso, se haveria aí um efeito jurídico do *silêncio*, ou do *decurso do prazo* que teria a autoridade para desfazer o ato sujeito ao visto e que por isso adquiriria eficácia e não porque tácitamente visado. Ele apenas não poderia mais ser anulado. Será preciso, em cada caso, indagar qual a figura a que a lei recorreu.

Deve também ser considerada a hipótese na qual estabelece a lei para a administração a obrigação de realizar um ato, mas não diga como se há de interpretar a sua inércia ou desrespeito a tal obrigação. A rigor, observa Santi Romano, devia ser visto em tal conduta um fato ilícito. Mas várias considerações de equidade e de ordem prática levaram a jurisprudência a derogar o rigor dos princípios jurídicos, para admitir aí a manifestação de vontade.<sup>12</sup>

Não coincidem, a respeito, os preceitos no direito privado e no direito administrativo. Em direito privado, p.ex., existe a regra de que consente quem cala, podendo e devemos falar: *qui tacet, quum loqui potuit et debuit, consentire videtur*. Em geral, considera-se que o silêncio equivale ao consentimento, quando a boa-fé ou a razão prática teriam requerido uma oposição, não havendo acôrdo.

Em direito administrativo, como regra, não existe o princípio. Ele só poderia decorrer de texto expresso, como vimos dos artigos da lei italiana citada e seria exemplo o art. 790 do nosso Código de Contabilidade Pública de 1922, quando considerava registrados pelo Tribunal de Contas contratos a êle remetidos, dentro do prazo de 15 dias de sua entrada.

Mas, nos institutos a êste respeito geralmente examinados em direito administrativo, a regra é que o silêncio se interpreta como recusa ou rejeição.

Em alguns países, como na França, Itália e Espanha, o silêncio da administração, em suas conseqüências jurídicas, tem tido disciplina legal, especialmente em leis processuais administrativas. As regras

<sup>12</sup> SANTI ROMANO. *Corso di Diritto Amministrativo*. 1937, p. 257.

que a respeito podem adotar-se têm, assim, um valor que decorre de tais normas.

Vejamos alguns casos de silêncio da administração interpretados como manifestação de vontade. O mais comum é o que se traduz na falta de decisão no prazo legal, ou dentro de prazo razoável, se a lei não o fixa, da autoridade competente, ao recurso que lhe é apresentado, quando dessa decisão depende recurso a autoridade superior.

Tal questão, na França, foi resolvida legislativamente, no sentido de que, transcorridos quatro meses sem que haja decisão, entende-se rejeitado o recurso. É o que dispuseram leis de 1864, 1900 e 1945.

Na legislação francesa, pois, vencido o prazo dado à autoridade para que se pronuncie, e não o fazendo esta, considerar-se-á o pedido como rejeitado. “No direito francês”, ensina Themistocles Cavalcanti, “as dúvidas foram eliminadas pela lei de 17 de julho de 1900, que considerou o silêncio da administração, nos casos de recurso para o Conselho de Estado, como simples recusa, indeferimento.”

A êste respeito, escreveu Bielsa: “Onde se torna importante a fixação de um critério uniforme, com relação ao silêncio da Administração, é no que diz respeito às reclamações que se promovem contra ela, porque, aqui, diferentemente do que ocorre em matéria contratual, não há sequer disposições ou princípios de direito privado que possam aplicar-se por analogia ou *de lege ferenda*.” E chama a atenção de que, ainda nos sistemas administrativos mais ou menos orgânicos no que respeita à proteção jurisdicional dos administrados, p.ex. na França e na Itália, “a solução tem sido lenta, laboriosa e incerta”. E acrescenta: “na França a questão do silêncio da administração pública, com relação a reclamações e recursos, teve um largo processo. A lei de 1864 estabeleceu que os recursos hierárquicos, promovidos perante um Ministro e não resolvidos no prazo de quatro meses, se consideravam rejeitados. Lei posterior, de 1900, estabeleceu um regime, ainda de maior certeza, para o efeito de recurso ao Conselho de Estado.”<sup>13</sup>

Por sua vez, na Itália, a questão foi debatida pela doutrina e decidida pela jurisprudência, no mesmo sentido, desde que o interessado notifique a administração, pedindo a decisão.

Assim, notável decisão da IV Seção do Conselho de Estado, de 22 de agosto de 1902, firmou orientação de que, transcorrido um tempo razoável, pode o interessado notificar a administração para decidir, e não sendo atendido, considera-se o recurso rejeitado.

Posteriormente, essa orientação foi acolhida por lei de 3 de março de 1934, ao estabelecer que, transcorridos 120 dias da data de apresentação do recurso sem que a autoridade provocada haja respondido, deve

13 BIELSA. *Estudios de Derecho Público*.

o recorrente notificar a autoridade judicialmente e, se não atendido ainda após sessenta dias da notificação, o recurso se considera rejeitado.

No direito francês como no italiano, pois, o silêncio da administração, diante do recurso do administrado, é tido como manifestação de vontade e equivale à *rejeição*. Vencido o prazo, pode o interessado buscar a instância superior.

Em nosso direito, explica Themístocles Cavalcanti, não temos disposição legal que regule, como regra, o assunto. Pode-se atribuir essa deficiência do nosso processo administrativo à falta de contencioso administrativo, que pressupõe maior rigor de fórmulas processuais e respeito a prazos e outras exigências, muito aproximadas daquelas de natureza judicial.<sup>14</sup>

De um modo geral, porém, o princípio entre nós adotado é o de haver-se a demora prolongada da decisão como confirmação tácita da decisão recorrida ou rejeição da reclamação. É o que afirmam Themístocles Cavalcanti, Abreu Lima e Antão de Moraes.

Perfilhamos igualmente o preceito, em estudo sôbre os recursos administrativos, no qual nos manifestamos da seguinte forma: o silêncio prolongado da administração, em casos tais, se entende como decisão negativa. No caso de não haver prazo para a decisão, caberia reclamação do interessado perante a autoridade faltosa, ou, havendo o prazo e decorrido êste, em todos êsses casos se abriria para o interessado a possibilidade de apresentação de ulteriores recursos.<sup>15</sup>

“O princípio geral firmado”, assinala Themístocles Cavalcanti, “é o da confirmação tácita da decisão recorrida, em virtude do silêncio prolongado, e o da remessa automática do processo à autoridade hierárquicamente superior, pelo excesso de prazo para proferir a decisão por parte da autoridade hierárquicamente inferior. A verdade é que, direito constituído, nada existe até agora entre nós.”<sup>16</sup>

Há quem critique essa solução porque, além de suprimir, praticamente, um dos estágios de exame dos processos estabelecidos pela lei, poderá constituir incentivo à desídia, à negligência de certas autoridades, facilitando-lhes expedientes desonestos em algumas oportunidades. Muitas vêzes, para se evitar o cansativo exame de determinados casos, ou para não ser levada a pronunciar-se contrariamente a indivíduos influentes, poderosos, a autoridade administrativa se conservará silenciosa. Entende, assim, Abreu e Lima que, por mais recomendável, por mais acauteladora dos direitos individuais e da moralidade administrativa, disposição que, reconhecendo ao administrado direito de reclamar contra o silêncio da autoridade administrativa, estabelecesse que o seu superior hierárquico — a instância superior — ao conhecer

<sup>14</sup> CAVALCANTI, Themístocles B. *Tratado*. v. II, p. 235.

<sup>15</sup> BARROS JUNIOR, Carlos S. de. *Recursos Administrativos*. *Revista de Direito Administrativo*. v. 13, p. 40.

<sup>16</sup> CAVALCANTI, Themístocles B. *Ob. cit.*, p. 235.

da reclamação o fizesse para impor à autoridade reclamada uma sanção legal e exigir dela que se pronunciasse dentro de um prazo curto, que marcaria. Assim, não se furtaria a autoridade inferior à obrigação que tem por lei de se pronunciar e seria poupado à instância superior o exame de muitos casos, que a ela iriam, forçosamente se não houvesse decisão do inferior.<sup>17</sup>

O ponto de vista é inegavelmente digno de ponderação, embora se deva afirmar que, no sistema atual, o descumprimento da obrigação de decidir pode acarretar sanção disciplinar para a autoridade faltosa. A solução que se dá ao silêncio é apenas acauteladora dos interesses dos reclamantes e não exclui eventual responsabilidade do inferior.

Alguns outros casos são ainda mencionados pela doutrina, como os de inércia da administração, sua demora em prover cargos ou em reconhecer direito ao acesso de funcionários. Outros se referem aos efeitos do silêncio no curso da prescrição extintiva.

Afigura-se-nos, porém, não configure tais hipóteses propriamente efeitos jurídicos do silêncio, mas de situações e direitos que devem ser mais adequadamente examinados em capítulos mais apropriados no desenvolvimento da matéria.

Verifica-se, pois, quanto ao tema dos efeitos jurídicos do silêncio, que os princípios não são os mesmos no direito privado e no direito público. No direito administrativo vigora regra, não vigente no Direito Privado, a do preceito do silêncio constituir recusa ou solução negativa. É claro que não será negativa a solução se a lei expressamente lhe tiver atribuído outro sentido.

##### 5. *Perfeição, Validade e Eficácia do Ato Administrativo. Irretroatividade e Executoriedade*

Diz-se perfeito o ato administrativo quando se acha completamente formado, quando se cumpriram todos os requisitos necessários à sua existência.

Esse conceito, geralmente aceito pela doutrina, não se adapta bem ao nosso sistema jurídico, que tem utilizado a locução *ato jurídico perfeito* para designar o ato consumado e válido. Mas o ato perfeito ou realizado, na concepção da doutrina administrativa, é o que passa a existir, em todos os seus elementos, ainda que eventualmente inválidos ou ineficaz.

Perfeito é o ato completado em todos os seus elementos, o que cumpriu o ciclo de sua formação. Pode, entretanto, não ser eficaz, por depender de condição ou termo, como não ser válido, por não estar:

<sup>17</sup> A.M.J. 7/193.

regularmente formado sob o ângulo da legitimidade. Preferimos, pois, denominá-lo ato completo.

Deixando de parte a perfeição do ato, que em nosso sistema pode levar a dúvidas, vejamos o que sejam a eficácia e a executoriedade do ato administrativo.

A eficácia é a condição ou situação em virtude da qual pode o ato ser levado a efeito. É a idoneidade para produzir o efeito jurídico. É o ato em vigência, a produzir efeitos que nêles são previstos.

O ato perfeito ou completo é, como dissemos, o que completou o seu ciclo de formação, integrando-se em todos os seus elementos. A noção de eficácia requer que, a êsse estágio, se aditem certas circunstâncias ou atributos, pois o ato eficaz é o que está apto a produzir efeitos de direito.

O ato administrativo completo será eficaz quando possa produzir efeitos ou, mais pròpriamente, quando nenhum obstáculo se opõe à produção de seus efeitos normais e, pois, à sua execução.

A noção de eficácia é conexas com as de perfeição (ato completo) e validade. Todavia, a essas noções não corresponde.

Para que o ato adquira eficácia, é preciso que se lhe acrescentem atributos e circunstâncias (atos integrativos), conforme os casos. Pode, p. ex., estar sujeito a um ato posterior de contrôles ou, como dissemos, a uma condição ou termo, ou mesmo à aceitação do interessado.

Por sua vez, é condicionante da eficácia o requisito da publicidade.

Sabemos que as leis só entram em vigor, normalmente, após um período de tempo posterior à sua publicação, denominado *vacatio legis*. Mas, os atos administrativos em geral entram em vigor desde a sua publicação ou, conforme o caso, desde a notificação do destinatário ou do seu conhecimento por qualquer ato autêntico.

O ato administrativo completo (perfeito), aditado de manifestações integrativas, torna-se eficaz e, assim, inicia a produção de seus efeitos.

Ligado à problemática da eficácia do ato administrativo está o tema relativo ao seu efeito no tempo. Refere Tito Prates da Fonseca que os doutrinadores mencionam poder a eficácia de atos administrativos ser fixada em momento anterior à sua perfeição. Pensa que o assunto demanda detido estudo no direito nosso.<sup>18</sup>

Como o ato administrativo se subordina ao princípio de legalidade, a regra é a sua irretroatividade. É claro que se fala de irretroatividade do ato, no que tange à violação de situações subjetivas, porquanto nem tôda retroação dos efeitos do ato se opera com êsse alcance.

Por vêzes, para atender a certas situações que surgem no desenvolvimento da ação administrativa, atribui-se ao ato eficácia com data anterior à sua perfeição. O mesmo ocorre se o ato desobedeceu à lei e é atingido nos seus efeitos anteriores.

<sup>18</sup> PRATES DA FONSECA, Tito. *Direito Administrativo*. 1939, p. 401.

Em regra, os provimentos tendentes a eliminar a invalidade dos atos são naturalmente de efeito retroativo. É inerente à natureza destes atos, e de outros análogos, a força retroativa, observa Bauer Novelli, pois a sua específica função consiste precisamente em reagir *ab-initio* (com eficácia invalidante ou convalidante) sobre a deficiência, em sentido amplo, de uma situação precedente. Nesses casos, a eficácia retroativa é conseqüência lógica e necessária.<sup>19</sup> É uma retroatividade por natureza.

Tal retroatividade não infirma, porém, a regra do respeito aos direitos adquiridos, reconhecido também como um princípio geral de direito administrativo. E sob êsse aspecto podemos, assim, reconhecer neste campo o preceito da irretroatividade dos atos administrativos.

A complementação ou perfeição do ato administrativo e à sua eficácia, segue-se a executoriedade.

O ato administrativo, objetivando o interêsse público, deve ser levado a efeito, concretizado, para o devido atendimento dêsse interêsse. Ele é um ato de autoridade. Impõe unilateralmente obrigações, deveres. A isso se denomina executoriedade.

Diz-se que o ato administrativo é executório, observa Manoel Ribeiro, porque foi estabelecido unilateralmente, manifestação de vontade da administração, sem recorrer a acôrdo com os administrados. A relação jurídica constitui-se por sua decisão autônoma.<sup>20</sup>

Como os atos administrativos são feitos para serem atuados, surge o problema da executoriedade do ato, manifestação da sua própria eficácia — é a eficácia traduzida em concreto.

Distingue-se entre executividade ou imperatividade do ato administrativo e sua executoriedade. A característica de dever ser levado a efeito, por sua própria natureza, é a executividade. De executoriedade se fala, com relação aos atos que impõem deveres e restrições, de poderem êles ser atuados, concretizados, pelos órgãos da própria administração, sem necessidade de intervenção do poder judiciário.

É o que a doutrina francesa denomina de *privilège de l'exécution d'office* ou *action d'office*. É o que se chama também de auto-executoriedade, a possibilidade de atuar a administração, o seu provimento pelo uso de meios próprios coercitivos.

Nesses casos, ao particular, se inconformado, é que caberá a procura da via judicial. É o chamado, na doutrina francesa, *privilège du préalable*.

Observa Laubadère que, para a execução dos atos administrativos, o poder público se beneficia dêsses dois privilégios. Quando um particular julga-se titular de um direito perante outro particular, e êste contesta o seu direito, é o primeiro obrigado a dirigir-se ao poder ju-

19 BAUER NOVELLI. Eficácia do Ato Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. v. 61, p. 18.

20 RIBEIRO, Manoel. *Direito Administrativo*. 1964, v. I, p. 224.

diciário para conseguir a verificação de seu direito e o título executivo que justifique o mecanismo de coação pública. São esses preceitos que, no tocante a atos administrativos, são muitas vezes afetados pelos referidos privilégios.<sup>21</sup>

Com efeito, certos atos administrativos unilaterais têm, como caráter, essa condição de poderem ser levados a efeito por autoridade própria, sem necessidade de prévia intervenção da autoridade judiciária. É a executoriedade própria ou auto-executoriedade. Ela opera diretamente, pela própria administração, podendo ir até à execução coativa.

Mas, nem sempre pode agir a administração por essa forma. E se ela deve recorrer em muitos casos ao judiciário para tornar efetivas suas pretensões, fala-se de executoriedade imprópria.

A propósito da executoriedade, própria ou imprópria, divergem os diversos sistemas administrativos.

Assim, na França e na Itália, a orientação é considerar, como regra, a executoriedade própria. Já nos países anglo-saxões o preceito genérico é o da executoriedade imprópria.

“No direito administrativo do Continente Europeu e das Américas Latinas”, observa Oswaldo Bandeira de Mello, “imperava, na doutrina, o ponto de vista de ser o princípio de auto-executoriedade dos atos administrativos inerente a todos os preceitos que estabelecem deveres e prescrevem limites às atividades particulares. Assim, a administração pública pode executar tais determinações independentemente de haver preceito legal, expresso, outorgando-lhe esta prerrogativa. Em princípio, reconhece-se a auto-executoriedade do ato administrativo. Já no direito administrativo anglo-americano vigora concepção diversa, a qual só admite tenha a administração pública a autotutela de suas determinações quando lhe fôr reconhecida expressamente tal faculdade. Impõe-se texto legal, explícito, facultando a auto-executoriedade. Isso mesmo constitui evolução em orientação anterior que lhe negava em absoluto essa prerrogativa.”<sup>22</sup>

Os sistemas variam, como se vê. Num, o sistema chamado continental, a regra é a auto-executoriedade, salvo quando a lei estabelece a executoriedade imprópria, prevendo, para o caso, as ações civis ou penais; noutro, a necessidade, como regra, da via judicial, o sistema anglo-americano.

A respeito deste último tem ocorrido certa modificação. A auto-executoriedade vem sendo admitida, quando expressamente conferida por lei, nos denominados processos sumários. Fora daí, entretanto, deve a administração recorrer aos tribunais para a execução de seus provimentos.

Os sistemas francês e italiano parecem predominar entre nós.

<sup>21</sup> LAUBADÈRE. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris, p. 176.

<sup>22</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo. *Ob. cit.*, p. 548.

Parece-nos acertada a ponderação de Manoel Ribeiro, quando sintetiza assim o seu entendimento: "Formamos a convicção de que a executoriedade deve ser própria, tôda vez que a lei não estabeleça claramente que a executoriedade é imprópria, ou por via judicial, isto é, não é lícita a executoriedade própria, quando existem ações civis determinadas ou é possível a via da ação penal. Não será preciso que a lei diga, expressamente, que a administração pode, por si própria, tomar as medidas de constrangimento necessárias ao cumprimento de suas decisões: não havendo a indicação de ações civis ou penais próprias que a administração deve adotar, a executoriedade deverá ser sempre própria."<sup>23</sup>

Como fundamentos da executoriedade, menciona a doutrina o fundamento político que, segundo Zanobini, consiste na necessidade de que a satisfação dos interesses gerais, para o atendimento dos quais são tomadas as providências administrativas, não seja detida pela vontade dos particulares, de modo que se não retarde a realização do interesse público.

A fundamentação jurídica estaria na presunção de legalidade do ato administrativo. O particular, para satisfazer pretensão jurídica, deve demonstrar a sua legitimidade e, para isso, tem necessidade de ato prévio do juiz que acerte e declare a legitimidade dessa pretensão. Presume-se, porém, legítimo o ato administrativo e, por isso, essa prévia declaração não é necessária. Trata-se de presunção *juris tantum* e, como tal, admite prova em contrário, mas essa prova não pode retardar a execução do ato, podendo apenas influir sobre os efeitos da execução e obrigação de reparar eventual lesão. Outros baseiam-se no caráter público do poder exercido. Todos os atos de soberania têm o poder de impor-se, de modo imediato, à obediência dos súditos.<sup>24</sup>

Para levar a efeito a executoriedade, pode a administração utilizar-se de meios de coerção direta ou indireta.

Os primeiros, mais drásticos, aplicam-se a certas prestações infungíveis, pessoais, como no caso de obrigação do serviço militar; pela apreensão de coisa, como ocorre no contrabando, na hipótese de gêneros deteriorados, ou no comércio de tóxicos; para cumprimento de obrigações negativas, como seja a dissolução de comício proibido.

A coerção indireta opera-se por certas agravações da obrigação, como no caso de multas ou outras sanções, ou por meio de proibições que tendem a levar o administrado ao cumprimento de suas obrigações, por meio de coação psicológica. É o que ocorre com a proibição de venda de sêlos, de viajar, de contratar etc.

Não há confundir, entretanto, executoriedade do ato administrativo com ação arbitrária da administração.

<sup>23</sup> RIBEIRO, Manoel. *Direito Administrativo*. 1964, v. I, p. 223-4.

<sup>24</sup> ZANOBINI. *Ob. cit.*, p. 265-6.

A executoriedade ou execução forçada de ato administrativo se dá, pelo geral, em matéria ligada ao exercício do poder de polícia. Supõe autorização legal, expressa ou implícita, inexistência de outro meio jurídico, urgência.

## 6. *Invalidade dos Atos Administrativos. Anulação e Revogação*

Podem os atos administrativos ser eivados de vícios que os tornam defeituosos. Assim, se o ato não obedeceu aos princípios que o regem, se na sua prática não se observaram as condições prescritas, o ato será viciado.

Se a inobservância, o vício, a irregularidade são relativos a normas, a preceitos jurídicos, o defeito é de legitimidade; se, ao invés, o ato é irregular em relação a regras técnicas ou critérios de oportunidade e conveniência, a normas de boa administração, o vício é de mérito.

Num caso e noutro o ato se apresenta defeituoso. Mas, o mérito não diz respeito ao aspecto pròpriamente jurídico do ato, mas a critério político ou administrativo.

Conseqüentemente, quando de invalidade ou nulidade se cogita, o que se tem em vista precipuamente é o ato defeituoso sob o aspecto da legalidade ou legitimidade. E a êste respeito, podemos desde logo salientar as dificuldades e deficiências do tema, sobretudo entre nós, dadas as divergências doutrinárias e a falta de sistematização legislativa.

Advirta-se que o assunto é complexo ainda mesmo no campo do direito privado, apesar de sua longa elaboração.

Não se pode afirmar a existência de uma teoria uniforme no campo das nulidades dos atos administrativos, nem mesmo nos sistemas estrangeiros.

As divergências são acentuadas e se fixam principalmente na possibilidade de utilização em direito administrativo da teoria das nulidades do direito privado.

Podemos, assim, afirmar desde logo que é deficiente, entre nós, o assunto da nulidade dos atos administrativos. Há falta de sistema, na doutrina, e, como dissemos, na legislação.

A respeito, podemos consignar a existência de duas orientações principais. Em primeiro lugar, estão os que preconizam a aplicação, no campo administrativo, da teoria das nulidades do direito civil. É o que fazem, por exemplo, Zanobini, na Itália, Tito Prates da Fonseca e Cirne Lima, entre nós.

Embora admitindo as diferenças específicas, oriundas dos diferentes pressupostos, fins e interesses e, por conseguinte, conseqüências por vêzes apartadas das que decorrem dos preceitos do direito

privado, entendem que não se deve abandonar, no direito administrativo, a linha mestra do sistema civil das nulidades, inclusive a dicotomia dos atos nulos e anuláveis.

Outros — devendo entre êles ser pôsto em relêvo, por ser autor de uma nova discriminação de atos administrativos viciosos, Seabra Fagundes — entendem que só muito restritamente se podem utilizar, neste campo, os preceitos e textos do direito civil.

A respeito dessas divergências, consigna Cretella Júnior, com base nos autores referidos: “A teoria dos vícios do ato jurídico, do direito administrativo, guarda relações de direito com a das nulidades, no direito civil, mas dêle difere bastante, tanto no que diz respeito às soluções como na amplitude. Recebe o direito administrativo, nesta matéria, ponderam alguns mestres, os princípios gerais do direito civil com diferenças em um e outro ponto, o que não quer dizer que, em suas grandes perspectivas, se deva abandonar a teoria das nulidades já estabelecida no Brasil. Julgam outros não ser possível utilizar, senão muito restritamente, os textos da lei civil.”<sup>25</sup>

Não nos parece que haja radical oposição entre êsses dois entendimentos. Podemos admitir, no campo das nulidades administrativas, os princípios jurídicos gerais elaborados no direito privado, inclusive entre nós, a terminologia dos atos nulos e anuláveis. Mas os princípios civilistas não satisfazem a tôdas as hipóteses e às exigências do plano do direito público, como assinalam por ex. Jêze e Seabra Fagundes.

A repercussão do desfazimento de atos administrativos é sempre mais ampla do que a do ato privado, cuja faculdade restauradora visa ao equilíbrio de relações individuais. No administrativo, está sempre presente o interêsse público.

Mas, tem-se entendido, de um modo geral, que essas diferenças, no plano da proteção dos interêsses, não afasta a possibilidade de ocorrência de vícios no ato administrativo, de maior ou menor importância, e, como decorrência, o comprometimento da validade dêles, de modo mais ou menos intenso. Donde a viabilidade de invalidez absoluta ou relativa também nos atos disciplinados pelo direito público.

Assim, deve aceitar-se, ao menos nesta fase do desenvolvimento e comêço de sistematização do assunto, a dicotomia dos atos nulos e anuláveis e, quanto possível, os efeitos de direito que lhes são atribuídos.

Não há razão para acolher a categoria dos atos inexistentes, dada a adoção entre nós, do sistema de jurisdição una. É o que, com razão, observam por exemplo, Mario Mazagão e Onofre Mendes. “No direito francês”, escreve êste “realmente a discriminação tem relevância, pois a inexistência do ato administrativo pode ser declarada pela justiça

25 CRETILLA JÚNIOR. *Tratado de Direito Administrativo*. II, p. 217.

ordinária, ao passo que a nulidade é de declaração dos tribunais administrativos.”<sup>26</sup>

Para nós, o chamado ato inexistente pode conter-se satisfatoriamente na concepção do ato nulo.

Há atos administrativos sanáveis e não sanáveis. O ato nulo é precisamente aquele que, afetado por vício grave em relação aos elementos que o estruturam, considera-se não realizado, apresenta-se com defeito irremediável. O pronunciamento de sua invalidez, por ato administrativo ou jurisdicional, tem caráter meramente declaratório.

Já o ato anulável seria o que padece de vício menos grave, que lhe não afeta a substância. Pode pois, eventualmente, ser convalidado, sendo constitutiva a declaração de sua nulidade, embora, como acontece no direito privado, retroajam os efeitos dela à data do ato anulado.

Podemos, pois, examinar as nulidades que afetam os atos administrativos, em função dos vícios que possam atingir os seus elementos constitutivos.

Assim, em primeiro lugar, podem tais vícios ser considerados em relação ao agente, sujeito ou órgão que pratica o ato.

Sabemos que o ato administrativo é aquele praticado por agente da administração, no exercício de suas atribuições.

Pode acontecer que o ato seja praticado por pessoa sem a qualidade de órgão da administração. Por pessoa privada, jurídica ou natural, sem o exercício de funções públicas ou fora desse exercício. Não haveria então um ato administrativo, mas um ato nulo, pela usurpação de poder, que só produziria eventuais efeitos de responsabilidade penal.

Por vezes, pode-se admitir a atuação, pela administração, de agentes denominados funcionários de fato. Seja porque agem pela administração em circunstâncias extraordinárias, seja porque ignoram o vício que lhes afeta a investidura. Nesses casos, seus atos não se confundem com os dos usurpadores.

Os administrativistas italianos distinguem o vício da ausência da qualidade de órgão administrativo do vício propriamente da incompetência. Aquêlo produz a nulidade do ato, esta o torna, em regra, apenas anulável.

Entre nós, êste vício tem sido considerado por junto com a incompetência. A êste respeito, escreveu Tito Prates da Fonseca, ser nulo o ato quando se trate de incompetência de grande monta. E exemplifica: “Assim, quando um funcionário realiza um ato inteiramente fora de suas atribuições, das atribuições administrativas, da competência da entidade a que pertence ou do poder de que faz parte.”<sup>27</sup>

Os autores italianos que, como vimos, distinguem a ausência da qualidade de órgão da incompetência, consideram êste vício, em regra,

<sup>26</sup> MENDES, Onofre. *Direito Administrativo*. 1961, v. 1, p. 206.

<sup>27</sup> PRATES DA FONSECA, Tito. *Direito Administrativo*. 1939, p. 393.

como determinador de anulabilidade. Ressaltam êles, porém, uma hipótese em que a incompetência do órgão gera a nulidade do ato. É o caso, diz por exemplo Zanobini, em que o órgão administrativo invade competência de autoridade não administrativa (legislativa ou judiciária), ou quando o ato administrativo emane de órgão pertencente a um desses poderes, diversos do executivo. E consideram tal incompetência como absoluta.

A orientação tem sido acolhida por alguns autores nossos. Assim, vimos, Tito Prates da Fonseca admite a ocorrência de vício de incompetência mais ou menos grave. "Há, em cada ato administrativo, uma competência genérica, em razão da matéria, perante os outros poderes — legislativo e judiciário — e os outros órgãos ou administrações. O funcionário, ao realizar um ato em matéria estranha à do ramo da administração a que pertence, não age como órgão dessa entidade: o ato administrativo é nulo, e não anulável. Seria o caso do Ministro da Guerra, estabelecendo o modo pelo qual as exortorias devem comportar-se na coleta dos impostos, de um Secretário de Estado dos Negócios da Agricultura, decretando um desquite, de um prefeito municipal regulamentando a distribuição da força pública pelo território do estado, e assim por diante." <sup>28</sup>

Em linha semelhante de pensamento, escreve Seabra Fagundes: "A invasão de funções pode ser de dois modos: absoluta ou relativa. É absoluta quando se dá invasão de atribuições de órgãos de outro ramo funcional. Por exemplo: funcionário do poder executivo profere uma sentença, que é ato deferido, material e formalmente, ao poder judiciário. A relativa tem lugar se a exorbitância de atribuições pelo funcionário se dá dentro das atribuições peculiares ao próprio órgão do poder público de que êle faz parte. Na invasão absoluta, a incompetência é irremediável. Os atos são inválidos por infringirem princípio fundamental da organização política, como seja a divisão de funções e poderes públicos por entidades, que se controlam reciprocamente. Na invasão relativa, os atos serão nulos ou apenas irregulares, conforme a gravidade maior ou menor que existe na invasão de atribuições. É impossível dar um critério único para tal hipótese. Tudo dependerá dos textos legislativos, especialmente aplicáveis em cada caso, e das circunstâncias de fato ocorrentes." <sup>29</sup>

Quando a incompetência se verificar por invasão de atribuições, dentro dos diversos ramos da própria administração, mas longinquo de funções muito diversas, a incompetência será também grave, e a consequência é a nulidade do ato. Se, porém, a atuação permanece no campo da administração, atingindo esfera de competência de outro

<sup>28</sup> PRATES DA FONSECA, Tito. Ob. cit., p. 393.

<sup>29</sup> SEABRA FAGUNDES. *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 1967, p. 76-7.

órgão, mas do mesmo gênero, a invasão de funções é relativa, e o ato será irregular ou apenas anulável.

Esta é lição que se acomoda à doutrina de autores italianos e que, embora nos pareça de aceitar, não se encontra unânimemente acolhida pelos nossos estudiosos.

Pelo geral, entre nós, a incompetência tem sido considerada causa de nulidade por vício radical. Se a autoridade viola os limites legais de sua aptidão, que tal é a competência, pratica ato ilegal, suscetível de nulidade.

Assim se vem entendendo, porque, aplicados princípios de direito civil, verifica-se que o ato válido requer agente capaz. Destarte, o ato praticado com violação de competência prescrita em lei seria contrário ao art. 145 do nosso Código Civil.

Por aí estamos vendo como o assunto das nulidades comporta uma série necessária de ajustamentos no campo do direito público. Por isso é que Seabra Fagundes, versando a invasão relativa de atribuições, diz que a gravidade de vício deverá ser apreciada em face dos textos especialmente aplicáveis em cada caso.

Ainda com relação à capacidade do agente, que acabamos de ver sob o aspecto propriamente da competência, pode o ato apresentar-se viciado pelo que os autores chamam de defeito pessoal.

À invasão de competência, absoluta ou relativa, denomina Onofre Mendes Júnior de circunstâncias em que os vícios do agente são de natureza funcional. Mas pode ainda o agente, como pessoa, ter a sua vontade afetada por outros vícios.<sup>30</sup> São os que perturbam ou excluem a manifestação de vontade do sujeito, que também podem ser considerados no campo administrativo.

No tocante a esta distinção, relativa aos vícios de manifestação de vontade, assim a fixa Seabra Fagundes: a) vícios por ausência de poder legal no agente para proceder como órgão do estado (incompetência); b) vícios por defeito pessoal na manifestação de vontade, não obstante estar o agente investido de função.<sup>31</sup>

Cretella Júnior assim se expressa a respeito "... pode a vontade ser intrinsecamente viciada, ocorrendo ou incompetência do agente que, não obstante, como pessoa, esteja em plena posse de suas faculdades intelectuais, não tem, entretanto, poder legal para manifestar-se como órgão do estado ou, então, verifica-se caso extremamente inverso, isto é, em que se lhe observa defeito, se bem que nenhum vício atinja a essência da investidura, inatacável sob qualquer aspecto."<sup>32</sup>

O primeiro, é o tema da incompetência, já examinado. O segundo abrange os vícios que afetam a vontade do funcionário ou agente,

<sup>30</sup> MENDES JÚNIOR, Onofre. Ob. cit., p. 199.

<sup>31</sup> SEABRA FAGUNDES. Ob. cit., p. 68.

<sup>32</sup> SEABRA FAGUNDES. *Tratado*. II, p. 223.

como pessoa, ou seja, os que determinam a incapacidade absoluta ou relativa, como a loucura, a coação, a fraude, o erro, o dolo, a simulação.

Estes vícios, considerados no direito privado podem igualmente exercer influência, ter repercussão no campo do direito público.

Tais vícios, todos eles, determinam maior ou menor irregularidade do ato e, portanto, sua nulidade absoluta ou relativa.

No campo privado, muitos desses vícios acarretam apenas consequência da anulabilidade, precisamente porque é menos regulada a atuação do particular quanto aos objetivos que o levam à prática de atos jurídicos. Mas a administração age sempre em função do interesse público, sua atividade é mais minuciosamente disciplinada em lei, pelo que importando a ocorrência dos vícios de vontade em violação de lei, em regra a sanção é a nulidade.

O mesmo se pode afirmar de vícios relativos ao objeto do ato. Em direito administrativo, importam violação de preceitos legais. Também na esfera administrativa há de o objeto do ato jurídico ser lícito, moral, possível e certo. A nomeação de um funcionário para cargo inexistente seria ato administrativo de objeto impossível. Nota, por sua vez, Seabra Fagundes que “entre as infringências da lei quanto ao objeto, se devem compreender os casos que o ato da administração contraria sentença passada em julgado, ato jurídico perfeito ou direito adquirido.”<sup>33</sup>

Vimos que as exigências de forma são amplas no direito público. Tais solenidades se estabelecem no intento de bem ordenar o serviço público e acautelar os interesses dos administrados. O ato será nulo quando a forma é legalmente prescrita, essencial. Temos exemplo no procedimento de licitações que devem preceder os contratos da administração.

“Pode acontecer, entretanto,” escreve Onofre Mendes Júnior, “que a forma de determinados atos resulte de conveniências de técnica, ou prática, na organização e metodização de serviço público, caso em que a sua preterição poderá constituir mera irregularidade, sem efeito fulminatório.”<sup>34</sup> “Revestirá o defeito menor importância”, observa Seabra Fagundes a respeito da forma, “constituindo simples irregularidade, sem sanção, quando as formalidades tenham apenas por objetivo estabelecer moldes gerais com o fim de metodizar o serviço público.”<sup>35</sup>

Indica-se, ainda, como causa de nulidade ou anulabilidade, o chamado excesso de poder. Zanobini o inclui entre os vícios concernentes à vontade.

Consiste, de um modo geral, em ultrapassar a autoridade a esfera traçada pela lei para a sua atividade.

<sup>33</sup> SEABRA FAGUNDES. Ob. cit., p. 78, nota 38.

<sup>34</sup> MENDES JÚNIOR, Onofre. Ob. cit., p. 201.

<sup>35</sup> SEABRA FAGUNDES. Ob. cit., p. 81-2.

Já examinamos este aspecto ao tratar da competência.

A expressão excesso de poder — observa Zanobini — além dos casos de incompetência absoluta, que denomina *straripamento di potere*, abrange outros defeitos.

Um dos principais aspectos destas irregularidades configura-se no chamado desvio de poder.

É um vício que se liga de certo modo à competência, mas preponderantemente ao elemento fim.

“Quando o ato, regular sob todos os seus aspectos”, ensina Tito Prates da Fonseca, “se realiza visando *fim* diverso daquele para o qual foi instituído, desvia-se o poder concedido do seu escopo legal. O discricionário do poder não está na escolha do *fim*, que é imposto ao agente pelo bem público, pelas leis e pelos regulamentos, mas nos *meios* de alcançar esse objetivo. Excesso de poder significa, às vezes, desvio do poder discricionário da finalidade que cada lei aponta e entende como devendo ser colimada e atingida. O agente, então, ao tomar certa medida ou ao prover, é levado por elementos pessoais, subjetivos destoantes da finalidade imposta ao ato pela lei.”

Esta modalidade de vício que pode eivar os atos administrativos é o que os franceses, pela sua jurisprudência administrativa e doutrina, denominaram *détournement de pouvoir*. *Sviamento di potere* chamaram-na os italianos.

Se a autoridade administrativa, ao praticar o ato, dissimula o seu real objetivo sob a aparência do atendimento do interesse público, incide nessa espécie de excesso de poder, que é o seu desvio.

A autoridade pratica o ato levada por finalidade diversa da preordenada na lei, desviando-se, na realidade, do interesse público, para atender a motivos ligados aos seus interesses ou sentimentos pessoais.

Sob a aparência de um ato regular, quanto aos objetivos e ao atendimento do interesse coletivo, a autoridade demanda resultados diversos, procurando alcançar finalidades pessoais, políticas, ou a proteção de interesses de terceiros.

Seria o caso, por exemplo, de uma desapropriação que, ao invés de, como deve ser, atender a necessidade ou utilidade pública, objetivasse, na realidade, interesse de pessoa privada.

Os exemplos podem multiplicar-se, como diz Zanobini, e entre nós mesmos vários casos foram objeto de decisões judiciais.

Tais irregularidades, quando devida e cabalmente provadas, trazem também a nulidade dos atos.

Por último, podemos assinalar também, como causa geral de nulidades, os atos praticados com violação dos dispositivos legais e regulamentares. Aliás, esta é modalidade ampla sob a qual, afinal, se resumem todos os vícios que inquinam o procedimento da administração.

Tratando-se de atos irregulares praticados no desenvolvimento da ação administrativa, cabe considerar a extinção deles.

E a êste propósito, cabe distinguir, preliminarmente, a anulação ou declaração de nulidade do que seja revogação do ato administrativo.

Num caso e noutro elimina-se ato anterior. Mas são entidades que diferem essencialmente. A anulação é o modo pelo qual se desfaz o ato inválido, isto é, o ato inquinado de vício de legitimidade; a revogação é o desfazimento do ato por vício de conveniência ou oportunidade, mas válido sob o aspecto de legitimidade.

Nem sempre os vocábulos *anulação* e *revogação* são usados com rigor técnico pela doutrina ou pelas leis. Por vêzes, é a revogação usada em sentido genérico para designar uma e outra das referidas modalidades de extinção dos atos. Outras vêzes, a extinção que decorre de ato da mesma autoridade que praticou o anterior.

Mas, como dissemos, o sentido técnico é o que ficou assinalado, mais objetivo e substancial. A revogação é extinção por defeito de mérito. O ato é inconveniente ou inoportuno. Não atende ao interesse público. Mas é válido sob o prisma da legalidade. Como tal, o desfazimento por revogação é privativo do poder administrativo. Ao passo que a anulação, por desfazer ato inválido, tanto pode decorrer de ato da administração como de decisão do poder judiciário.

Pode a administração, no exercício de poder que lhe é próprio, extinguir e alterar os seus próprios atos. Não precisa recorrer ao poder judiciário para êsse objetivo. Ela mesma procede à extinção, por meio de poder que lhe é reconhecido e que os autores denominam de auto-impugnação ou autotutela.

O mesmo preconceito de interesse público que fundamenta a executoriedade reconhece à administração o poder de desfazer, por revogação ou anulação, os seus atos.

Tanto num caso como em outro, goza o poder público de certa discricção. Esta apresenta, por certo, maior extensão na revogação, dados os motivos que a inspiram, mas não deixa de existir também na anulação. A anulação também, como regra, não é ato vinculado e obrigatório. A anulação *ex officio* é uma faculdade da administração.

É certo que, em princípio, os atos viciados ou irregulares devem ser desfeitos. Mas não obrigatoriamente. Isto significa que ainda quando a administração reconheça a ilegitimidade de provimento seu, pode abster-se de anulá-lo, por motivos de conveniência pública ou de equidade, especialmente para evitar por vêzes repercussões prejudiciais mais amplas do que as que podem decorrer da eliminação do ato.

É certo que essa discricção não subsiste na anulação por via judicial ou quando seja provocada por reclamação de particular que tenha sofrido dano resultante do ato impugnado.

Mas na anulação *ex officio* pode a administração ponderar as circunstâncias ocorrentes e, eventualmente, abster-se de proceder à anulação. “*Infatti, le leggi considerano sempre l'annullamento di ufficio come una facultà dell'amministrazione*”, observa Zanobini, e acrescenta: “e ciò significa che questa, anche se riconosca l'illegittimità di un suo provvedimento può astenersi dall'annullarlo, per ragioni di equità o di convenienza, e specialmente per non turbare i complessi rapporti che intorno a quello possono essersi formati.”<sup>36</sup>

Tal preceito — que diga-se de passagem não é uniformemente aceito, pois larga corrente doutrinária e jurisprudencial não o admite quanto aos atos anuláveis — parece-nos de aceitar por efeito do interesse público residente nos provimentos da administração. Não vale, porém, o princípio no que tange a anulação de competência dos órgãos de controle. Se o reconhecimento da invalidade é levado ao conhecimento de órgão especificamente de controle a anulação é obrigatória.

O desfazimento por anulação *ex officio* cabe à própria autoridade que praticou o ato, ou a seu superior hierárquico. Poder amplo nesse sentido se reconhece ao chefe do poder executivo.

A anulação, importando desfazimento de ato inválido, não encontra óbice em situações subjetivas ou direitos de outros sujeitos, porque do ato inválido não decorre qualquer efeito. Donde o dizer-se que produz a anulação efeitos *ex tunc*, porque os decorrentes do ato anulatório retroagem à data do ato anulado. Devem, pois, ser eliminados desde o momento de sua formação. Os efeitos já produzidos são anulados, porém com certas exceções ou abrandamentos, como nos casos de validade de atos dos funcionários de fato, em respeito por vezes à boa-fé, e na vedação de enriquecimento ilícito.

Quanto à revogação, como esta supõe ato válido, deve respeitar os efeitos produzidos até o momento em que surge o ato eliminatório do anterior. Diz-se, assim, que a revogação produz efeitos *ex nunc*, ou seja, que os seus efeitos só se iniciam com a própria revogação.

Na revogação ocorre, pois, o respeito às situações de direito adquirido.<sup>37</sup>

Deixamos dito que também na esfera administrativa podem os atos ser nulos ou anuláveis. Refere-se a doutrina, quanto a estes, à possibilidade de sua convalidação.

Do mesmo modo que no direito privado pode ocorrer a ratificação do ato anulável, admite-se no direito administrativo a manutenção de atos eivados de nulidade relativa. Essa convalidação pode assumir duas formas: a ratificação e a sanatória.

A ratificação é o ato administrativo por meio do qual a autoridade de que emanou o ato, ou a autoridade competente, se êste é vi-

<sup>36</sup> ZANOBINI. Ob. cit., v. 1, p. 289.

<sup>37</sup> Cf. trabalho de nossa autoria, na *Revista de Direito Administrativo*, v. 61, p. 9 e seg.

ciado de incompetência, declara reconhecer o vício e eliminá-lo. Além do caso de incompetência, pode a ratificação ocorrer nas hipóteses de pretender a autoridade manter atos inquinados por violência ou erro, após cessada a violência ou conhecido o erro, desde que entenda corresponderem ao interêsse público. No caso de incompetência, o ato se ratifica pela declaração da autoridade competente, que considere o ato como próprio.

Outra forma de convalidação mencionada pela doutrina é a sanatória. À hipótese refere-se, por exemplo, Zanobini. Ela surge quando o ato se apresenta viciado por falta de ato complementar necessário (por exemplo, de autorização ou aprovação) ou por falta de elemento necessário, que deve ser integrante de seu processo de formação. Em certos casos, adverte Zanobini, a prática tem admitido a complementação seródia de tais elementos, salvo quando devam necessariamente preceder o ato, como acontece na função consultiva.

Tais convalidações, como dissemos, admitem-se, como regra, em relação aos atos anuláveis e produzem efeitos retroativos, *ex tunc*.

Ponde ainda acontecer que um ato que se apresente inválido, não idôneo para produzir efeitos jurídicos, possa ser aproveitado nos elementos não viciados para produzir outro efeito de direito. Substitui-se o ato, para aproveitá-lo na parte que possa configurar-se como outro ato. A autoridade pode converter o ato que, pela sua invalidade não se apresentava idôneo para produzir os efeitos desejados, em outro para a configuração do qual os elementos existentes são suficientes para a sua regularidade. A manifestação de vontade se transfere para negócio diverso.

Como exemplo de *conversão* costumam os autores citar o de nomeação efetiva de funcionário que não obedeceu aos requisitos legais, mas que pode ser convertida em nomeação interina, para a qual os elementos que configuram o ato se mostram idôneos.

Exige a conversão a expedição de novo ato e retroage os seus efeitos à data do ato a que se refere. Tem efeitos *ex tunc*. É figura aplicável também aos nulos.

Administração Pública ou Administração de Empresas, Ciência Política ou Contabilidade, Economia ou Psicologia, Direito ou Didática são assuntos que não têm segredos para a Fundação Getúlio Vargas.

Seus livros e periódicos abrangem todos êsses campos e são encontrados nos seguintes locais:

Praia de Botafogo, 188 — Av. Graça Aranha, 26 — lojas C e H  
Reembólso Postal: CP 21.120 — ZC-05 — Rio de Janeiro — GB