

Maria Sylvia Zanella  
**Di Pietro**

# DIREITO **ADMINISTRATIVO**

**29.<sup>a</sup>** revista,  
atualizada  
edição e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2016 by

**EDITORA FORENSE LTDA.**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Esta obra passou a ser publicada pela Editora Forense a partir da 29.ª edição.

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 15.02.2016

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C35m

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella

Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 29.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.  
1088 p.; 24cm

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-309-6876-2

1. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

15-28985.

CDU: 342.9

# 7

## ATOS ADMINISTRATIVOS

### 7.1 FATOS DA ADMINISTRAÇÃO

O Direito Civil faz distinção entre **ato** e **fato**; o primeiro é imputável ao homem; o segundo decorre de acontecimentos naturais, que independem do homem ou que dele dependem apenas indiretamente.

Quando o fato corresponde à descrição contida na norma legal, ele é chamado **fato jurídico** e produz efeitos no mundo do direito. Quando o fato descrito na norma legal produz efeitos no campo do direito administrativo, ele é um **fato administrativo**, como ocorre com a morte de um funcionário, que produz a vacância de seu cargo; com o decurso do tempo, que produz a prescrição administrativa.

Se o fato não produz qualquer efeito jurídico no Direito Administrativo, ele é chamado **fato da Administração**.

### 7.2 ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Partindo-se da ideia da divisão de funções entre os três Poderes do Estado, pode-se dizer, em sentido amplo, que **todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração**.

Essa expressão – *ato da Administração* – tem sentido mais amplo do que a expressão **ato administrativo**, que abrange apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa.

Dentre os atos da Administração, incluem-se:

1. os **atos de direito privado**, como doação, permuta, compra e venda, locação;

2. os **atos materiais** da Administração, que não contêm manifestação de vontade, mas que envolvem apenas execução, como a demolição de uma casa, a apreensão de mercadoria, a realização de um serviço;
3. os chamados **atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor**, que também não expressam uma vontade e que, portanto, também não podem produzir efeitos jurídicos; é o caso dos atestados, certidões, pareceres, votos;
4. os **atos políticos**, que estão sujeitos a regime jurídico-constitucional;
5. os **contratos**;
6. os **atos normativos** da Administração, abrangendo decretos, portarias, resoluções, regimentos, de efeitos gerais e abstratos;
7. os **atos administrativos propriamente ditos**.

Dependendo do critério mais ou menos amplo que se utilize para conceituar o ato administrativo, nele se incluirão ou não algumas dessas categorias de atos da Administração.

O importante é dar um conceito que permita individualizar o ato administrativo como categoria própria, na qual se incluam todos os atos da Administração que apresentem as mesmas características, sujeitando-se a idêntico regime jurídico.

### 7.3 ORIGEM DA EXPRESSÃO

Onde existe Administração Pública, existe *ato administrativo*; no entanto, nem sempre se utilizou essa expressão, pois se falava mais comumente em atos do Rei, atos do Fisco, atos da Coroa.

Embora não se saiba exatamente em que momento a expressão foi utilizada pela primeira vez, o certo é que o primeiro texto legal que fala em atos da Administração Pública em geral, foi a Lei de 16/24-8-1790, que vedava aos Tribunais conhecerem de “operações dos corpos administrativos”. Depois, a mesma proibição constou da Lei de 3-9-1795, onde se proibiu “aos tribunais conhecer dos atos da administração, qualquer que seja a sua espécie”. Essas normas é que deram origem, na França, ao contencioso administrativo; para separar as competências, houve necessidade de elaboração de listas dos atos da Administração excluídos da apreciação judicial.

Em texto doutrinário, a primeira menção encontra-se no Repertório Merlin, de Jurisprudência, na sua edição de 1812, onde ato administrativo se define como “ordenança ou decisão de autoridade administrativa, que tenha relação com a sua função”.

Na realidade, a noção de ato administrativo só começou a ter sentido a partir do momento em que se tornou nítida a separação de funções, subordinando-se cada uma delas a regime jurídico próprio. Décio Carlos Ulla (1982:24) demons-

tra que a noção de ato administrativo é contemporânea ao constitucionalismo, à aparição do princípio da separação de poderes e à submissão da Administração Pública ao Direito (Estado de Direito); vale dizer que é produto de certa concepção ideológica; só existe nos países em que se reconhece a existência de um **regime jurídico-administrativo**, a que se sujeita a Administração Pública, diverso do regime de direito privado.

Onde não se adota esse regime, como nos sistemas da *common law*, a noção de ato administrativo, tal como a conhecemos, não é aceita.

O mesmo autor indica certos pressupostos institucionais considerados necessários para a existência e o conceito de ato administrativo:

- a) existência de vários Poderes do Estado, um dos quais pode definir-se como Poder Executivo;
- b) existência de certa divisão de atribuições entre esses Poderes;
- c) submissão do Estado às normas jurídicas por ele mesmo emanadas (Estado de Direito) com o que a ação administrativa também fica sob o primado da lei (princípio da legalidade);
- d) conjunto autônomo de normas jurídicas preestabelecidas pelo ordenamento jurídico e que sejam próprias e exclusivas da Administração Pública, constituindo um **regime jurídico administrativo** distinto do direito comum; onde não haja o reconhecimento da existência de um regime jurídico administrativo não existe o conceito de ato administrativo, pois, nessa hipótese, todos os atos praticados pela Administração Pública são atos jurídicos de direito comum, ou seja, iguais aos praticados por particulares, sob regime jurídico de direito privado.

Nos países filiados ao sistema do *common law* (como Estados Unidos e Inglaterra), embora já exista o direito administrativo, nega-se a existência de um regime jurídico a que se sujeite a Administração, diverso do regime a que se submetem os particulares; o direito é comum (*common law*) para as duas espécies de sujeitos.

Foi, portanto, nos países filiados ao sistema europeu continental, em especial França, Itália e Alemanha, que teve origem e se desenvolveu a concepção de ato administrativo.

## 7.4 CONCEITO

Inúmeros critérios têm sido adotados para definir o ato administrativo, alguns deles já superados.

Dentre eles, merecem realce os critérios **subjetivo** e **objetivo**, o primeiro levando em consideração o órgão que pratica o ato e, o segundo, o tipo de atividade exercida.

Pelo critério **subjetivo, orgânico** ou **formal**, ato administrativo é o que ditam os órgãos administrativos; ficam excluídos os atos provenientes dos órgãos legislativo e judicial, ainda que tenham a mesma natureza daqueles; e ficam incluídos todos os **atos da Administração**, pelo só fato de serem emanados de órgãos administrativos, como os atos normativos do Executivo, os atos materiais, os atos enunciativos, os contratos.

Esse critério tem sido criticado por faltar-lhe rigor científico: deixa fora do conceito de ato administrativo os atos praticados pelo Legislativo e Judiciário e sujeitos a idêntico regime jurídico que os emanados dos órgãos administrativos, só pelo fato de não emanarem destes. Por exemplo, a punição de um servidor, a concessão de férias, de licença, de aposentadoria são atos de idêntica natureza, seja qual for o órgão que o pratique. Além disso, o conceito coloca na mesma categoria – ato administrativo – atos da Administração sujeitos a disciplina jurídica diversa, como é o caso dos atos de direito privado por ela praticados.

Pelo critério **objetivo, funcional** ou **material**, ato administrativo é somente aquele praticado no exercício concreto da **função administrativa**, seja ele editado pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos.

Esse critério parte da divisão de funções do Estado: a legislativa, a judicial e a administrativa. Embora haja três Poderes, a distribuição das funções entre eles não é rígida; cada qual exerce **predominantemente** uma função que lhe é própria, mas, paralelamente, desempenha algumas atribuições dos outros Poderes. Assim, a função administrativa cabe, precipuamente, ao Poder Executivo, mas os outros Poderes, além de disporem de órgãos administrativos (integrando o conceito de Administração Pública), ainda exercem, eles próprios, função tipicamente administrativa. Juízes e parlamentares desempenham algumas atribuições tipicamente administrativas, que dizem respeito ao funcionamento interno de seus órgãos e servidores. No desempenho dessas funções, praticam atos administrativos.

Considerando, pois, as três funções do Estado, sabe-se que a **administrativa** caracteriza-se por prover de maneira **imediata e concreta** às exigências individuais ou coletivas para a satisfação dos interesses públicos preestabelecidos em lei. Costuma-se apontar três características essenciais da função administrativa: é **parcial, concreta e subordinada**. É **parcial** no sentido de que o órgão que a exerce é parte nas relações jurídicas que decide, distinguindo-se, sob esse aspecto, da função jurisdicional; é **concreta**, porque aplica a lei aos casos concretos, faltando-lhe a característica de generalidade e abstração própria da lei; é **subordinada**, porque está sujeita a **controle jurisdicional**.

Partindo-se dessa ideia de função administrativa para definir o ato administrativo, já se pode concluir que só integram essa categoria os atos que produzem efeitos concretos, o que exclui os atos normativos do Poder Executivo, em especial os regulamentos, pois estes, da mesma forma que a lei, produzem efeitos gerais e abstratos.

No entanto, não basta dizer que ato administrativo é o praticado no exercício da função administrativa, porque isto incluiria determinados atos da Administração sujeitos a regime jurídico diferente, tal como ocorre com os atos de direito privado.

Pode-se dizer que o critério objetivo é o que preferem os doutrinadores na atualidade; mas como ele é insuficiente, procuram acrescentar novos elementos ao conceito para permitir identificar, dentre os atos praticados no exercício da função administrativa, aqueles que podem ser considerados **atos administrativos propriamente ditos**, surgindo uma série de **concepções mistas**, que combinam diferentes critérios.

Para alguns, é a presença da **potestade pública** que caracteriza o ato administrativo; seriam dessa natureza apenas os atos que a Administração Pública pratica com prerrogativas próprias do Poder Público. Para outros, é o **regime jurídico administrativo** que caracteriza o ato administrativo e o diferencia do ato de direito privado da Administração; assim, tanto o ato individual, como o normativo, estando sujeitos a regimes idênticos, podem ser considerados atos administrativos. Há, ainda, aqueles que só consideram atos administrativos os que contêm uma **declaração de vontade** que produz efeitos jurídicos; isto exclui os atos que contêm declaração de **opinião** (parecer) e de **conhecimento** (certidão).

No direito brasileiro, alguns autores definem o ato administrativo a partir do conceito de ato jurídico. Consideram que este é o gênero de que aquele é uma das espécies. Com efeito, o conceito de ato jurídico pertence à teoria geral do direito, não sendo específico do Direito Civil.

O artigo 81 do CC de 1916 definia o ato jurídico como sendo “todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”.

Os mesmos elementos caracterizadores do ato jurídico – manifestação de vontade, licitude e produção de efeitos jurídicos imediatos – estão presentes no ato administrativo, de acordo com essa concepção.

José Cretella Júnior (1977:19), adotando essa orientação, define o ato administrativo como “a manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa”.

Aos elementos do artigo 81 do CC ele acrescentou o agente (que é sempre o poder público ou pessoa que o represente) e a matéria administrativa.

Por esse conceito, sendo o ato **manifestação de vontade**, ficam excluídos os atos que encerram **opinião**, **juízo** ou **conhecimento**. Produzindo **efeitos imediatos**, ficam excluídos os **atos normativos** do Poder Executivo, como os regulamentos. O autor preferiu, pois, um conceito restrito.

Também Celso Antônio Bandeira de Mello (1981:12-32) adota critério semelhante; aponta, de um lado, os traços que distinguem o ato administrativo do ato jurídico privado; e, de outro, os traços que o distinguem dos atos legislativo e jurisdicional. A partir daí, define-o como “a declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, expedida em nível inferior à lei – a título de cumpri-la – sob regime de direito público e sujeita a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

Esse conceito é amplo e abrange atos individuais e normativos, unilaterais e bilaterais (contratos), declarações de juízo, de conhecimento, de opinião e de vontade. Com referência a “regime de direito público”, distingue o ato administrativo do ato de direito privado; com a expressão “expedidas em nível inferior à lei – a título de cumpri-la”, distingue o ato administrativo da lei; na parte final, referindo-se ao “controle de legitimidade por órgão jurisdicional”, diferencia o ato administrativo do ato jurisdicional. Na parte inicial, ao falar em “declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes”, ressalta o fato de que o ato administrativo pode ser praticado não só pelo Poder Executivo, mas também pelos outros Poderes do Estado.

Preferimos conceito um pouco menos amplo, que exclua os atos normativos do Poder Executivo que, como se verá mais adiante, têm características próprias.

Para definir o ato administrativo, é necessário considerar os seguintes dados:

1. ele constitui **declaração do Estado** ou de quem lhe faça as vezes; é preferível falar em **declaração** do que em **manifestação**, porque aquela compreende sempre uma exteriorização do pensamento, enquanto a manifestação pode não ser exteriorizada; o próprio silêncio pode significar manifestação de vontade e produzir efeito jurídico, sem que corresponda a um ato administrativo; falando-se em **Estado**, abrangem-se tanto os órgãos do Poder Executivo como os dos demais Poderes, que também podem editar atos administrativos;
2. sujeita-se a **regime jurídico administrativo**, pois a Administração aparece com todas as prerrogativas e restrições próprias do poder público; com isto, afastam-se os atos de direito privado praticados pelo Estado;
3. **produz efeitos jurídicos imediatos**; com isso, distingue-se o ato administrativo da lei e afasta-se de seu conceito o regulamento que, quanto ao conteúdo, é ato normativo, mais semelhante à lei; e afastam-se também os atos não produtores de efeitos jurídicos diretos, como os atos materiais e os atos enunciativos;
4. é sempre passível de controle judicial;
5. sujeita-se à lei.

As duas últimas características colocam o ato administrativo como uma das modalidades de ato praticado pelo Estado, pois o diferenciam do ato normativo e do ato judicial.

Com esses elementos, pode-se definir o **ato administrativo** como a **declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.**

O Código Civil de 2002 não mantém o conceito de ato jurídico contido no artigo 81 do Código Civil de 1916, preferindo falar em negócio jurídico. A preferência por essa expressão justifica-se pelo fato de que nem todo ato jurídico é praticado com a intenção precípua de produzir efeitos jurídicos. Ainda que determinados atos jurídicos possam produzir efeitos jurídicos, não são praticados com esse intuito específico, como ocorre, por exemplo, no pagamento indevido. Já nos negócios jurídicos existe o intuito de produzir efeitos jurídicos.

Na realidade, os atos jurídicos compreendem os atos jurídicos em sentido estrito (que não têm o intuito de produzir efeitos jurídicos, embora os produzam) e os negócios jurídicos (praticados com o intuito específico de produzir determinados efeitos jurídicos). Os negócios jurídicos, por sua vez, podem ser unilaterais ou bilaterais (contratos).

A teoria dos negócios jurídicos, com origem no direito alemão, fundamenta-se no princípio da autonomia da vontade, aplicado no âmbito do direito privado.

No direito administrativo, onde a Administração Pública não dispõe de autonomia da vontade, porque está obrigada a cumprir a vontade da lei, o conceito de negócio jurídico não pode ser utilizado com relação ao ato administrativo unilateral.

Por essa razão, a alteração do Código Civil não afeta o conceito de ato administrativo; a referência ao artigo 81 do Código Civil anterior fica valendo como referência histórica inafastável, porque deu origem ao conceito de ato administrativo no direito brasileiro.

## 7.5 ATO ADMINISTRATIVO E PRODUÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS

Dentre os **atos da Administração** distinguem-se os que produzem e os que não produzem efeitos jurídicos. Estes últimos não são atos administrativos propriamente ditos, já que não se enquadram no respectivo conceito.

Nessa última categoria, entram:

1. os **atos materiais**, de simples execução, como a reforma de um prédio, um trabalho de datilografia, a limpeza das ruas etc.;
2. os despachos de encaminhamento de papéis e processos;
3. os atos **enunciativos** ou de **conhecimento**, que apenas atestam ou declaram a existência de um direito ou situação, como os atestados, certidões, declarações, informações;
4. os **atos de opinião**, como os pareceres e laudos.

Em todas essas hipóteses, não há produção de **efeitos jurídicos imediatos** como decorrência dos atos. A sua ausência não caracteriza nulidade, a não ser que integrem um procedimento; não podem nem mesmo ser impugnados judicialmente.

Existem, no entanto, determinados atos que são **preparatórios** ou **acessórios** do ato principal, mas que não podem ser excluídos da noção de ato administrativo, porque ou integram um **procedimento** ou fazem parte de um **ato complexo**. Nesse caso, eles são condições de validade do ato principal; sem eles, este não produz efeitos jurídicos; além disso, podem ser impugnados separadamente. Cite-se o exemplo dos atos que compõem o procedimento da licitação ou de um concurso público de ingresso no funcionalismo.

## 7.6 ATRIBUTOS

Visto que o ato administrativo é espécie de ato jurídico, cumpre apresentar os atributos que o distinguem dos atos de direito privado, ou seja, as características que permitem afirmar que ele se submete a um **regime jurídico administrativo** ou a um **regime jurídico de direito público**.

Não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na indicação dos atributos do ato administrativo; alguns falam apenas em **executoriedade**; outros acrescentam a **presunção de legitimidade**; outros desdobram em inúmeros atributos, compreendendo a imperatividade, a revogabilidade, a tipicidade, a estabilidade, a impugnabilidade, a executoriedade (que alguns desdobram em executoriedade e exigibilidade).

Serão aqui consideradas a presunção de legitimidade ou de veracidade, a imperatividade, a executoriedade e a autoexecutoriedade, que correspondem, na realidade, a verdadeiras **prerrogativas** do poder público, dentre as muitas que o colocam em posição de supremacia sobre o particular, já que os atos por este editados não dispõem dos mesmos atributos; será analisada também a tipicidade.

### 7.6.1 PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE

Embora se fale em *presunção de legitimidade* ou *de veracidade* como se fossem expressões com o mesmo significado, as duas podem ser desdobradas, por abrangerem situações diferentes. A **presunção de legitimidade** diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.

A **presunção de veracidade** diz respeito aos **fatos**; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.

Diversos são os fundamentos que os autores indicam para justificar esse atributo do ato administrativo:

1. o procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, os quais constituem garantia de observância da lei;
2. o fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoridade que pratica o ato o faz com o consentimento de todos;
3. a necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos, já que eles têm por fim atender ao interesse público, predominante sobre o particular;
4. o controle a que se sujeita o ato, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a legalidade;
5. a sujeição da Administração ao *princípio da legalidade*, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade com a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela.

Nas palavras de Cassagne (s/d:327-328), “a presunção de legitimidade constitui um princípio do *ato administrativo* que encontra seu fundamento na presunção de validade que acompanha todos os atos estatais, princípio em que se baseia, por sua vez, o dever do administrado de cumprir o ato administrativo”. Acrescenta que, se não existisse esse princípio, toda a atividade administrativa seria diretamente questionável, obstaculizando o cumprimento dos fins públicos, ao antepor um interesse individual de natureza privada ao interesse coletivo ou social, em definitivo, o interesse público.

Na realidade, essa prerrogativa, como todas as demais dos órgãos estatais, são inerentes à ideia de “poder” como um dos elementos integrantes do conceito de Estado, e sem o qual este não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular.

Da presunção de veracidade decorrem alguns efeitos:

1. enquanto não decretada a invalidade do ato pela própria Administração ou pelo Judiciário, ele produzirá efeitos da mesma forma que o ato válido, devendo ser cumprido; os Estatutos dos Funcionários Públicos costumam estabelecer norma que abranda o rigor do princípio, ao incluir, entre os deveres do funcionário, o de obediência, salvo se o ato for **manifestamente ilegal**. Para suspender a eficácia do ato administrativo, o interessado pode ir a juízo ou usar de recursos administrativos, desde que estes tenham efeito suspensivo;
2. o Judiciário não pode apreciar *ex officio* a validade do ato; sabe-se que, em relação ao ato jurídico de direito privado, o artigo 168 do CC determina

que as nulidades absolutas podem ser alegadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, e devem ser **pronunciadas pelo juiz**, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos; o mesmo não ocorre em relação ao ato administrativo, cuja nulidade só pode ser decretada pelo Judiciário a pedido da pessoa interessada;

3. a **presunção de veracidade** inverte o ônus da prova; é errado afirmar que a **presunção de legitimidade** produz esse efeito, uma vez que, quando se trata de confronto entre o ato e a lei, não há matéria de fato a ser produzida; nesse caso, o efeito é apenas o anterior, ou seja, o juiz só apreciará a nulidade se arguida pela parte.

Alguns autores têm impugnado esse último efeito da **presunção**. Gordillo (1979, t. 3, cap. 5:27) cita a lição de Treves e de Micheli, segundo a qual a **presunção de legitimidade** do ato administrativo importa uma *relevatio ad onera agendi*, mas nunca uma *relevatio ad onera probandi*; segundo Micheli, a **presunção de legitimidade** não é suficiente para formar a convicção do juiz no caso de falta de elementos instrutórios e nega que se possa basear no princípio de que “na dúvida, a favor do Estado”, mas sim no de que “na dúvida, a favor da liberdade”; em outras palavras, para esse autor, a **presunção de legitimidade** do ato administrativo não inverte o ônus da prova, nem libera a Administração de trazer as provas que sustentem a ação.

Na realidade, não falta parcela de razão a esses autores; inverte-se, sem dúvida nenhuma, o **ônus de agir**, já que a parte interessada é que deverá provar, perante o Judiciário, a alegação de ilegalidade do ato; inverte-se, também, o ônus da prova, porém não de modo absoluto: a parte que propôs a ação deverá, em princípio, provar que os **fatos** em que se fundamenta a sua pretensão são verdadeiros; porém isto não libera a Administração de provar a sua verdade, tanto assim que a própria lei prevê, em várias circunstâncias, a possibilidade de o juiz ou o promotor público requisitar da Administração documentos que comprovem as alegações necessárias à instrução do processo e à formação da convicção do juiz.

Quanto ao **alcance** da **presunção**, cabe realçar que ela existe, com as limitações já analisadas, em todos os atos da Administração, inclusive os de direito privado, pois se trata de prerrogativa inerente ao Poder Público, presente em todos os atos do Estado, qualquer que seja a sua natureza. Esse atributo distingue o ato administrativo do ato de direito privado praticado pela própria Administração.

## 7.6.2 IMPERATIVIDADE

Imperatividade é o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância.

Decorre da prerrogativa que tem o Poder Público de, por meio de atos unilaterais, impor obrigações a terceiros; é o que Renato Alessi chama de “poder extro-

verso”, “que permite ao Poder Público editar atos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as, unilateralmente, em obrigações” (apud Celso Antônio Bandeira de Mello, 2004:383).

A imperatividade não existe em todos os atos administrativos, mas apenas naqueles que impõem obrigações; quando se trata de ato que confere direitos solicitados pelo administrado (como na licença, autorização, permissão, admissão) ou de ato apenas enunciativo (certidão, atestado, parecer), esse atributo inexistente.

A imperatividade é uma das características que distingue o ato administrativo do ato de direito privado; este último não cria qualquer obrigação para terceiros sem a sua concordância.

### 7.6.3 AUTOEXECUTORIEDADE

Consiste a autoexecutoriedade em atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

No direito privado, são muito raras as hipóteses de execução sem título; a regra é a da *nulla executio sine titulo*. São exemplos de execução direta a legítima defesa, a retenção da bagagem do hóspede que não pague as despesas de hospedagem, a defesa da posse em caso de esbulho, o corte de ramos da árvore do vizinho que invadem a propriedade alheia.

No Direito Administrativo, a autoexecutoriedade não existe, também, em todos os atos administrativos; ela só é possível:

1. quando expressamente prevista em lei. Em matéria de contrato, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas autoexecutórias, como a retenção da caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato, a encampação etc.; também em matéria de polícia administrativa, a lei prevê medidas autoexecutórias, como a apreensão de mercadorias, o fechamento de casas noturnas, a cassação de licença para dirigir;
2. quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público; isso acontece no âmbito também da polícia administrativa, podendo-se citar, como exemplo, a demolição de prédio que ameaça ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas.

Esse atributo é chamado, pelos franceses, de *privilège d'action d'office* ou *privilège du préalable*; porém, alguns autores o desdobram em dois: a exigibilidade, que

corresponde ao *privilège du préalable*, pelo qual a Administração toma decisões executórias criando obrigação para o particular sem necessitar ir preliminarmente a juízo; e a **executoriedade**, que corresponde ao *privilège d'action d'office* (privilégio da ação de ofício), que permite à Administração executar diretamente a sua decisão pelo uso da força.

O que é importante ressaltar é o fato de que, em ambas as hipóteses, a Administração pode autoexecutar as suas decisões, com meios coercitivos próprios, sem necessitar do Poder Judiciário. A diferença, nas duas hipóteses, está apenas no meio coercitivo; no caso da **exigibilidade**, a Administração se utiliza de **meios indiretos** de coerção, como a multa ou outras penalidades administrativas impostas em caso de descumprimento do ato. Na **executoriedade**, a Administração emprega **meios diretos** de coerção, compelindo **materialmente** o administrado a fazer alguma coisa, utilizando-se inclusive da força. Na primeira hipótese, os meios de coerção vêm sempre definidos na lei; na segunda, podem ser utilizados, independentemente de previsão legal, para atender situação emergente que ponha em risco a segurança, a saúde ou outro interesse da coletividade.

Embora se diga que a decisão executória dispensa a Administração de ir preliminarmente a juízo, essa circunstância não afasta o controle judicial *a posteriori*, que pode ser provocado pela pessoa que se sentir lesada pelo ato administrativo, hipótese em que poderá incidir a regra da responsabilidade objetiva do Estado por ato de seus agentes (art. 37, § 6º, da Constituição). Também é possível ao interessado pleitear, pela via administrativa ou judicial, a suspensão do ato ainda não executado.

#### 7.6.4 TIPICIDADE

Tipicidade é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei.

Trata-se de decorrência do princípio da legalidade, que afasta a possibilidade de a Administração praticar atos inominados; estes são possíveis para os particulares, como decorrência do princípio da autonomia da vontade.

Esse atributo representa uma garantia para o administrado, pois impede que a Administração pratique atos dotados de imperatividade e executoriedade, vinculando unilateralmente o particular, sem que haja previsão legal; também fica afastada a possibilidade de ser praticado ato totalmente discricionário, pois a lei, ao prever o ato, já define os limites em que a discricionariedade poderá ser exercida.

A tipicidade só existe com relação aos atos unilaterais; não existe nos contratos porque, com relação a eles, não há imposição de vontade da Administração, que depende sempre da aceitação do particular; nada impede que as partes convençionem um contrato inominado, desde que atenda melhor ao interesse público e ao do particular.

## 7.7 ELEMENTOS

Nessa matéria, o que se observa é a divergência doutrinária quanto à indicação dos **elementos** do ato administrativo, a começar pelo próprio vocábulo *elementos*, que alguns preferem substituir por *requisitos*. Também existe divergência quanto à indicação desses elementos e à terminologia adotada.

Há um autor italiano, Humberto Fragola, que escrevendo sobre “Gli atti amministrativi”, fala, por analogia com as ciências médicas, em **anatomia** do ato administrativo, para indicar os elementos que o compõem; com isso ele pretende examinar os vícios que esses elementos possam apresentar sob o título de **patologia** dos atos administrativos.

Cretella Júnior (1977:22) adota essa terminologia e define a anatomia do ato administrativo como “o conjunto dos cinco elementos básicos constitutivos da manifestação da vontade da Administração, ou seja, o **agente**, o **objeto**, a **forma**, o **motivo** e o **fim**”.

Quanto à diferença entre **elementos** e **requisitos**, ele diz que os primeiros dizem respeito à **existência** do ato, enquanto são indispensáveis para sua **validade**. Nesse caso, **agente**, **forma** e **objeto** seriam os elementos de **existência** do ato, enquanto os requisitos seriam esses mesmos elementos acrescidos de caracteres que lhe dariam condições para produzir efeitos jurídicos: agente **capaz**, objeto **lícito** e forma **prescrita ou não defesa em lei**.

No entanto, como a maioria dos autores, ele prefere empregar os vocábulos como sinônimos.

É a orientação aqui adotada e que está consagrada no direito positivo brasileiro a partir da Lei nº 4.717, de 29-6-65 (Lei da ação popular), cujo artigo 2º, ao indicar os atos nulos, menciona os cinco elementos dos atos administrativos: **competência**, **forma**, **objeto**, **motivo** e **finalidade**.

Apenas com relação à **competência** é preferível fazer referência ao **sujeito**, já que a competência é apenas um dos atributos que ele deve ter para validade do ato; além de **competente**, deve ser **capaz**, nos termos do Código Civil.

Portanto, pode-se dizer que os elementos do ato administrativo são o **sujeito**, o **objeto**, a **forma**, o **motivo** e a **finalidade**. A só indicação desses elementos já revela as peculiaridades com que o tema é tratado no direito administrativo, quando comparado com o direito privado; neste, consideram-se elementos do ato jurídico (ou negócio jurídico, na terminologia do novo Código Civil) apenas o sujeito, o objeto e a forma.

À semelhança do Direito Civil, alguns administrativistas costumam dividir os elementos dos atos administrativos em **essenciais** e **acidentais** ou **acessórios**; os primeiros são necessários à validade do ato e compreendem os cinco elementos já indicados; os segundos são os que ampliam ou restringem os efeitos jurídicos do ato e compreendem o **termo**, a **condição** e o **modo** ou **encargo**. Os elementos

acidentais referem-se ao objeto do ato e só podem existir nos atos discricionários, porque decorrem da vontade das partes.

### 7.7.1 SUJEITO

**Sujeito** é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato.

No direito civil, o sujeito tem que ter **capacidade**, ou seja, tem que ser titular de direitos e obrigações que possa exercer, por si ou por terceiros.

No direito administrativo não basta a capacidade; é necessário também que o sujeito tenha **competência**.

Partindo-se da ideia de que só o ente com personalidade jurídica é titular de direitos e obrigações, pode-se dizer que, no direito brasileiro, quem tem capacidade para a prática de atos administrativos são as pessoas públicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

Ocorre que as funções que competem a esses entes são distribuídas entre **órgãos administrativos** (como os Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e, dentro destes, entre seus agentes, pessoas físicas.

Assim, a competência tem que ser considerada nesses três aspectos; em relação às **pessoas jurídicas** políticas, a distribuição de competência consta da Constituição Federal; em relação aos **órgãos e servidores**, encontra-se nas **leis**.

Pode-se, portanto, definir competência como o **conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo**.

A competência decorre da lei, por força dos artigos 61, § 1º, II, da Constituição e artigo 25 de suas Disposições Transitórias, cabendo lembrar que, pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, foi alterado o artigo 84, inciso VI, com o objetivo de atribuir competência ao Presidente da República para “dispor mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”. Quem organiza tem que definir competências. Vale dizer que, no âmbito federal, as competências poderão ser definidas por decreto.

É interessante a colocação feita por Renato Alessi (1970, t. I:82), aplicável ao direito brasileiro. Ele distingue, dentro da organização administrativa, dois tipos de órgãos:

- a) os que têm individualidade jurídica, pelo fato de que o círculo das atribuições e competências que os integram é marcado por normas jurídicas propriamente ditas (leis);
- b) os que não têm essa individualidade jurídica, uma vez que o círculo de suas atribuições não está assinalado por normas jurídicas propriamente

ditas, mas por normas administrativas de caráter interno, de tal modo que, sob o ponto de vista jurídico, tais órgãos são apenas elementos de um conjunto maior.

Essa distinção tem, para ele, os seguintes efeitos: as normas jurídicas em matéria de criação ou supressão de órgãos somente se aplicam aos primeiros; os outros podem ser criados e extintos livremente pela Administração.

Além disso, as normas sobre **competência** que tenham caráter propriamente jurídico somente se aplicam aos primeiros.

Embora a competência do Poder Executivo tenha sido reduzida a quase nada, em decorrência dos já citados dispositivos constitucionais, isso não impede que se faça, internamente, subdivisão dos órgãos criados e estruturados por lei, como também não impede a criação de órgãos como comissões, conselhos e grupos de trabalho.

Só que, nessas hipóteses, aplicam-se os efeitos referidos por Alessi, ou seja, a **competência**, com valor e conteúdo propriamente jurídicos, só existe com relação aos órgãos criados e estruturados por **lei**; com relação aos demais, a competência terá valor meramente administrativo. Em consequência, somente se pode falar em **incompetência** propriamente dita (como vício do ato administrativo), no caso em que haja sido infringida a competência definida em **lei**.

Aplicam-se à competência as seguintes regras:

1. **decorre sempre da lei**, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, as suas atribuições;
2. é **inderrogável**, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público;
3. pode ser objeto de **delegação** ou de **avocação**, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei.

Quanto à previsão em lei, há que se lembrar a possibilidade de omissão do legislador quanto à fixação da competência para a prática de determinados atos. A rigor, não havendo lei, entende-se que competente é o Chefe do Poder Executivo, já que ele é a autoridade máxima da organização administrativa, concentrando em suas mãos a totalidade das competências não outorgadas em caráter privativo a determinados órgãos. No entanto, a Lei nº 9.784, de 29-1-99, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, adotou critério diverso, determinado, no artigo 17, que, inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.

As características da inderrogabilidade e da possibilidade de delegação e avocação, já amplamente aceitas pela doutrina, constam hoje de norma expressa do direito positivo. A Lei nº 9.784/99 determina, no artigo 11, que “a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”.

Embora o dispositivo dê a impressão de que a delegação somente é possível quando a lei permita, na realidade, o poder de delegar é inerente à organização hierárquica que caracteriza a Administração Pública, conforme visto no item 3.4.3. A regra é a possibilidade de delegação; a exceção é a impossibilidade, que só ocorre quando se trate de competência outorgada com exclusividade a determinado órgão. Essa ideia está presente no artigo 12 da mesma lei, segundo o qual “um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte de sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial”. Pelo parágrafo único, o dispositivo é aplicável também à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

O artigo 13 da lei exclui a delegação para:

- I – **a edição de atos de caráter normativo;**
- II – **a decisão de recursos administrativos**, já que o recurso administrativo também é decorrência da hierarquia e há de ser decidido por cada instância separadamente, sob pena de perder sentido; se a autoridade superior pudesse delegar a decisão do recurso, estaria praticamente extinguindo uma instância recursal;
- III – **as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade**, pois, se assim não fosse, a delegação implicaria infringência à lei que reservou a matéria à competência de determinado órgão ou autoridade.

Também a possibilidade de avocação existe como regra geral decorrente da hierarquia, desde que não se trate de competência exclusiva do subordinado. No entanto, o artigo 15 da Lei nº 9.784/99 restringiu a possibilidade de avocação, só a admitindo temporariamente e por motivos relevantes devidamente justificados. A norma talvez se justifique porque, para o subordinado, cuja competência foi avocada, a avocação sempre aparece como uma *capitis dimunitio*.

A distribuição de competência pode levar em conta vários critérios:

1. em razão da **matéria**, a competência se distribui entre os Ministérios (na esfera federal) e entre as Secretarias (nos âmbitos estadual e municipal);
2. em razão do **território**, distribui-se por zonas de atuação;

3. em razão do grau **hierárquico**, as atribuições são conferidas segundo o maior ou menor grau de complexidade e responsabilidade;
4. em razão do **tempo**, determinadas atribuições têm que ser exercidas em períodos determinados, como ocorre quando a lei fixa prazo para a prática de certos atos; também pode ocorrer a proibição de certos atos em períodos definidos pela lei, como de nomear ou exonerar servidores em período eleitoral;
5. em razão do **fracionamento**, a competência pode ser distribuída por órgãos diversos, quando se trata de **procedimento** ou de atos **complexos**, com a participação de vários órgãos ou agentes.

## 7.7.2 OBJETO

**Objeto** ou **conteúdo** é o efeito jurídico imediato que o ato produz.

Sendo o ato administrativo espécie do gênero ato jurídico, ele só existe quando produz efeito jurídico, ou seja, quando, em decorrência dele, nasce, extingue-se, transforma-se um determinado direito. Esse efeito jurídico é o **objeto** ou **conteúdo** do ato.

Para identificar-se esse elemento, basta verificar o que o ato **enuncia, prescreve, dispõe**.

Alguns autores distinguem **conteúdo** e **objeto**. É o caso de Régis Fernandes de Oliveira (1978:54) que, baseando-se na lição de Zanobini, diz que o objeto é a coisa, a atividade, a relação de que o ato se ocupa e sobre a qual vai recair o conteúdo do ato. Dá como exemplo a demissão do servidor público, em que o objeto é a relação funcional do servidor com a Administração e sobre a qual recai o conteúdo do ato, ou seja, a demissão. Na desapropriação, o conteúdo do ato é a própria desapropriação e o objeto é o imóvel sobre o qual recai.

O importante, no entanto, é deixar claro que, para o ato administrativo, o que interessa é considerar o segundo aspecto, ou seja, a produção de efeitos jurídicos. Quando se parte da ideia de que o ato administrativo é espécie do gênero ato jurídico e quando se fala, em relação a este, de **objeto** como um dos seus elementos integrantes, nada impede, antes é aconselhável, que se utilize o mesmo vocábulo no direito administrativo.

Como no direito privado, o **objeto** deve ser **lícito** (conforme à lei), **possível** (realizável no mundo dos fatos e do direito), **certo** (definido quanto ao destinatário, aos efeitos, ao tempo e ao lugar), e **moral** (em consonância com os padrões comuns de comportamento, aceitos como corretos, justos, éticos).

Também à semelhança do negócio jurídico de direito privado, o objeto do ato administrativo pode ser **natural** ou **acidental**. Objeto **natural** é o efeito jurídico que o ato produz, sem necessidade de expressa menção; ele decorre da própria natureza do ato, tal como definido na lei. Objeto **acidental** é o efeito jurídico que o

ato produz em decorrência de cláusulas acessórias apostas ao ato pelo sujeito que o pratica; ele traz alguma alteração no objeto natural; compreende o **termo**, o **modo** ou **encargo** e a **condição**.

Pelo **termo**, indica-se o dia em que inicia ou termina a eficácia do ato.

O **modo** é um ônus imposto ao destinatário do ato.

A **condição** é a cláusula que subordina o efeito do ato a evento futuro e incerto; pode ser **suspensiva**, quando suspende o início da eficácia do ato, e **resolutiva**, quando, verificada, faz cessar a produção de efeitos jurídicos do ato.

### 7.7.3 FORMA

Encontram-se na doutrina duas concepções da **forma** como elemento do **ato administrativo**:

1. uma concepção **restrita**, que considera forma como a **exteriorização do ato**, ou seja, o modo pelo qual a declaração se exterioriza; nesse sentido, fala-se que o ato pode ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução etc.;
2. uma concepção **ampla**, que inclui no conceito de forma, não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato.

Partindo-se da ideia de **elemento** do ato administrativo como condição de **existência** e de **validade** do ato, não há dúvida de que a inobservância das formalidades que precedem o ato e o sucedem, desde que estabelecidas em lei, determinam a sua invalidade. É verdade que, na concepção restrita de **forma**, considera-se cada ato isoladamente; e, na concepção ampla, considera-se o ato dentro de um **procedimento**. Neste último, existe, na realidade, uma sucessão de atos administrativos preparatórios da decisão final; cada ato deve ser analisado separadamente em seus cinco elementos: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

Ocorre que tanto a inobservância da forma como a do procedimento produzem o mesmo resultado, ou seja, a ilicitude do ato. Por exemplo, se a lei exige a forma escrita e o ato é praticado verbalmente, ele será nulo; se a lei exige processo disciplinar para demissão de um funcionário, a falta ou o vício naquele procedimento invalida a demissão, ainda que esta estivesse correta, quando isoladamente considerada.

Não há dúvida, pois, que a observância das formalidades constitui requisito de validade do ato administrativo, de modo que o procedimento administrativo integra o conceito de **forma**.

No direito administrativo, o aspecto formal do ato é de muito maior relevância do que no direito privado, já que a obediência à forma (no sentido estrito) e ao procedimento constitui **garantia jurídica** para o administrado e para a própria Administração; é pelo respeito à forma que se possibilita o controle do ato administrativo, quer pelos seus destinatários, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado.

A obediência à forma não significa, no entanto, que a Administração esteja sujeita a formas rígidas e sacramentais; o que se exige, a rigor, é que seja adotada, como **regra**, a forma escrita, para que tudo fique documentado e passível de verificação a todo momento; a não ser que a lei preveja expressamente determinada forma (como decreto, resolução, portaria etc.), a Administração pode praticar o ato pela forma que lhe parecer mais adequada. Normalmente, as formas mais rigorosas são exigidas quando estejam em jogo direitos dos administrados, como ocorre nos concursos públicos, na licitação, no processo disciplinar.

Na Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo na esfera federal), o artigo 22 consagra praticamente, como regra, o informalismo do ato administrativo, ao determinar que “os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”. Apenas exige, no § 1º, que os atos sejam produzidos “por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável”. Além disso, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade (§ 2º) e a autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo (§ 3º).

Excepcionalmente, admitem-se ordens verbais, gestos, apitos, sinais luminosos; lembrem-se as hipóteses do superior dando ordens ao seu subordinado ou do policial dirigindo o trânsito. Há, ainda, casos excepcionais de cartazes e placas expressarem a vontade da Administração, como os que proíbem estacionar nas ruas, vedam acesso de pessoas a determinados locais, proíbem fumar. Em todas essas hipóteses, tem que se tratar de gestos ou sinais convencionais, que todos possam compreender.

Até mesmo o **silêncio** pode significar forma de manifestação da vontade, quando a lei assim o prevê; normalmente ocorre quando a lei fixa um prazo, findo o qual o silêncio da Administração significa concordância ou discordância.

Integra o conceito de **forma** a **motivação** do ato administrativo, ou seja, a exposição dos fatos e do direito que serviram de fundamento para a prática do ato; a sua ausência impede a verificação de legitimidade do ato.

Finalmente, ainda quanto à forma, pode-se aplicar ao ato administrativo a classificação das formas em essenciais e não essenciais, consoante afetem ou não a existência e a validade do ato; no entanto, a distinção tem sido repelida, por não existirem critérios seguros para distinguir umas e outras; às vezes, decorre da própria lei essa distinção, tal como se verifica no processo disciplinar, em que a ampla defesa é essencial, sob pena de nulidade da punição; também o **edital**, na concorrência, ou o **decreto**, na expropriação. A ausência dessas formalidades invalida irreme-

diavelmente todo o procedimento e o ato final objetivado pela Administração, sem possibilidade de convalidação.

Em outras hipóteses, em que a decisão administrativa não afeta direitos individuais, mas é imposta apenas para ordenamento interno ou para facilitar o andamento do serviço, a forma não é essencial; por exemplo, a lei estabelece requisitos para que o administrado exerça o seu direito de petição, mas a sua inobservância nem sempre tem o condão de impedir o seu recebimento pela Administração, já que esta tem, de ofício, o dever de observar a lei e de exercer a tutela sobre os próprios atos; assim, nada impede que conheça do pedido se verificar que assiste razão ao requerente.

É só o exame de cada caso concreto que permite concluir se a forma é ou não essencial; terá essa qualidade necessariamente quando for estabelecida como **garantia** de respeito aos direitos individuais.

#### 7.7.4 FINALIDADE

**Finalidade** é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato.

Enquanto o **objeto** é o efeito jurídico **imediat**o que o ato produz (aquisição, transformação ou extinção de direitos), a finalidade é o efeito **mediato**.

Distingue-se do **motivo**, porque este antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. Já a finalidade sucede à prática do ato, porque corresponde a algo que a Administração quer alcançar com a sua edição.

Tanto **motivo** como **finalidade** contribuem para a formação da **vontade** da Administração: diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade).

Pode-se falar em **fim** ou **finalidade** em dois sentidos diferentes:

1. em sentido amplo, a finalidade corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter **finalidade pública**;
2. em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei.

É o legislador que define a finalidade que o ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa; se a lei coloca a **demissão** entre os atos punitivos, não pode ela ser utilizada com outra finalidade que não a de punição; se a lei permite a **remoção ex officio** do funcionário para atender a necessidade do serviço público, não pode ser utilizada para finalidade diversa, como a de punição.

Seja infringida a finalidade legal do ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público (sentido amplo), o ato será ilegal, por **desvio de poder**. Tanto ocorre esse vício quando a Administração remove o funcionário a título de punição, como no caso em que ela desapropria um imóvel para perseguir o seu proprietário, inimigo político. No primeiro caso, o ato foi praticado com finalidade diversa da prevista na lei; no segundo, fugiu ao interesse público e foi praticado para atender ao fim de interesse particular da autoridade.

### 7.7.5 MOTIVO

**Motivo** é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo.

Pressuposto **de direito** é o dispositivo legal em que se baseia o ato.

Pressuposto **de fato**, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato.

No ato de punição do funcionário, o motivo é a **infração** que ele praticou; no tombamento, é o valor cultural do bem; na licença para construir, é o conjunto de requisitos comprovados pelo proprietário; na exoneração do funcionário estável, é o pedido por ele formulado.

A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo.

Não se confundem **motivo** e **motivação** do ato. Motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. Para punir, a Administração deve demonstrar a prática da infração. A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato, vindo sob a forma de “consideranda”; outras vezes, está contida em parecer, laudo, relatório, emitido pelo próprio órgão expedidor do ato ou por outro órgão, técnico ou jurídico, hipótese em que o ato faz remissão a esses atos precedentes. O importante é que o ato possa ter a sua legalidade comprovada.

Discute-se se a motivação é ou não obrigatória. Para alguns, ela é obrigatória quando se trata de ato **vinculado**, pois, nesse caso, a Administração deve demonstrar que o ato está em conformidade com os motivos indicados na lei; para outros, ela somente é obrigatória no caso dos atos discricionários, porque nestes é que se faz mais necessária a motivação, pois, sem ela, não se teria meios de conhecer e controlar a legitimidade dos motivos que levaram a Administração a praticar o ato.

Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado. Note-se que o artigo 111 da Constituição Paulista

de 1989 inclui a motivação entre os princípios da Administração Pública; do mesmo modo, o artigo 2º, parágrafo único, VII, da Lei nº 9.784, de 29-1-99, que disciplina o processo administrativo federal, prevê a observância desse princípio, e o artigo 50 indica as hipóteses em que a motivação é obrigatória.

Ainda relacionada com o **motivo**, há a **teoria dos motivos determinantes**, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros.

Tomando-se como exemplo a exoneração *ad nutum*, para a qual a lei não define o motivo, se a Administração praticar esse ato alegando que o fez por falta de verba e depois nomear outro funcionário para a mesma vaga, o ato será nulo por vício quanto ao motivo.

Também é o caso da revogação de um ato de permissão de uso, sob alegação de que a mesma se tornou incompatível com a destinação do bem público objeto de permissão; se a Administração, a seguir, permitir o uso do mesmo bem a terceira pessoa, ficará demonstrado que o ato de revogação foi ilegal por vício quanto ao motivo.

## 7.8 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO

### 7.8.1 CONCEITO

Para o desempenho de suas funções no organismo Estatal, a Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Mas esses poderes, no Estado de Direito, entre cujos postulados básicos se encontra o princípio da legalidade, são limitados pela lei, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas.

Isto significa que os poderes que exerce o administrador público são **regrados** pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade.

No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é **vinculado**, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um **direito subjetivo** de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções

possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é **discricionário**, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser **arbitrária**, ou seja, contrária à lei.

Pode-se, pois, concluir que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.

E a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito (ver Di Pietro, 2001b).

## 7.8.2 JUSTIFICAÇÃO

Para justificar a existência da discricionariedade, os autores apelam para um critério **jurídico** e um **prático**.

Sob o ponto de vista jurídico, utiliza-se a teoria da formação do Direito por degraus, de Kelsen: considerando-se os vários graus pelos quais se expressa o Direito, a cada ato acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior; esse acréscimo se faz com o uso da discricionariedade; esta existe para tornar possível esse acréscimo.

Se formos considerar a situação vigente no direito brasileiro, constataremos que, a partir da norma de grau superior – a Constituição –, outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto. Em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicada.

Sob o ponto de vista **prático**, a discricionariedade justifica-se, quer para **evitar o automatismo** que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar, isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação, com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis.

### 7.8.3 ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços, a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador. Normalmente essa discricionariedade existe:

- a) quando a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção *ex officio* do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço;
- b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;
- c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde.

É amplo o âmbito de atuação discricionária da Administração Pública. Só que a discricionariedade nunca é total, já que alguns aspectos são sempre vinculados à lei.

Cumprido, pois, analisar onde é possível localizar-se a discricionariedade.

Um primeiro aspecto ao qual concerne a discricionariedade é o concernente ao **momento** da prática do ato. Se a lei nada estabelece a respeito, a Administração escolhe o momento que lhe pareça mais adequado para atingir a consecução de determinado fim. Dificilmente o legislador tem condições de fixar um momento preciso para a prática do ato. O que ele normalmente faz é estabelecer um prazo para que a Administração adote determinadas decisões, com ou sem sanções para o caso de seu descumprimento; às vezes, a lei estabelece que o vencimento do prazo implica consequência determinada, como ocorre com o prazo de 15 dias para que o Executivo vete ou sancione projeto de lei aprovado pelo Legislativo: vencido o prazo, o **silêncio** do Executivo implica sanção do projeto (art. 66, § 3º, da Constituição). Nessas hipóteses, há uma limitação quanto ao momento da prática do ato, mas ainda assim persiste a discricionariedade, porque, dentro do tempo delimitado, a autoridade escolhe o que lhe parece mais conveniente.

A discricionariedade ainda pode dizer respeito a uma escolha entre o agir e o não agir; se, diante de certa situação, a Administração está obrigada a adotar determinada providência, a sua atuação é vinculada; se ela tem possibilidade de escolher entre atuar ou não, existe discricionariedade. Sirva de exemplo o caso de ocorrência de ilícito administrativo: a Administração é obrigada a apurá-lo e a punir os infratores, sob pena de condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal).

Em outro caso: realizada uma licitação, a Administração pode ter de optar entre a celebração do contrato ou a revogação da licitação, segundo razões de interesse público devidamente demonstradas.

A discricionariedade ou vinculação pode ainda referir-se aos **elementos** do ato administrativo: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

Com relação ao **sujeito**, o ato é sempre vinculado; só pode praticá-lo aquele a quem a lei conferiu competência.

No que diz respeito à **finalidade**, também existe **vinculação** e não discricionariedade, se bem que a matéria mereça ser analisada com cuidado. Foi visto que em dois sentidos se pode considerar a finalidade do ato: em sentido amplo, ela corresponde sempre ao interesse público; em sentido restrito, corresponde ao resultado específico que decorre, explícita ou implicitamente da lei, para cada ato administrativo.

No primeiro sentido, pode-se dizer que a finalidade seria discricionária, porque a lei se refere a ela usando noções vagas e imprecisas, como ordem pública, moral, segurança, bem-estar. Quando a lei não estabelece critérios objetivos que permitam inferir quando tais fins são alcançados, haverá discricionariedade administrativa. Por exemplo: a autorização para fazer reunião em praça pública será outorgada segundo a autoridade competente entenda que ela possa ou não ofender a ordem pública.

No segundo sentido, a finalidade é sempre vinculada; para cada ato administrativo previsto na lei, há uma finalidade específica que não pode ser contrariada. Por exemplo: a finalidade do ato de demissão é sempre a de punir o infrator, de modo que se for praticado, por exemplo, para atender à conveniência do serviço será ilegal; a remoção *ex officio* do funcionário só pode dar-se para atender à conveniência do serviço, de modo que, se for feita para punir, será ilegal.

Com relação à **forma**, os atos são em geral vinculados porque a lei previamente a define, estabelecendo, por exemplo, que serão expressos por meio de decreto, de resolução, de portaria etc. Eventualmente, a lei prevê mais de uma forma possível para praticar o mesmo ato: o contrato pode ser celebrado, em determinadas hipóteses, por meio de ordem de serviço, nota de empenho, carta de autorização; a ciência de determinado ato ao interessado pode, quando a lei permita, ser dada por meio de publicação ou de notificação direta. Nesses casos, existe discricionariedade com relação à forma.

Porém, onde mais comumente se localiza a **discricionariedade** é no **motivo** e no **conteúdo** do ato.

Considerando o **motivo** como o pressuposto de fato que antecede a prática do ato, ele pode ser vinculado ou discricionário.

Será vinculado quando a lei, ao descrevê-lo, utilizar noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos matemáticos, que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva. Exemplo: terá direito à aposentadoria o funcionário que completar 35 anos de serviço público ou 70 anos de idade; fará jus à licença-prêmio o funcionário

que completar 5 anos de serviço, sem punições e sem ultrapassar número certo de faltas justificadas.

O motivo será discricionário quando:

1. a lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da Administração; é o que ocorre na exoneração *ex officio* do funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão (exoneração *ad nutum*); não há qualquer motivo previsto na lei para justificar a prática do ato;
2. a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos, os chamados **conceitos jurídicos indeterminados**, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa; é o que ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar “falta grave” ou “procedimento irregular”, sem definir em que consistem; ou quando a lei prevê o tombamento de bem que tenha valor artístico ou cultural, também sem estabelecer critérios objetivos que permitam o enquadramento do bem nesses conceitos.

No que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados, ainda há muita polêmica, podendo-se falar de duas grandes correntes: a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração, porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de **interpretação** que leve à única solução válida possível; e a dos que entendem que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas.

Esta segunda corrente é a que tem mais aceitação no direito brasileiro. No entanto, a grande dificuldade está em definir aprioristicamente todas as hipóteses em que o uso de conceitos indeterminados implica a existência de discricionariedade para a Administração. É só pelo exame da lei, em cada caso, que podem ser extraídas as conclusões.

Em determinadas hipóteses, não há dúvida: a lei usa **conceitos técnicos** que dependem de manifestação de órgão técnico, não cabendo à Administração mais do que uma solução juridicamente válida. Assim, quando a lei assegura o direito à aposentadoria por invalidez, a decisão da Administração fica vinculada a laudo técnico, fornecido pelo órgão especializado competente, que concluirá sobre a invalidez ou não para o trabalho; não resta qualquer margem de discricionariedade administrativa.

Existem também os chamados **conceitos de experiência** ou **empíricos**, em que a discricionariedade fica afastada, porque existem critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitem concluir qual a única solução pos-

sível. Quando a lei usa esse tipo de expressão é porque quer que ela seja empregada no seu sentido usual. É o caso de expressões como *caso fortuito* ou *força maior*, *jogos de azar*, *premeditação*, *bons antecedentes*.

Já nos casos de **conceitos de valor**, como os de moralidade, interesse público, utilidade pública etc. a discricionariedade pode existir, embora não signifique liberdade total, isenta de qualquer limite. Muitas vezes, a matéria de fato permite tornar determinado um conceito que na lei aparece como indeterminado. É o caso, por exemplo, da expressão *notório saber jurídico*; ela é indeterminada quando aparece na lei, porém pode tornar-se determinada pelo exame do currículo da pessoa a que se atribui essa qualidade.

Com relação ao **objeto** ou **conteúdo**, o ato será vinculado quando a lei estabelecer apenas um objeto como possível para atingir determinado fim; por exemplo, quando a lei prevê uma única penalidade possível para punir uma infração. E será discricionário quando houver vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim, sendo todos eles válidos perante o direito; é o que ocorre quando a lei diz que, para a mesma infração, a Administração pode punir o funcionário com as penas de suspensão ou de multa.

#### 7.8.4 LEGALIDADE E MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

A partir da ideia de que certos elementos do ato administrativo são sempre vinculados (a competência e a finalidade, em sentido estrito), pode-se afirmar que não existe ato administrativo inteiramente discricionário. No ato vinculado, todos os elementos vêm definidos na lei; no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos na lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência.

Por isso se diz que o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da **legalidade** e do **mérito**: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir.

Nem todos os autores brasileiros falam em **mérito** para designar os aspectos discricionários do ato. Os que o fazem foram influenciados pela doutrina italiana. É o caso de Seabra Fagundes (1984:131) que, expressando de forma adequada o sentido em que o vocábulo é utilizado, diz que “o mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal”.

Resumidamente, afirma-se que o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários. Seria um aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da Administração Pública. Daí a afirmação de que o Judiciário não pode examinar o mérito dos atos administrativos.

Trata-se de vocábulo consagrado no Direito brasileiro e que, durante muito tempo, tem servido de palavra mágica que detém o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração. Sempre se relacionou o mérito com a discricionariedade administrativa, pois aquele só existe onde esta está presente.

Mais recentemente, após a Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência têm se insurgido contra a ideia de insindicabilidade do mérito pelo Poder Judiciário. E, na realidade, houve considerável evolução no controle judicial sobre os atos administrativos, com grandes avanços sobre o exame do chamado mérito. O exame dos fatos (motivos do ato), a sua valoração, a sua razoabilidade e proporcionalidade em relação aos fins, a sua moralidade, eram vistos como matéria de mérito, insuscetíveis de controle judicial. Se o juiz se deparasse com um conceito jurídico indeterminado na lei, como interesse público, utilidade pública, urgência, notório saber, moralidade, ele se eximia do dever de apreciar tais aspectos, sob a alegação de que se tratava de matéria de mérito.

Com o passar dos tempos, inúmeras teorias foram sendo elaboradas para justificar a extensão do controle judicial sobre aspectos antes considerados como abrangidos pelo conceito de mérito. A teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento do interesse público; a teoria dos motivos determinantes permitiu o exame dos fatos ou motivos que levaram à prática do ato; a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a sua aceitação como conceitos jurídicos permitiu que o Judiciário passasse a examiná-los e a entrar em aspectos que também eram considerados de mérito; a chamada constitucionalização **dos princípios**<sup>1</sup> da Administração também veio limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle judicial sobre os atos discricionários.

Com a constitucionalização dos princípios, especialmente no artigo 37, *caput*, da Constituição e em outros dispositivos esparsos, sem falar nos que são considerados implícitos (como os da segurança jurídica, razoabilidade, motivação), o conceito de legalidade adquiriu um novo sentido, mais amplo, que abrange não só os atos normativos, como também os princípios e valores previstos implícita ou explicitamente na Constituição. Hoje fala-se em legalidade em sentido restrito (para abranger as matérias que exigem lei, como ato legislativo propriamente

---

<sup>1</sup> Sobre o assunto, v. nosso trabalho sobre “constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa”, in DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 175-196.

dito) e legalidade em sentido amplo. Nos dois sentidos, a legalidade limita a ação da Administração Pública. A ampliação da legalidade trouxe como consequência a redução da discricionariedade e a ampliação do controle judicial sobre aspectos que antes eram considerados como mérito. Por outras palavras, o que ocorreu foi uma sensível redução do mérito do ato administrativo, porque aspectos que eram considerados como mérito, insuscetíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como de legalidade, em sentido amplo.

Isso não significa, ao contrário do que se afirma, que não mais exista discricionariedade administrativa e que não mais exista o mérito. Existem inúmeros exemplos de atos administrativos em que a lei reserva para a Administração Pública a apreciação do mérito (entendido como oportunidade e conveniência): a revogação de ato discricionário e precário, como a autorização e a permissão de uso de bem público; a dispensa, sem justa causa, de servidor celetista; a alteração e a rescisão unilaterais de contratos administrativos; o deferimento ou indeferimento de determinados tipos de afastamento dos servidores públicos; a revogação do procedimento licitatório; a decisão sobre a execução direta ou indireta de serviços e obras; a revogação de licença para construir, por motivo de interesse público; e tantas outras hipóteses que podem ser facilmente extraídas do Direito positivo.

Em todos esses exemplos, a Administração Pública tem certa margem de liberdade para escolher a melhor solução a ser adotada no caso concreto. Isso não significa que a sua escolha seja inteiramente livre. Ela está limitada pelo princípio da legalidade (considerado em seus sentidos amplo e restrito) e pela exigência de razoabilidade e motivação. Por maior que seja a margem de discricionariedade, como, por exemplo, na exoneração de servidor ocupante de cargo em comissão ou na dispensa, sem justa causa, de servidor celetista, existe a exigência de motivação. A motivação não pode limitar-se a indicar a norma legal em que se fundamenta o ato. É necessário que na motivação se contenham os elementos indispensáveis para controle da legalidade do ato, inclusive no que diz respeito aos limites da discricionariedade. É pela motivação que se verifica se o ato está ou não em consonância com a lei e com os princípios a que se submete a Administração Pública. Verificada essa conformidade, a escolha feita pela Administração insere-se no campo do mérito. A exigência de motivação, hoje considerada imprescindível em qualquer tipo de ato, foi provavelmente uma das maiores conquistas em termos de garantia de legalidade dos atos administrativos.

A grande diferença que se verifica com relação à evolução do mérito, sob o aspecto de seu controle judicial, é a seguinte: anteriormente, o Judiciário recuava diante dos aspectos discricionários do ato, sem preocupar-se em verificar se haviam sido observados os limites da discricionariedade; a simples existência do aspecto de mérito impedia a própria interpretação judicial da lei perante a situação concreta, levando o juiz a acolher como correta a opção administrativa; atualmente, entende-se que o Judiciário não pode alegar, *a priori*, que se trata de matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial. O juiz tem, primeiro,

que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido. Só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública. Se, após a interpretação, concluir que existem diferentes opções igualmente válidas perante o Direito e aceitáveis diante do interesse público a atender, o juiz não poderá corrigir o ato administrativo que tenha adotado uma delas, substituindo-a pela sua própria opção. Aí sim haverá ofensa ao princípio da separação de poderes.

Por isso, quando se diz que o Judiciário pode controlar o mérito do ato administrativo, essa afirmação tem que ser aceita em seus devidos termos: o que o Judiciário pode fazer é verificar se, ao decidir discricionariamente, a autoridade administrativa não ultrapassou os limites da discricionariedade. Por outras palavras, o juiz controla para verificar se realmente se tratava de mérito.

As decisões judiciais que invalidam atos discricionários por vício de desvio de poder, por irrazoabilidade ou desproporcionalidade da decisão administrativa, por inexistência de motivos ou de motivação, por infringência a princípios como os da moralidade, segurança jurídica, boa-fé, não estão controlando o mérito, mas a legalidade do ato. Poder-se-ia afirmar que estão controlando o mérito, no sentido antigo da expressão, mas não no sentido atual. Somente se pode falar em mérito, no sentido próprio da expressão, quando se trate de hipóteses em que a lei deixa à Administração Pública a possibilidade de escolher entre duas ou mais opções igualmente válidas perante o Direito; nesse caso, a escolha feita validamente pela Administração tem que ser respeitada pelo Judiciário. Não se pode confundir controle do mérito com controle dos limites legais da discricionariedade.

### 7.8.5 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO

A distinção entre atos discricionários e atos vinculados tem importância fundamental no que diz respeito ao controle que o Poder Judiciário sobre eles exerce.

Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu.

Com relação aos **atos discricionários**, o controle judicial é possível **mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.**

Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário,

estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a **opção legítima** feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.

A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.

Algumas teorias têm sido elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário.

Uma das teorias é a relativa ao **desvio de poder**, formulada com esse objetivo; o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei.

Outra é a **teoria dos motivos determinantes**, já mencionada: quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os **pressupostos de fato** e as **provas** de sua ocorrência. Por exemplo, quando a lei pune um funcionário pela prática de uma infração, o Judiciário pode examinar as provas constantes do processo administrativo, para verificar se o motivo (a infração) realmente existiu. Se não existiu ou não for verdadeiro, anulará o ato.

Começa a surgir no direito brasileiro forte tendência no sentido de limitar-se ainda mais a discricionariedade administrativa, de modo a ampliar-se o controle judicial. Essa tendência verifica-se com relação às **noções imprecisas** que o legislador usa com frequência para designar o motivo e a finalidade do ato (interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública etc.). Trata-se daquilo que os doutrinadores alemães chamam de “conceitos legais indeterminados” (cf. Martin Bullinger, 1987).

Alega-se que, quando a Administração emprega esse tipo de conceito, nem sempre existe discricionariedade; esta não existirá se houver elementos objetivos, extraídos da experiência, que permitam a sua delimitação, chegando-se a uma única solução válida diante do direito. Neste caso, haverá apenas **interpretação** do sentido da norma, inconfundível com a discricionariedade. Por exemplo, se a lei prevê o afastamento *ex officio* do funcionário incapacitado para o exercício de função pública, a autoridade tem que procurar o auxílio de peritos que esclareçam se determinada situação de fato caracteriza incapacidade; não poderá decidir segundo critérios subjetivos.

Se, para delimitação do conceito, houver necessidade de apreciação subjetiva, segundo conceitos de valor, haverá discricionariedade. É o que ocorre quando a lei prevê a remoção do funcionário para atender a necessidade do serviço.

No primeiro caso, o Poder Judiciário pode examinar o ato da Administração, porque ele não é discricionário. No segundo, não pode examinar os critérios de valor em que se baseou a autoridade administrativa, porque estaria penetrando no exame da **discricionariedade**. Mesmo neste caso, alguns autores apelam para o **princípio da razoabilidade** para daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei.

Existem situações extremas em que não há dúvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas ou injustas, morais ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público; e existe uma zona intermediária, cinzenta, em que essa definição é imprecisa e dentro da qual a decisão será discricionária, colocando-se fora do alcance do Poder Judiciário (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, in *RDP* 65/27-38; Lúcia Valle Figueiredo, 1986:120-135; Regina Helena Costa, 1988:79-108).

Por exemplo, o conceito de *notável saber jurídico* permite certa margem de discricionariedade na referida zona cinzenta; mas não a permite quando os elementos de fato levam à conclusão, sem sombra de dúvida, de que o requisito constitucional não foi atendido.

Dentro desses parâmetros é que caberá ao Poder Judiciário examinar a **moralidade** dos atos administrativos, com fundamento no artigo 37, *caput*, e artigo 5º, LXXIII, da Constituição, este último referente à ação popular. Não cabe ao magistrado substituir os valores morais do administrador público pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos dentro da sociedade; o que ele pode e deve invalidar são os atos que, pelos padrões do homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade. Não é possível estabelecer regras objetivas para orientar a atitude do juiz. Normalmente, os atos imorais são acompanhados de grande clamor público, até hoje sem sensibilizar a Administração. Espera-se que o Judiciário se mostre sensível a esses reclamos.

Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da **interpretação** (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da **vontade** do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.

## 7.9 CLASSIFICAÇÃO

Inúmeros são os critérios para classificar os atos administrativos:

1. Quanto às **prerrogativas** com que atua a Administração, os atos podem ser de **império** e de **gestão**.

Essa classificação vem do direito francês e foi também desenvolvida pelos autores italianos; **atos de império** seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes, a não ser por delegação do poder público.

**Atos de gestão** são os praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não diferem a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.

Essa distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por danos causados a terceiros. Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império. Alguns autores, para esse fim, distinguiam a **pessoa do Rei** (insuscetível de errar – *the king can do no wrong, le roi ne peut mal faire*), que praticaria os atos de império, da **pessoa do Estado**, que praticaria atos de gestão através de seus prepostos. A distinção servia também para definir a competência da jurisdição administrativa, que somente apreciava os atos de império, enquanto os atos de gestão ficavam a cargo do Judiciário.

Surgiu, no entanto, grande oposição a essa teoria, quer pelo reconhecimento da impossibilidade de dividir-se a personalidade do Estado, quer pela própria dificuldade, senão impossibilidade de enquadrar-se como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na gestão de seus serviços. Em um e outro caso, a Administração age muitas vezes com seu poder de império. Por exemplo, quando fiscaliza a utilização de bens públicos, quando celebra contratos de direito público tendo por objeto o uso de bens públicos por particulares ou a concessão de serviços públicos, quando fixa unilateralmente o valor das tarifas, quando impõe normas para realização dos serviços concedidos.

Desse modo, abandonou-se a distinção, hoje substituída por outra: **atos administrativos**, regidos pelo direito público, e **atos de direito privado** da Administração. Só os primeiros são atos administrativos; os segundos são apenas atos da Administração, precisamente pelo fato de serem regidos pelo direito privado.

2. Quanto à função da **vontade**, os atos administrativos classificam-se em **atos administrativos propriamente ditos e puros** ou **meros atos administrativos**.

No ato administrativo propriamente dito, há uma declaração de **vontade** da Administração, voltada para a obtenção de determinados efeitos jurídicos definidos em lei. Exemplo: demissão, tombamento, requisição.

No mero ato administrativo, há uma declaração de **opinião** (parecer), **conhecimento** (certidão) ou **desejo** (voto num órgão colegiado).

Nem todos os autores consideram os meros atos administrativos como espécie de ato administrativo; para muitos, eles não têm essa natureza, porque não produzem efeitos jurídicos imediatos.

Pela nossa definição de ato administrativo, eles estão excluídos; são **atos da Administração**.

Dentre os atos administrativos propriamente ditos distinguem-se os que são dotados de imperatividade e os que não possuem esse atributo; os primeiros impõem-se ao particular, independentemente de seu consentimento, enquanto os segundos resultam do consentimento de ambas as partes, sendo chamados de **atos negociais**.

É importante realçar o fato de que não se confundem **atos negociais** com **negócios jurídicos**.

No direito privado, formulou-se a teoria dos negócios jurídicos, a partir do princípio da autonomia da vontade; no negócio jurídico, a vontade do sujeito adquire maior relevância no que diz respeito aos efeitos do ato, pois se reconhece às partes autonomia de vontade para estabelecer os resultados do ato; os efeitos jurídicos são aqueles pretendidos e estipulados livremente pelas partes. O Código Civil de 2002 substituiu o conceito de ato jurídico, que se continha no artigo 81 do Código Civil de 1916, pela ideia de negócio jurídico (art. 104 e seguintes), o que se justifica pelo fato de que nem todo ato jurídico é praticado com a intenção específica de produzir efeitos jurídicos, ainda que possam produzi-los, como ocorre, por exemplo, com o pagamento indevido. Já nos negócios jurídicos, o intuito é produzir determinados efeitos jurídicos.

Vicente Rao (1961:29) demonstra que existem atos de vontade (atos jurídicos) que não são negócios jurídicos; estes se distinguem dos demais atos voluntários lícitos pela maior relevância da vontade, isto é, da vontade que visa alcançar, direta e imediatamente, os efeitos práticos protegidos pela norma e recebe desta o poder de autorregular os interesses próprios do agente. A grande importância do negócio jurídico está no fato de que, por meio dele, o homem forma, ele próprio, suas relações jurídicas dentro dos limites traçados pelo ordenamento jurídico. Nos outros atos volitivos que não constituem negócios jurídicos, podem resultar consequências que nem sempre correspondem ao intento das partes, como ocorre no pagamento indevido.

Os atos administrativos unilaterais não podem ser considerados negócios jurídicos, porque a Administração não tem liberdade para estabelecer, por sua própria vontade, os efeitos jurídicos, que são aqueles fixados na lei; trata-se de aplicação do atributo da tipicidade, que é decorrência do

princípio da legalidade; já com relação aos contratos, pode-se falar em negócios jurídicos administrativos em determinados contratos em que as partes podem autorregular as suas relações jurídicas, desde que não contrariem as normas legais e atendam ao interesse público protegido pela lei. O mesmo não ocorre nos contratos como os de concessão de serviços públicos, em que as cláusulas contratuais vêm predefinidas em ato normativo.

Há que se observar também que a palavra *negócio* e o verbo *negociar* excluem a hipótese de imposição de efeitos por um sujeito a outro e importam o **concurso** e o **consentimento** de, pelo menos, dois sujeitos. Por mais essa razão, os atos administrativos praticados com **autoridade** e **poder de império**, ou seja, com o atributo da **imperatividade**, não podem ser considerados negócios jurídicos nem atos negociais. São atos de vontade, em sentido amplo, mas não são negócios jurídicos.

Nos atos administrativos em que não há imperatividade, porque os efeitos são queridos por ambas as partes, fala-se em atos negociais. É o caso da licença, autorização, admissão, permissão, nomeação, exoneração a pedido. São atos negociais mas não são negócios jurídicos, porque os efeitos, embora pretendidos por ambas as partes, não são por elas livremente estipulados, mas decorrem da lei.

Em resumo, entram na categoria de atos negociais todos aqueles que são queridos por ambas as partes; excluem-se os impostos pela Administração, independentemente de consentimento do particular.

Entram na categoria de negócios jurídicos administrativos determinados contratos em que as condições de celebração não são previamente fixadas por atos normativos.

### 3. Quanto à **formação da vontade**, os atos administrativos podem ser **simples, complexos e compostos**.

**Atos simples** são os que decorrem da declaração de vontade de um único órgão, seja ele singular ou colegiado. Exemplo: a nomeação pelo Presidente da República; a deliberação de um Conselho.

**Atos complexos** são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único. As vontades são homogêneas; resultam de vários órgãos de uma mesma entidade ou de entidades públicas distintas, que se unem em uma só vontade para formar o ato; há identidade de conteúdo e de fins. Exemplo: o decreto que é assinado pelo Chefe do Executivo e referendado pelo Ministro de Estado; o importante é que há duas ou mais vontades para a formação de um **ato único**.

**Ato composto** é o que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação a de outro,

que edita o ato principal. Enquanto no ato complexo fundem-se vontades para praticar **um ato só**, no ato composto, praticam-se dois atos, um principal e outro acessório; este último pode ser **pressuposto** ou **complementar** daquele. Exemplo: a nomeação do Procurador-Geral da República depende da prévia aprovação pelo Senado (art. 128, § 1º, da Constituição); a nomeação é o ato principal, sendo a aprovação prévia o ato acessório, **pressuposto** do principal. A dispensa de licitação, em determinadas hipóteses, depende de homologação pela autoridade superior para produzir efeitos; a homologação é ato acessório, complementar do principal.

Os atos, em geral, que dependem de autorização, aprovação, proposta, parecer, laudo técnico, homologação, visto etc., são atos compostos.

4. Quanto aos **destinatários**, os atos administrativos podem ser **gerais** e **individuais**.

Os **atos gerais** atingem todas as pessoas que se encontram na mesma situação; são os atos **normativos** praticados pela Administração, como regulamentos, portarias, resoluções, circulares, instruções, deliberações, regimentos.

**Atos individuais** são os que produzem efeitos jurídicos no caso concreto. Exemplo: nomeação, demissão, tombamento, servidão administrativa, licença, autorização.

Embora registremos essa classificação feita por vários autores, na realidade, pelo conceito restrito de ato administrativo que adotamos, como modalidade de ato jurídico, os atos gerais são **atos da Administração** e não atos administrativos; apenas em sentido **formal** poderiam ser considerados atos administrativos, já que emanados da Administração Pública, com subordinação à lei; porém, quanto ao **conteúdo**, não são atos administrativos, porque não produzem efeitos no caso concreto.

Além disso, os atos normativos da Administração apresentam vários traços distintivos em relação aos atos individuais, justificando a inclusão em outra categoria:

- a) o ato normativo não pode ser impugnado, na via judicial, diretamente pela pessoa lesada; apenas pela via de arguição de inconstitucionalidade, cujos sujeitos ativos estão indicados no artigo 103 da Constituição, é possível pleitear a invalidação direta do ato normativo;
- b) o ato normativo tem precedência hierárquica sobre o ato individual;
- c) o ato normativo é sempre revogável; a revogação do ato individual sofre uma série de limitações que serão analisadas além; basta, por ora, mencionar que não podem ser revogados os atos que geram direitos subjetivos a favor do administrado, o que ocorre com praticamente todos os atos vinculados;

d) o ato normativo não pode ser impugnado, administrativamente, por meio de recursos administrativos, ao contrário do que ocorre com os atos individuais.

5. Quanto à **exequibilidade**, o ato administrativo pode ser **perfeito, imperfeito, pendente e consumado**.

Quando se fala em exequibilidade, considera-se a capacidade do ato para produzir efeitos jurídicos.

**Ato perfeito** é aquele que está em condições de produzir efeitos jurídicos, porque já completou todo o seu ciclo de formação.

Não se confundem **perfeição** e **validade**; a primeira diz respeito às etapas de formação do ato, exigidas por lei para que ele produza efeitos. Por exemplo, um ato que seja motivado, reduzido a escrito, assinado, publicado, está perfeito em sua formação, se a lei não contiver qualquer outra exigência. A **validade** diz respeito à conformidade do ato com a lei: a motivação deve referir-se a motivos reais, a autoridade que assina deve ser a competente, a publicação deve ser a forma exigida para divulgar o ato.

O ato pode ter completado o seu ciclo de formação, mas ser inválido e vice-versa.

**Ato imperfeito** é o que não está apto a produzir efeitos jurídicos, porque não completou o seu ciclo de formação. Por exemplo, quando falta a publicação, a homologação, a aprovação, desde que exigidas por lei como requisitos para a exequibilidade do ato.

O prazo de prescrição, administrativa ou judicial, não começa a correr enquanto o ato não se torna perfeito.

**Ato pendente** é o que está sujeito a condição ou termo para que comece a produzir efeitos. Distingue-se do ato imperfeito porque já completou o seu ciclo de formação e está apto a produzir efeitos; estes ficam suspensos até que ocorra a condição ou termo.

**Ato consumado** é o que já exauriu os seus efeitos. Ele se torna definitivo, não podendo ser impugnado, quer na via administrativa, quer na via judicial; quando muito, pode gerar responsabilidade administrativa ou criminal quando se trata de ato ilícito, ou responsabilidade civil do Estado, independentemente da licitude ou não, desde que tenha causado dano a terceiros.

6. Quanto aos **efeitos**, o ato administrativo pode ser **constitutivo, declaratório e enunciativo**.

**Ato constitutivo** é aquele pelo qual a Administração cria, modifica ou extingue um direito ou uma situação do administrado. É o caso da permissão, autorização, dispensa, aplicação de penalidade, revogação.

**Ato declaratório** é aquele em que a Administração apenas reconhece um direito que já existia antes do ato.

Como exemplo, podem ser citadas a admissão, licença, homologação, isenção, anulação.

**Ato enunciativo** é aquele pelo qual a Administração apenas atesta ou reconhece determinada situação de fato ou de direito. Alguns autores acham, com razão, que esses atos não são atos administrativos propriamente ditos, porque não produzem efeitos jurídicos. Correspondem à categoria, já mencionada, dos **meros atos administrativos**. Eles exigem a prática de um outro ato administrativo, constitutivo ou declaratório, este sim produtor de efeitos jurídicos. São atos enunciativos as certidões, atestados, informações, pareceres, vistos. Encerram **juízo, conhecimento** ou **opinião** e não manifestação de vontade produtora de efeitos jurídicos.

## 7.10 ATOS ADMINISTRATIVOS EM ESPÉCIE

Neste item serão analisados alguns atos administrativos em espécie, divididos em duas categorias: quanto ao **conteúdo** e quanto à **forma** de que se revestem.

São do primeiro tipo a **autorização**, a **licença**, a **admissão**, a **permissão** (como atos administrativos negociais); a **aprovação** e a **homologação** (que são atos de controle); o **parecer** e o **visto** (que são atos enunciativos). Os conceitos que serão adotados correspondem àqueles tradicionalmente aceitos no âmbito do direito brasileiro (lei, doutrina e jurisprudência); porém, é bom que se tenha presente que muitas vezes os vocábulos são utilizados sem muita precisão conceitual, como ocorre, especialmente, com a autorização, a permissão e a licença, nem sempre empregadas com as características que serão apontadas. Por exemplo, a autorização nem sempre é precária; às vezes, é outorgada com características que a aproximam das relações contratuais; a licença nem sempre é referida como ato vinculado; a permissão ora é tratada como contrato, ora como ato unilateral, com ou sem precariedade. É do direito positivo que se tem que tirar as respectivas características em cada caso. No entanto, o uso indevido dos vocábulos no direito positivo não impede que se apontem as características dos institutos no âmbito doutrinário, como se fará a seguir.

No segundo grupo serão analisados o **decreto**, a **portaria**, a **resolução**, a **circULAR**, o **despacho** e o **alvará**.

### 7.10.1 QUANTO AO CONTEÚDO

#### 7.10.1.1 AUTORIZAÇÃO

No direito brasileiro, a autorização administrativa tem várias **acepções**:

1. Num primeiro sentido, designa o ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade mate-

rial ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos.

Exemplo dessa hipótese encontra-se na Constituição Federal, quando atribui à União competência para autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico (art. 21, VI) e para autorizar a pesquisa e lavra de recursos naturais (art. 176, §§ 1º, 3º e 4º); outro exemplo é o da autorização para porte de arma, que a Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 3-10-41) denomina impropriamente de licença (art. 19).

Nesse sentido, a autorização abrange todas as hipóteses em que o exercício de atividade ou a prática de ato são vedados por lei ao particular, por razões de interesse público concernentes à segurança, à saúde, à economia ou outros motivos concernentes à tutela do bem comum. Contudo, fica reservada à Administração a faculdade de, com base no poder de polícia do Estado, afastar a proibição em determinados casos concretos, quando entender que o desempenho da atividade ou a prática do ato não se apresenta nocivo ao interesse da coletividade. Precisamente por estar condicionada à compatibilidade com o interesse público que se tem em vista proteger, a autorização pode ser revogada a qualquer momento, desde que essa compatibilidade deixe de existir.

2. Na segunda acepção, autorização é o ato unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público faculta ao particular o uso privativo de bem público, a título precário.

Trata-se da **autorização de uso**.

3. Na terceira acepção autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário. Trata-se da **autorização de serviço público**. Esta hipótese está referida, ao lado da concessão e da permissão, como modalidade de delegação de serviço público de competência da União. Até a 17ª edição, vínhamos entendendo que a autorização não existe como forma de delegação de serviço prestado ao público, porque o serviço é prestado no interesse exclusivo do autorizatário. A partir da 18ª edição, esse entendimento foi reformulado. Os chamados serviços públicos autorizados, previstos no artigo 21, XI e XII, da Constituição Federal, são de titularidade da União, podendo ou não ser delegados ao particular, por decisão discricionária do poder público; e essa delegação pode ser para atendimento de necessidades coletivas, com prestação a terceiros (casos da concessão e da permissão), ou para execução no próprio benefício do autorizatário, o que não deixa de ser também de interesse público. A essa conclusão chega-se facilmente pela comparação entre os serviços de telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea e outros referidos no artigo 21, XI e XII, com os serviços não exclusivos do Estado,

como educação e saúde. Estes últimos, quando prestados pelo Estado, são **serviços públicos próprios**; quando prestados por particular, são **serviços públicos impróprios**, porque abertos à iniciativa privada por força da própria Constituição; no primeiro caso, existe **autorização de serviço público**; no segundo, existe autorização como ato de polícia.

Pode-se, portanto, definir a **autorização administrativa**, em sentido amplo, como o **ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso), ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos (autorização como ato de polícia).**

A Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16-7-97), no artigo 131, § 1º, define a “autorização de serviço de telecomunicações” como “ato administrativo **vinculado** que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias”.

No entanto, esse emprego do vocábulo, utilizado para dar a impressão de que a lei se afeiçoa aos termos do artigo 21, XI, da Constituição (que fala em concessão, permissão e autorização) não está corretamente utilizado, não se amoldando ao conceito doutrinário. O uso indevido do vocábulo não justifica a alteração do conceito.<sup>2</sup>

Na Constituição Federal ainda se emprega o vocábulo no sentido de consentimento de um poder a outro para a prática de determinado ato; é o caso previsto no artigo 49, II e III, que dá competência ao Congresso Nacional para autorizar o Presidente da República a declarar a guerra e a fazer a paz; permitir que forças estrangeiras transitem pelo Território Nacional ou nele permaneçam temporariamente e para autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País. No artigo 52, V, é estabelecida a competência do Senado para autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Tais autorizações podem ser consideradas atos administrativos em **sentido material** (quanto ao conteúdo), pois equivalem, também, a um consentimento manifestado por um Poder a outro para a prática de ato que não seria válido sem essa formalidade. Sob o aspecto **formal**, não se trata de ato administrativo, mas de ato legislativo, que se edita sob a forma de decretos legislativos ou de resoluções. O próprio fundamento é diverso.

A autorização administrativa baseia-se no poder de polícia do Estado sobre a atividade privada; a autorização legislativa, nos casos mencionados, é modalidade de controle do Legislativo sobre os atos do Executivo.

<sup>2</sup> V. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 137-141.

### 7.10.1.2 LICENÇA

**Licença é o ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade.**

A diferença entre licença e autorização, acentua Cretella Júnior, é nítida, porque o segundo desses institutos envolve interesse, “caracterizando-se como ato discricionário, ao passo que a licença envolve direitos, caracterizando-se como ato vinculado” (in *RT* 486/18). Na autorização, o Poder Público aprecia, discricionariamente, a pretensão do particular em face do interesse público, para outorgar ou não a autorização, como ocorre no caso de consentimento para porte de arma; na licença, cabe à autoridade tão somente verificar, em cada caso concreto, se foram preenchidos os requisitos legais exigidos para determinada outorga administrativa e, em caso afirmativo, expedir o ato, sem possibilidade de recusa; é o que se verifica na licença para construir e para dirigir veículos automotores.

A autorização é ato **constitutivo** e a licença é ato **declaratório** de direito preexistente.

### 7.10.1.3 ADMISSÃO

**Admissão é o ato unilateral e vinculado pelo qual a Administração reconhece ao particular, que preencha os requisitos legais, o direito à prestação de um serviço público.**

É ato **vinculado**, tendo em vista que os requisitos para outorga da prestação administrativa são previamente definidos, de modo que todos os que os satisfaçam tenham direito de obter o benefício.

São exemplos a admissão nas escolas públicas, nos hospitais, nos estabelecimentos de assistência social.

### 7.10.1.4 PERMISSÃO

**Permissão**, em sentido amplo, designa o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público.

O seu objeto é a **utilização privativa de bem público** por particular ou a **execução de serviço público**.

Contudo, há que se ter presente que o artigo 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal permite a interpretação de que tanto a concessão como a permissão de serviços públicos são contratos; e a Lei nº 8.987, de 13-2-95 (que regula as concessões e permissões de serviços públicos) faz referência à permissão como contrato de adesão, com o traço da precariedade. Paralelamente, algumas

leis ainda falam em permissão de serviço público como ato administrativo e não como contrato; é o caso, por exemplo, do artigo 118, parágrafo único, da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 26-12-96). Vale dizer que, pela legislação atualmente em vigor, a permissão de serviço público aparece ora como ato unilateral, ora como contrato. Assim sendo, o conceito de permissão adotado neste item limita-se às hipóteses em que a permissão de serviço público constitui ato unilateral. A permissão de serviço público como contrato administrativo é tratada no Capítulo 8.

#### 7.10.1.5 APROVAÇÃO

A aprovação é ato unilateral e discricionário pelo qual se exerce o controle *a priori* ou *a posteriori* do ato administrativo.

No controle *a priori*, equivale à autorização para a prática do ato; no controle *a posteriori* equivale ao seu referendo (cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, 2007:562).

É ato **discricionário**, porque o examina sob os aspectos de conveniência e oportunidade para o interesse público; por isso mesmo, constitui condição de eficácia do ato.

A Constituição Federal contém inúmeros exemplos de atos dependentes de aprovação, a maior parte deles constituindo modalidades de controle político do Poder Legislativo sobre o Executivo e sobre entidades da administração indireta. O artigo 52 exige **aprovação** prévia do Senado para a escolha de Magistrados, Ministros do Tribunal de Contas, Governador do Território etc. (inciso III), para a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (inciso IV), para a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República (inciso XI); o artigo 49 atribui ao Congresso Nacional competência para aprovar o estado de defesa e a intervenção federal (inciso IV), aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares (inciso XIV), aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a 2.500 ha (inciso XVII).

Em todos esses casos, a aprovação constitui, quanto ao **conteúdo**, típico ato administrativo (de controle), embora **formalmente** integre os atos legislativos (resoluções ou decretos legislativos) previstos no artigo 59, VI e VII, da Constituição.

#### 7.10.1.6 HOMOLOGAÇÃO

**Homologação** é o ato unilateral e vinculado pelo qual a Administração Pública reconhece a legalidade de um ato jurídico. Ela se realiza sempre *a posteriori* e examina apenas o aspecto de legalidade, no que se distingue da aprovação.

É o caso do ato da autoridade que homologa o procedimento da licitação (art. 43, VI, da Lei nº 8.666 de 21-6-93).

### 7.10.1.7 PARECER

**Parecer** é o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência.

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007:583), o parecer pode ser **facultativo, obrigatório e vinculante**.

O parecer é **facultativo** quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato.

O parecer é **obrigatório** quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à **solicitação** do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar a sua decisão ou solicitar novo parecer, devendo lembrar que a atividade de consultoria jurídica é privativa de advogado, conforme artigo 1º, II, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906, de 4-7-94). No âmbito da Administração Pública, a atividade consultiva é privativa da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias dos Estados, conforme arts. 131 e 132 da Constituição Federal.

O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão. Por exemplo, para conceder aposentadoria por invalidez, a Administração tem que ouvir o órgão médico oficial e não pode decidir em desconformidade com a sua decisão; é o caso também da manifestação prevista no artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21-6-93, que torna obrigatório o *exame* e a *aprovação* das minutas de edital de licitação e dos contratos por assessoria jurídica da Administração. Também neste caso, se a autoridade tiver dúvida ou não concordar com o parecer, deverá pedir novo parecer.

Apesar do parecer ser, em regra, ato meramente opinativo, que não produz efeitos jurídicos, o Supremo Tribunal Federal tem admitido a responsabilização de consultores jurídicos quando o parecer for vinculante para a autoridade administrativa, desde que proferido com má-fé ou culpa. No mandado de segurança 24.631-DF, foi feita distinção entre três hipóteses de parecer: "(i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar o ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou,

então, não decidir”. A conclusão do Relator foi no sentido de que “é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativas disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilidade do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa” (MS nº 24.631/DF, julgamento em 9-8-07, Tribunal Pleno).

Na realidade, o parecer contém a motivação do ato a ser praticado pela autoridade que o solicitou. Por isso mesmo, se acolhido, passa a fazer parte integrante da decisão. Essa a razão pela qual o Tribunal de Contas tem procurado responsabilizar os advogados públicos que, com seu parecer, deram margem a decisão considerada ilegal. No entanto, essa responsabilização não pode ocorrer a não ser nos casos em que haja erro grosseiro, culpa grave, má-fé por parte do consultor; ela não se justifica se o parecer estiver adequadamente fundamentado; a simples diferença de opinião – muito comum na área jurídica – não pode justificar a responsabilização do consultor.<sup>3</sup> Não é por outra razão que o parecer isoladamente não produz qualquer efeito jurídico; em regra, ele é meramente opinativo.<sup>4</sup>

No caso do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21-6-93, a participação do órgão jurídico não é apenas na função de consultoria, já que tem que *examinar e aprovar* as minutas de edital e de contrato. A aprovação, no caso, integra o próprio procedimento e equivale a um ato de *controle de legalidade* e não de *mérito*; trata-se de hipótese em que o parecer é obrigatório e vinculante.

É comum, no âmbito da Administração Pública, fazer-se referência a *parecer normativo*. Na realidade, o parecer não possui efeito normativo, por si mesmo; porém, muitas vezes, quando aprovado pela autoridade competente prevista em lei,

<sup>3</sup> A função de consultoria jurídica, dentro da Administração Pública, é privativa da Advocacia Pública (conforme arts. 131 e 132 da Constituição Federal) e só pode ser exercida de forma adequada e atuar como órgão responsável pelo controle preventivo da legalidade de atos administrativos, quando sejam asseguradas aos seus integrantes condições de independência dentro da estrutura da Administração Pública. Eles não podem estar hierarquicamente subordinados a agentes políticos, sob pena de ficarem sujeitos a pressões políticas que contaminam o exercício da função consultiva.

<sup>4</sup> O TCU tem entendido que a aprovação da minuta pelo órgão de assessoramento jurídico não tem o condão de vincular a administração: “[...] o parecer é opinativo e não vincula o administrador. Este tem o comando da empresa e assume a responsabilidade de sua gestão. Se se entendesse de forma diversa, estar-se-ia considerando que o parecer jurídico é um alvará para o cometimento de ilícitos, o que constitui um absurdo. O dirigente de uma companhia possui o comando da máquina administrativa e deve estar ciente de todas as decisões que adota, independentemente da natureza delas. O administrador público não é simplesmente uma figura decorativa na estrutura da empresa. Ao contrário, deve ter uma postura ativa [...]. Com mais razão, nas licitações, os gestores devem ser ainda mais cuidadosos, vez que estas envolvem princípios fundamentais da administração pública, tais como: legalidade, eficiência, moralidade, impessoalidade, publicidade, controle, coordenação, planejamento, isonomia, proposta mais vantajosa dentre outros” (Acórdão nº 1379/2010-Plenário, TC-007.582/2002-1, rel. Min. Augusto Nardes, 16-6-10).

as conclusões do parecer tornam-se obrigatórias para outros órgãos ou entidades da Administração Pública. É o despacho dessa autoridade que dá efeito normativo ao parecer. O objetivo é garantir uniformidade de orientação na esfera administrativa e até o de evitar consultas repetitivas que exijam novas manifestações do órgão consultivo. O parecer, aprovado por despacho com efeito normativo, favorece, por isso mesmo, a própria economicidade processual.

A título de exemplo, pode-se citar a matéria disciplinada pela Lei Complementar nº 73, de 10-2-93, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. No título V, a lei trata do tema “dos pareceres e da súmula da Advocacia-Geral da União”. O artigo 40, § 1º, determina que “o parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento”. O mesmo efeito têm os pareceres emitidos pela Consultoria-Geral da União, quando aprovados pelo Presidente da República (art. 41 da mesma lei complementar).

Se o parecer da Consultoria Jurídica for aprovado por Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, ele obriga, também, os órgãos autônomos e entidades vinculadas (art. 42).

A mesma lei complementar ainda prevê a possibilidade de serem emitidas súmulas pela Advocacia-Geral da União, as quais obrigam a todos os órgãos jurídicos que integrem a instituição, bem como os órgãos jurídicos das autarquias e fundações públicas (art. 43).

#### 7.10.1.8 VISTO

**Visto** é o ato administrativo unilateral pelo qual a autoridade competente atesta a legitimidade formal de outro ato jurídico. Não significa concordância com o seu conteúdo, razão pela qual é incluído entre os atos de conhecimento, que são **meros atos administrativos** e não atos administrativos propriamente ditos, porque não encerram manifestações de vontade.

Exemplo de **visto** é o exigido para encaminhamento de requerimentos de servidores subordinados a autoridade de superior instância; a lei normalmente impõe o **visto** do chefe imediato, para fins de conhecimento e controle formal, não equivalendo à concordância ou deferimento de seu conteúdo.

### 7.10.2 QUANTO À FORMA

#### 7.10.2.1 DECRETO

**Decreto** é a forma de que se revestem os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito).

Ele pode conter, da mesma forma que a lei, regras gerais e abstratas que se dirigem a todas as pessoas que se encontram na mesma situação (decreto geral) ou pode dirigir-se a pessoa ou grupo de pessoas determinadas. Nesse caso, ele constitui decreto de efeito concreto (decreto individual); é o caso de um decreto de desapropriação, de nomeação, de demissão.

Quando produz efeitos gerais, ele pode ser:

1. **regulamentar** ou de **execução**, quando expedido com base no artigo 84, IV, da Constituição, para fiel execução da lei;
2. **independente** ou **autônomo**, quando disciplina matéria não regulada em lei. A partir da Constituição de 1988, não há fundamento para esse tipo de decreto no direito brasileiro, salvo nas hipóteses previstas no artigo 84, VI, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/01; assim mesmo, é uma independência bastante restrita porque as normas do decreto não poderão implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

O decreto só pode ser considerado ato administrativo propriamente dito quando tem efeito concreto. O decreto geral é ato normativo, semelhante, quanto ao conteúdo e quanto aos efeitos, à lei.

Quando comparado à lei, que é **ato normativo originário** (porque cria direito novo originário de órgão estatal dotado de competência própria derivada da Constituição), o decreto regulamentar é **ato normativo derivado** (porque não cria direito novo, mas apenas estabelece normas que permitam explicitar a forma de execução da lei).

#### 7.10.2.2 RESOLUÇÃO E PORTARIA

**Resolução e portaria** são formas de que se revestem os atos, gerais ou individuais, emanados de autoridades outras que não o Chefe do Executivo.

No Estado de São Paulo, a Lei nº 10.177, de 30-12-98, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, estabelece uma distinção, quanto ao aspecto formal, entre os atos normativos do Poder Executivo. No artigo 12, diz que

“são atos administrativos:

- I – de competência privativa:
  - a) do Governador do Estado, o Decreto;
  - b) dos Secretários de Estado, do Procurador-Geral do Estado e dos Reitores das Universidades, a Resolução;
  - c) dos órgãos colegiados, a Deliberação;

### III – de competência comum:

- a) a todas as autoridades, até o nível de Diretor de Serviço; às autoridades policiais; aos dirigentes das entidades descentralizadas, bem como, quando estabelecido em norma legal específica, a outras autoridades administrativas, a Portaria;
- b) a todas as autoridades ou agentes da Administração, os demais atos administrativos, tais como Ofícios, Ordens de Serviço, Instruções e outros”.

De acordo com essa norma, a diferença entre os vários tipos de atos está apenas na autoridade de que emanam, podendo uns e outros ter conteúdo **individual** (punição, concessão de férias, dispensas), ou **geral**, neste último caso contendo normas emanadas em matérias de competência de cada uma das referidas autoridades.

Não se confunde a resolução editada em sede administrativa com a referida no artigo 59, VII, da Constituição Federal. Nesse caso, ela equivale, sob o aspecto formal, à lei, já que emana do Poder Legislativo e se compreende no processo de elaboração das leis, previsto no artigo 59. Normalmente é utilizada para os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, previstos nos artigos 49 da Constituição, e para os de competência privativa da Câmara dos Deputados (art. 51), e do Senado (art. 52), uns e outros equivalendo a atos de controle político do Legislativo sobre o Executivo.

#### 7.10.2.3 CIRCULAR

**Circular** é o instrumento de que se valem as autoridades para transmitir ordens internas uniformes a seus subordinados.

#### 7.10.2.4 DESPACHO

**Despacho** é o ato administrativo que contém decisão das autoridades administrativas sobre assunto de interesse individual ou coletivo submetido à sua apreciação. Quando, por meio do despacho, é aprovado parecer proferido por órgão técnico sobre assunto de interesse geral, ele é chamado **despacho normativo**, porque se tornará obrigatório para toda a Administração. Na realidade, esse despacho não cria direito novo, mas apenas estende a todos os que estão na mesma situação a solução adotada para determinado caso concreto, diante do Direito Positivo.

#### 7.10.2.5 ALVARÁ

**Alvará** é o instrumento pelo qual a Administração Pública confere licença ou autorização para a prática de ato ou exercício de atividade sujeitos ao poder de polícia do Estado. Mais resumidamente, o alvará é o instrumento da licença ou da

autorização. Ele é a **forma**, o revestimento exterior do ato; a licença e a autorização são o **conteúdo** do ato.

## 7.11 EXTINÇÃO

### 7.11.1 MODALIDADES

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008:436-438), um ato administrativo extingue-se por:

- I – cumprimento de seus efeitos, o que pode suceder pelas seguintes razões:
  - a) esgotamento do conteúdo jurídico; por exemplo, o gozo de férias de um funcionário;
  - b) execução material; por exemplo, a ordem, executada, de demolição de uma casa;
  - c) implemento de condição resolutiva ou termo final;
- II – desaparecimento do sujeito ou do objeto;
- III – **retirada**, que abrange:
  - a) **revogação**, em que a retirada se dá por razões de oportunidade e conveniência;
  - b) **invalidação**, por razões de ilegalidade;
  - c) **cassação**, em que a retirada se dá “porque o destinatário descumpriu condições que deveriam permanecer atendidas a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica”; o autor cita o exemplo de cassação de licença para funcionamento de hotel por haver se convertido em casa de tolerância;
  - d) **caducidade**, em que a retirada se deu “porque sobreveio norma jurídica que tornou inadmissível a situação antes permitida pelo direito e outorgada pelo ato precedente”; o exemplo dado é a caducidade de permissão para explorar parque de diversões em local que, em face da nova lei de zoneamento, tornou-se incompatível com aquele tipo de uso;
  - e) **contraposição**, em que a retirada se dá “porque foi emitido ato com fundamento em competência diversa que gerou o ato anterior, mas cujos efeitos são contrapostos aos daqueles”; é o caso da exoneração de funcionário, que tem efeitos contrapostos ao da nomeação.
- IV – Renúncia, pela qual se extinguem os efeitos do ato porque o próprio beneficiário abriu mão de uma vantagem de que desfrutava.

## 7.11.2 ANULAÇÃO OU INVALIDAÇÃO

### 7.11.2.1 CONCEITO, EFEITOS E NATUREZA

**Anulação**, que alguns preferem chamar de **invalidação** é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade.

Como a desconformidade com a lei atinge o ato em suas origens, a anulação produz **efeitos** retroativos à data em que foi emitido (efeitos *ex tunc*, ou seja, a partir de então).

A anulação pode ser feita pela Administração Pública, com base no seu poder de autotutela sobre os próprios atos, conforme entendimento já consagrado pelo STF por meio das Súmulas nºs 346 e 473. Pela primeira, “a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”; e nos termos da segunda, “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

E a anulação pode também ser feita pelo Poder Judiciário, mediante provocação dos interessados, que poderão utilizar, para esse fim, quer as ações ordinárias e especiais previstas na legislação processual, quer os remédios constitucionais de controle judicial da Administração Pública.

A anulação feita pela própria Administração independe de provocação do interessado uma vez que, estando vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o poder-dever de zelar pela sua observância. No entanto, vai-se firmando o entendimento de que a anulação do ato administrativo, quando afete interesses ou direitos de terceiros, deve ser precedida do contraditório, por força do artigo 5º, LV, da Constituição. A Lei paulista nº 10.177, de 30-12-98, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, prevê o contraditório, com a obrigatoriedade de intimação do interessado para manifestar-se, antes da invalidação do ato (arts. 58, IV e V, e 59, II).

O aspecto que se discute é quanto ao caráter **vinculado** ou **discricionário** da anulação. Indaga-se: diante de uma ilegalidade, a Administração está **obrigada** a anular o ato ou tem apenas a **faculdade** de fazê-lo? Há opiniões nos dois sentidos. Os que defendem o **dever** de anular apegam-se ao princípio da legalidade; os que defendem a **faculdade** de anular invocam o princípio da predominância do interesse público sobre o particular.

Para nós, a Administração tem, em regra, o **dever** de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o

interesse público que norteará a decisão. Também têm aplicação os princípios da segurança jurídica nos aspectos objetivo (estabilidade das relações jurídicas) e subjetivo (proteção à confiança) e da boa-fé.<sup>5</sup>

Esse entendimento é adotado por Seabra Fagundes (1984:39-40), Miguel Reale (1980:59-64), Regis Fernandes de Oliveira (1978:124). Este último fornece um exemplo: “imagine-se a seguinte hipótese: autorizou-se um loteamento em terras municipais. O interessado, valendo-se de documentos falsos, logrou obter aprovação do loteamento, seu registro e o competente deferimento do loteamento perante a própria Prefeitura Municipal a quem pertenciam as terras. O ato que determinou a expedição do alvará autorizando a realização do loteamento é nulo. E a nulidade advém do conteúdo do ato. O loteamento não poderia ser autorizado, uma vez que dentro do imóvel municipal. Inobstante, famílias adquiriram lotes, construíram casas, introduziram-se melhoramentos, cobrados foram tributos incidentes sobre eles, bem como tarifas de água etc. Enfim, onde era terreno municipal erigiu-se verdadeira cidade. Anos após, descobre-se que o terreno não pertencia ao loteador e que se trata de área municipal. Imagina-se, mais, que se tratava de verdadeiro paul, que foi sanado pelos adquirentes e, o que era um terreno totalmente inaproveitável, tornou-se valorizado”.

Num caso como esse, a Administração tem que decidir qual a melhor solução, levando em conta os princípios do interesse público, da segurança jurídica e da boa-fé; com base nisso, poderá simplesmente anular o ato ou convalidá-lo.

Embora reconhecendo essa possibilidade da Administração, é necessário observar determinadas condições mencionadas por Miguel Reale (1980:62): que o ato não se origine de dolo, não afete direitos ou interesses privados legítimos, nem cause dano ao erário.

Na esfera federal, a Lei nº 9.784, de 29-1-99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece, no artigo 53, que “a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade”; porém, no artigo 55, prevê a hipótese de ser mantido o ato ilegal, ao determinar que, “em decisão na qual se evidenciem não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. Vale dizer que, em vez de anular o ato, a Administração pode convalidá-lo; trata-se de decisão discricionária, somente possível quando os atos inválidos não acarretarem prejuízo a terceiros (nem ao erário); caso contrário, a anulação será obrigatória.

Ainda a mesma lei estabelece um prazo de decadência (que não admite interrupção nem suspensão) para que a Administração declare a nulidade de ato administrativo ilegal. O artigo 54 determina que “o direito da Administração de anular os

---

<sup>5</sup> Ver item 3.3.15.4, sobre os princípios da segurança jurídica e da boa-fé.

atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decaem em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé". Trata-se de aplicação do princípio da segurança jurídica e também do princípio da boa-fé: de um lado, o legislador quis beneficiar a estabilidade das relações jurídicas, impedindo que a possibilidade de invalidação do ato possa atingir situações já consolidadas pelo decurso do tempo; de outro, quis beneficiar o destinatário do ato ilegal que esteja de boa-fé.

Independentemente do disposto nesse dispositivo (que somente tem aplicação na esfera federal), já vínhamos defendendo, desde as primeiras edições deste livro, que o prazo para a Administração rever os próprios atos é o da prescrição quinquenal (v. item 17.3.2.4), o que se aplica, evidentemente, a todas as esferas de governo.

### 7.11.2.2 VÍCIOS: PECULIARIDADES NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Existem muitas controvérsias doutrinárias a respeito dos vícios dos atos administrativos, girando principalmente em torno da possibilidade ou não de aplicar-se aos mesmos a teoria das nulidades do Direito Civil.

Sendo o ato administrativo modalidade de ato jurídico, é evidente que muitos dos princípios do Código Civil podem ser aplicados; porém, não se pode deixar de considerar que o ato administrativo apresenta certas peculiaridades que têm que ser levadas em consideração; de um lado, com relação aos próprios elementos integrantes, que são em maior número e de natureza um pouco diversa do que o **ato de direito privado**; de outro lado, com relação às consequências da inobservância da lei, que são diferentes no ato administrativo.

As principais diferenças que se apresentam são as seguintes:

1. os vícios dos atos privados atingem apenas interesses individuais, enquanto os vícios dos atos administrativos podem afetar o interesse de terceiros ou até mesmo o interesse público; por exemplo, a adjudicação, na licitação, a quem não seja o vencedor prejudica a este, aos demais licitantes e ao próprio interesse da Administração na escolha da melhor proposta; por isso mesmo, não pode o Poder Público ficar dependendo de provocação do interessado para declarar a nulidade do ato, incumbindo-lhe o poder-dever de fazê-lo, com base em seu poder de autotutela; daí decorre conceito diverso de ato anulável, no direito administrativo;
2. por outro lado, diante de determinados casos concretos, pode acontecer que a manutenção do ato ilegal seja menos prejudicial ao interesse público do que a sua anulação; nesse caso, pode a Administração deixar que o ato prevaleça, desde que não haja dolo, dele não resulte prejuízo ao erário, nem a direitos de terceiros; é o que ocorre, por exemplo, com os atos praticados por funcionários "de fato";

3. finalmente, quanto aos vícios que atingem o ato administrativo, há modalidades peculiares que não existem no direito privado, como o excesso e o abuso de poder, a usurpação de função, o exercício de fato.

No Direito Civil, os vícios estão previstos nos artigos 166 e 171 do Código Civil (artigos 145 e 147 do CC de 1916), correspondendo, respectivamente, às nulidades absolutas e relativas; eles se referem, basicamente, aos três elementos do ato jurídico: sujeito, objeto e forma.

No Direito Administrativo, também, os vícios podem atingir os cinco elementos do ato, caracterizando os vícios quanto à **competência** e à **capacidade** (em relação ao sujeito), à **forma**, ao **objeto**, ao **motivo** e à **finalidade**.

Esses cinco vícios estão definidos no artigo 2º da Lei de ação popular (Lei nº 4.717 de 29-6-65).

### 7.11.2.3 VÍCIOS RELATIVOS AO SUJEITO

Sob esse aspecto, o ato administrativo pode apresentar vícios de duas categorias:

1. incompetência;
2. incapacidade.

Visto que a competência vem sempre definida em lei, o que constitui garantia para o administrado, será ilegal o ato praticado por quem não seja detentor das atribuições fixadas na lei e também quando o sujeito o pratica exorbitando de suas atribuições. Nos termos do artigo 2º da Lei nº 4.717/65, a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou.

Os principais **vícios quanto à competência** são:

1. usurpação de função;
2. excesso de poder;
3. função “de fato”.

A **usurpação de função** é crime definido no artigo 328 do CP: “usurpar o exercício de função pública”. Ocorre quando a pessoa que pratica o ato não foi por qualquer modo investida no cargo, emprego ou função; ela se apossa, por conta própria, do exercício de atribuições próprias de agente público, sem ter essa qualidade.

O **excesso de poder** ocorre quando o agente público excede os limites de sua competência; por exemplo, quando a autoridade, competente para aplicar a pena de suspensão, impõe penalidade mais grave, que não é de sua atribuição; ou quando a autoridade policial se excede no uso da força para praticar ato de sua competência.

Constitui, juntamente com o **desvio de poder**, que é vício quanto à finalidade, uma das espécies de **abuso de poder**. Este pode ser definido, em sentido amplo, como o vício do ato administrativo que ocorre quando o agente público exorbita de suas atribuições (**excesso de poder**), ou pratica o ato com finalidade diversa da que decorre implícita ou explicitamente da lei (**desvio de poder**).

Tanto o excesso de poder como o desvio de poder podem configurar **crime de abuso de autoridade**, quando o agente público incidir numa das infrações previstas na Lei nº 4.898, de 9-12-65, alterada pela Lei nº 6.657, de 5-6-79, hipótese em que ficará sujeito à responsabilidade administrativa e à penal, podendo ainda responder civilmente, se de seu ato resultarem danos patrimoniais.

A **função de fato** ocorre quando a pessoa que pratica o ato está irregularmente investida no cargo, emprego ou função, mas a sua situação tem toda **aparência de legalidade**. Exemplos: falta de requisito legal para investidura, como certificado de sanidade vencido; inexistência de formação universitária para função que a exige, idade inferior ao mínimo legal; o mesmo ocorre quando o servidor está suspenso do cargo, ou exerce funções depois de vencido o prazo de sua contratação, ou continua em exercício após a idade-limite para aposentadoria compulsória.

Ao contrário do ato praticado por usurpador de função, que a maioria dos autores considera como **inexistente**, o ato praticado por funcionário de fato é considerado **válido**, precisamente pela aparência de legalidade de que se reveste; cuida-se de proteger a boa-fé do administrado.

Como diz Seabra Fagundes (1984:53), “no que respeita à validade dos atos praticados por tais pessoas, cabe distinguir segundo as circunstâncias especiais ocorrentes. Se o funcionário exerce a função em época normal, e é por todos aceito como serventuário legítimo, os seus atos podem ser tidos como válidos quando praticados de boa-fé. Razões de **utilidade pública** aconselham a isso. Quando seja **manifesta e evidente** a incompetência, os atos são visceralmente nulos, pois que não há como requisito moral a ampará-los a boa-fé no agente e no beneficiário”. E acrescenta que a “aparência de legalidade da investidura, manifesta nas próprias condições de exercício da função (local, aquiescência da Chefia do serviço etc.), faz certa a boa-fé do público em geral e de cada um *de per si* no tratar com o agente”.

Além dos vícios de incompetência, ainda existem os de **incapacidade**, previstos nos artigos 3º e 4º do CC, e os resultantes de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, os quais não servem para distinguir a nulidade absoluta da relativa, como ocorre no direito privado, uma vez que, conforme se verá, no direito administrativo o critério distintivo é diverso.

A Lei nº 9.784, de 29-1-99 (Lei do Processo Administrativo Federal), prevê duas hipóteses de incapacidade do sujeito que pratica o ato administrativo: o **impedimento** e a **suspeição**.

O artigo 18 determina estar **impedido** de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I – tenha interesse direto ou indireto na matéria; II –

tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III – esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

E o artigo 20 prevê a possibilidade de ser arguida a **suspeição** de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

A diferença entre o impedimento e a suspeição é a mesma que se faz no Direito Processual Civil ou Penal; o impedimento gera uma **presunção absoluta** de incapacidade, razão pela qual a autoridade fica proibida de atuar no processo, devendo obrigatoriamente comunicar o fato à autoridade competente, sob pena de incidir em “*falta grave, para fins disciplinares*”, conforme artigo 19, *caput*, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99.

A suspeição gera uma **presunção relativa** de incapacidade, razão pela qual o vício fica sanado, se não for arguido pelo interessado no momento oportuno. Note-se que o artigo 20 diz que a suspeição **pode** ser arguida; portanto, trata-se de faculdade que o interessado irá exercer ou não; já no impedimento, o dispositivo diz que **é impedido de atuar no processo** o servidor ou autoridade que estiver em uma das situações mencionadas no artigo 18 e ainda prevê punição para o servidor que deixar de declarar o seu impedimento.

No Direito Processual, o impedimento do juiz gera nulidade absoluta, podendo ensejar até mesmo ação rescisória (art. 485, II, do CPC, repetido no art. 966, II, do novo CPC); a suspeição gera nulidade relativa, porque o vício desaparece se não arguido no momento oportuno.

No Direito Administrativo, ambas as hipóteses se enquadram como atos anuláveis e, portanto, passíveis de convalidação por autoridade que não esteja na mesma situação de impedimento ou suspeição.

#### 7.11.2.4 VÍCIOS RELATIVOS AO OBJETO

Segundo o artigo 2º, parágrafo único, *c*, da Lei nº 4.717/65, “a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”.

No entanto, o conceito não abrange todas as hipóteses possíveis; o objeto deve ser lícito, possível (de fato e de direito), moral e determinado. Assim, haverá vício em relação ao objeto quando qualquer desses requisitos deixar de ser observado, o que ocorrerá quando for:

1. proibido pela lei; por exemplo: um Município que desaproprie bem imóvel da União;
2. diverso do previsto na lei para o caso sobre o qual incide; por exemplo: a autoridade aplica a pena de suspensão, quando cabível a de repreensão;

3. impossível, porque os efeitos pretendidos são irrealizáveis, de fato ou de direito; por exemplo: a nomeação para um cargo inexistente;
4. imoral; por exemplo: parecer emitido sob encomenda, apesar de contrário ao entendimento de quem o profere;
5. incerto em relação aos destinatários, às coisas, ao tempo, ao lugar; por exemplo: desapropriação de bem não definido com precisão.

#### 7.11.2.5 VÍCIOS RELATIVOS À FORMA

“O vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato” (art. 2º, parágrafo único, *b*, da Lei nº 4.717/65).

O ato é ilegal, por vício de forma, quando a lei expressamente a exige ou quando uma finalidade só possa ser alcançada por determinada forma. Exemplo: o **decreto** é a forma que deve revestir o ato do Chefe do Poder Executivo; o **edital** é a única forma possível para convocar os interessados em participar de concorrência.

#### 7.11.2.6 VÍCIOS QUANTO AO MOTIVO

A Lei nº 4.717/65 fala apenas em **inexistência dos motivos** e diz que esse vício ocorre “quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido” (art. 2º, parágrafo único, *d*).

Mas, além da hipótese de **inexistência**, existe a **falsidade** do motivo. Por exemplo: se a Administração pune um funcionário, mas este não praticou qualquer infração, o motivo é inexistente: se ele praticou infração diversa, o motivo é falso.

#### 7.11.2.7 VÍCIOS RELATIVOS À FINALIDADE

Trata-se do **desvio de poder** ou **desvio de finalidade**, definido pela Lei nº 4.717/65 como aquele que se verifica quando “o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (art. 2º, parágrafo único, *e*).

Mais uma vez, o conceito legal está incompleto. Visto que a finalidade pode ter duplo sentido (amplo e restrito), pode-se dizer que ocorre o desvio de poder quando o agente pratica o ato com inobservância do interesse público ou com objetivo diverso daquele previsto explícita ou implicitamente na lei. O agente **desvia-se** ou **afasta-se** da finalidade que deveria atingir para alcançar resultado diverso, não amparado pela lei.

Conforme palavras de Cretella Júnior (1977:184), “base para a anulação dos atos administrativos que nele incidem, o **desvio de poder** difere dos outros casos,

porque não se trata aqui de apreciar objetivamente a conformidade ou não conformidade de um ato com uma regra de direito, mas de proceder-se a uma dupla investigação de intenções subjetivas: é preciso indagar se os **móveis** que inspiram o autor de um ato administrativo são aqueles que, segundo a intenção do legislador, deveriam realmente, inspirá-lo”.

Exemplos: a desapropriação feita para prejudicar determinada pessoa caracteriza desvio de poder porque o ato não foi praticado para atender a um interesse público; a remoção *ex officio* do funcionário, permitida para atender à necessidade do serviço, constituirá desvio de poder se for feita com o objetivo de punir.

A grande dificuldade com relação ao desvio de poder é a sua **comprovação**, pois o agente **não declara** a sua verdadeira intenção; ele procura ocultá-la para produzir a enganosa impressão de que o ato é legal. Por isso mesmo, o desvio de poder comprova-se por meio de **indícios**; são os “sintomas” a que se refere Cretella Júnior (1977:209-210).

- a) a motivação insuficiente,
- b) a motivação contraditória,
- c) a irracionalidade do procedimento, acompanhada da edição do ato,
- d) a contradição do ato com as resultantes dos atos,
- e) a camuflagem dos fatos,
- f) a inadequação entre os motivos e os efeitos,
- g) o excesso de motivação”.

#### 7.11.2.8 CONSEQUÊNCIAS DECORRENTES DOS VÍCIOS

Nesta matéria são grandes as divergências doutrinárias, que dizem respeito às consequências dos vícios dos atos administrativos.

No Direito Civil, os vícios podem gerar nulidade **absoluta** ou nulidade **relativa**, conforme artigos 166 e 171 do Código Civil (arts. 145 e 147 do Código anterior).

No Direito Administrativo, encontram-se diferentes formas de classificar os atos ilegais.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007:655) considera que o ato administrativo pode ser **nulo** ou **anulável**. Será **nulo** “quanto à capacidade da pessoa se praticado o ato por pessoa jurídica sem atribuição, por órgão absolutamente incompetente ou por agente usurpador da função pública. Será nulo quanto ao objeto, se ilícito ou impossível por ofensa frontal à lei, ou nele se verifique o exercício de direito de modo abusivo. Será nulo, ainda, se deixar de respeitar forma externa prevista em lei ou preterir solenidade essencial para a sua validade. Ao contrário, será simplesmente anulável, quanto à capacidade da pessoa, se praticado por agente incompetente, dentro do mesmo órgão especializado, uma vez o ato caiba, na hie-

rarquia, ao superior. Outrossim, será tão somente anulável o que padeça de vício de vontade decorrente de erro, dolo, coação moral ou simulação”.

Seabra Fagundes (1984:42-51), refutando a possibilidade de aplicar-se ao direito administrativo a teoria das nulidades do Direito Civil, entende que os atos administrativos viciosos podem agrupar-se em três categorias: atos absolutamente inválidos ou atos nulos, atos relativamente inválidos ou anuláveis e atos irregulares. **Atos nulos** são os que violam regras fundamentais atinentes à manifestação da vontade, ao motivo, à finalidade ou à forma, havidas como de obediência indispensável pela sua natureza, pelo interesse público que as inspira ou por menção expressa da lei. **Atos anuláveis** são os que infringem regras atinentes aos cinco elementos do ato administrativo, mas, em face de razões concretamente consideradas, se tem como melhor atendido o interesse público pela sua parcial validade; para o autor, tratando-se de ato relativamente inválido, se estabelece uma hierarquia entre dois interesses públicos: o abstratamente considerado, em virtude do qual certas normas devem ser obedecidas, e o ocorrente na espécie, que se apresenta, eventualmente, por motivos de ordem prática, de justiça e de equidade em condições de superar aquele. **Atos irregulares** são os que apresentam defeitos irrelevantes, quase sempre de forma, não afetando ponderavelmente o interesse público, dada a natureza leve da infringência das normas legais; os seus efeitos perduram e continuam, posto que constatado o vício; é o caso em que a lei exige **portaria** e se expede outro tipo de ato.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008:461), adotando a posição de Antonio Carlos Cintra do Amaral, entende que “o critério importantíssimo para distinguir os tipos de invalidade reside na possibilidade ou impossibilidade de convalidar-se o vício do ato”. Os **atos nulos** são os que não podem ser convalidados; entram nessa categoria:

- a) os atos que a lei assim declare;
- b) os atos em que é materialmente impossível a convalidação, pois se o mesmo conteúdo fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior; é o que ocorre com os vícios relativos ao objeto, à finalidade, ao motivo, à causa.

São **anuláveis**:

- a) os que a lei assim declare;
- b) os que podem ser praticados sem vício; é o caso dos atos praticados por sujeito incompetente, com vício de vontade, com defeito de formalidade.

O autor ainda acrescenta a categoria dos **atos inexistentes**, que “correspondem a condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade intrínseca e, como tais, resguardados

por princípios gerais de direito que informam o ordenamento jurídico dos povos civilizados” (2008:459).

Para Hely Lopes Meirelles (2003:169-170), não existem atos administrativos **anuláveis**, “pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre atos **ilegais**, ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe a exigência de **legalidade administrativa**. Daí a impossibilidade jurídica de convalidar-se o ato considerado **anulável** que não passa de um ato originariamente **nulo**”. Embora mencionando o ato **inexistente** (que tem apenas a aparência de manifestação regular da Administração, mas não chega a se aperfeiçoar como ato administrativo), nega, como a maioria dos autores, a importância dessa distinção, porque os atos inexistentes se equiparam aos atos nulos.

Cretella Júnior (1977:138) admite os atos nulos, anuláveis e inexistentes; os dois primeiros distinguem-se conforme possam ou não ser convalidados; o ato inexistente é o que não chega a entrar no mundo jurídico, por falta de um elemento essencial, como ocorre com o ato praticado por um demente ou com o que é praticado por uma particular, quando deveria emanar de um funcionário, o que é praticado por um usurpador de função etc.

#### 7.11.2.9 ATOS ADMINISTRATIVOS NULOS E ANULÁVEIS

Quando se compara o tema das nulidades no Direito Civil e no Direito Administrativo, verifica-se que em ambos os ramos do direito, os vícios podem gerar nulidades absolutas (atos nulos) ou nulidades relativas (atos anuláveis); porém, o que não pode ser transposto para o Direito Administrativo, sem atentar para as suas peculiaridades, são as hipóteses de nulidade e de anulabilidade previstas nos artigos 166 e 171 do Código Civil.

No Direito Civil, são as seguintes as diferenças entre a nulidade absoluta e a relativa, no que diz respeito a suas consequências:

1. na nulidade absoluta, o vício não pode ser sanado; na nulidade relativa, pode;
2. a nulidade absoluta pode ser decretada pelo juiz, **de ofício** ou mediante provocação do interessado ou do Ministério Público (art. 168 do novo Código Civil); a nulidade relativa só pode ser decretada se provocada pela parte interessada.

No Direito Administrativo, essa segunda distinção não existe, porque, dispondo a Administração do poder de autotutela, não pode ficar dependendo de provocação do interessado para decretar a nulidade, seja absoluta seja relativa. Isto porque não pode o interesse individual do administrado prevalecer sobre o interesse público na preservação da legalidade administrativa.

Mas a primeira distinção existe, pois também em relação ao ato administrativo, alguns vícios podem e outros não podem ser sanados.

Quando o vício seja **sanável** ou **convalidável**, caracteriza-se hipótese de nulidade relativa; caso contrário, a nulidade é absoluta. Cumpre, pois, examinar quando é possível o **saneamento** ou **convalidação**.

#### 7.11.2.10 CONVALIDAÇÃO

**Convalidação** ou **saneamento** é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado.

Ela é feita, em regra, pela Administração, mas eventualmente poderá ser feita pelo administrado, quando a edição do ato dependia da manifestação de sua vontade e a exigência não foi observada. Este pode emití-la posteriormente, convalidando o ato.

Em edições anteriores, vínhamos entendendo que a convalidação é ato discricionário, porque cabe à Administração, diante do caso concreto, verificar o que atende melhor ao interesse público: a convalidação, para assegurar validade aos efeitos já produzidos, ou a decretação de sua nulidade, quando os efeitos produzidos sejam contrários ao interesse público. Evoluímos, no entanto, a partir da 11ª edição, para acompanhar o pensamento de Weida Zancaner (1990:55), no sentido de que o ato de convalidação é, às vezes, vinculado, e outras vezes, discricionário. Entende a autora que “só existe uma hipótese em que a Administração Pública pode optar entre o dever de convalidar e o dever de invalidar segundo critérios discricionários. É o caso de ato discricionário praticado por autoridade incompetente. Destarte, nestes casos, pode a Administração Pública, segundo um juízo subjetivo, optar se quer convalidar ou invalidar o ato viciado”. E acrescenta: “se alguém pratica em lugar de outrem um dado ato discricionário e esse alguém não era o titular do poder para expedi-lo, não poderá pretender que o agente a quem competia tal poder seja obrigado a re praticá-lo sem vício (convalidá-lo), porquanto poderá discordar da providência tomada. Se o sujeito competente não tomara a decisão em causa, porque deveria tomá-la ante o fato de que outrem, sem qualificação para isto, veio a agir em lugar dele? Por outro lado também não se poderá pretender que deva invalidá-lo, em vez de convalidá-lo, pois é possível que a medida em questão seja a mesma que ele – o titulado – teria adotado. Então, abrem-se novamente duas hipóteses: ou o agente considera adequado ao interesse público o ato que fora expedido por agente incompetente e, neste caso, o convalida, ou o reputa inadequado e, dado o vício de incompetência, o invalida. Há, pois, nessa hipótese, opção discricionária, mas é única hipótese em que há lugar para discricionário”.

Assiste razão à autora, pois, tratando-se de ato vinculado praticado por autoridade incompetente, a autoridade competente não poderá deixar de convalidá-lo, se estiverem presentes os requisitos para a prática do ato; a convalidação é obrigatória, para dar validade aos efeitos já produzidos; se os requisitos legais não estiverem presentes, ela deverá necessariamente anular o ato.

Se o ato praticado por autoridade incompetente é discricionário e, portanto, admite apreciação subjetiva quanto aos aspectos de mérito, não pode a autoridade competente ser obrigada a convalidá-lo, porque não é obrigada a aceitar a mesma avaliação subjetiva feita pela autoridade incompetente; nesse caso, ela poderá convalidar ou não, dependendo de sua própria apreciação discricionária.

Na Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), o artigo 55 estabelece que “*em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração*”. Vale dizer que a convalidação aparece como **faculdade** da Administração, portanto, como ato discricionário, somente possível quando os atos inválidos não acarretam lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros; em caso contrário, tem-se que entender que a Administração está obrigada a anular o ato, em vez de convalidá-lo. Mesmo com essa norma, acompanhamos, mais uma vez, a lição de Weida Zancaner (2008:68-69), quando entende que somente na hipótese assinalada (vício de incompetência em ato discricionário) a convalidação constitui-se em decisão discricionária do Poder Público. Nas demais hipóteses, a convalidação é obrigatória. Esse é também o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008:467), citado pela autora: “Não se trata aqui, evidentemente, de pretender sobrepor uma opinião a dicções legais, mas de questionar a constitucionalidade de preceptivos de leis. O ordenamento jurídico, como se sabe, também é integrado por *princípios gerais de Direito* que, em alguns casos, pelo menos, informam a própria postura nuclear da Constituição. O princípio da segurança jurídica certamente é um deles. Destarte, quando em um tema específico dois princípios jurídicos de estatura constitucional concorrem em prol de uma solução (na hipótese vertente, o da restauração da legalidade – que a convalidação propicia, como visto – e o da segurança jurídica), o legislador infraconstitucional não pode ignorá-los e adotar diretriz que os contrarie, relegando a plano subalterno valores que residem na estrutura medular de um sistema normativo”.

O uso do verbo **poder** no artigo 55 da Lei nº 9.784/99 não significa necessariamente que o dispositivo esteja outorgando uma faculdade para a Administração convalidar o ato ilegal, segundo critérios de discricionariedade; como em tantas outras hipóteses em que a lei usa o mesmo verbo, trata-se, no caso, de reconhecimento de um poder de convalidação que pode ser exercido na esfera administrativa, sem necessidade de procura pela via judicial. A convalidação é, em regra, obrigatória, se se pretende prestigiar o princípio da legalidade na Administração Pública.

Nem sempre é possível a convalidação. Depende do tipo de vício que atinge o ato. O exame do assunto tem que ser feito a partir da análise dos cinco elementos do ato administrativo: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

Quanto ao **sujeito**, se o ato for praticado com vício de **incompetência**, admite-se a convalidação, que nesse caso recebe o nome de **ratificação**, desde que não se trate de competência outorgada com exclusividade, hipótese em que se exclui a possibilidade de delegação ou de avocação; por exemplo, o artigo 84 da Constituição

Federal define as matérias de competência privativa do Presidente da República e, no parágrafo único, permite que ele delegue as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV aos Ministros do Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União; se estas autoridades praticarem um desses atos, sem que haja delegação, o Presidente da República poderá ratificá-los; nas outras hipóteses, não terá essa faculdade. Do mesmo modo, nas matérias de competência **exclusiva** das pessoas públicas políticas (União, Estado e Municípios) não é possível a ratificação de ato praticado pela pessoa jurídica, incompetente; no caso, o ato é inconstitucional, porque fere a distribuição de competência feita pela própria Constituição.

Também não se admite a ratificação quando haja incompetência **em razão da matéria**; por exemplo, quando um Ministério pratica ato de competência de outro Ministério, porque, nesse caso, também existe exclusividade de atribuições.

Em resumo, tratando-se de competência **exclusiva**, não é possível a ratificação.

Em relação à forma, a convalidação é possível se ela não for essencial à validade do ato (v. item 7.7.3).

Quanto ao **motivo** e à **finalidade**, nunca é possível a convalidação. No que se refere ao motivo, isto ocorre porque ele corresponde a situação **de fato** que ou ocorreu ou não ocorreu; não há como alterar, com efeito retroativo, uma situação de fato. Em relação à finalidade, se o ato foi praticado contra o interesse público ou com finalidade diversa da que decorre da lei, também não é possível a sua correção; não se pode corrigir um resultado que estava na **intenção** do agente que praticou o ato.

O **objeto** ou **conteúdo** ilegal não pode ser objeto de convalidação. Com relação a esse elemento do ato administrativo, é possível a **conversão**, que alguns dizem ser espécie do gênero convalidação e outros afirmam ser instituto diverso, posição que nos parece mais correta, porque a conversão implica a substituição de um ato por outro. Pode ser definida como o ato administrativo pelo qual a Administração converte um ato inválido em ato de outra categoria, com efeitos retroativos à data do ato original. O objetivo é aproveitar os efeitos já produzidos.

Um exemplo seria o de uma concessão de uso feita sem licitação, quando a lei a exige; pode ser convertida em permissão precária, em que não há a mesma exigência; com isso, imprime-se validade ao uso do bem público, já consentido.

Não se confunde **conversão** com **reforma**, pois aquela atinge o ato ilegal e esta afeta o ato válido e se faz por razões de oportunidade e conveniência; a primeira retroage e a segunda produz efeitos para o futuro. Exemplo: um decreto que expropria parte de um imóvel é reformado para abranger o imóvel inteiro.

### 7.11.2.11 CONFIRMAÇÃO

Embora o vocábulo seja às vezes utilizado para designar a própria convalidação, iremos utilizá-lo no sentido em que Gordillo e Cassagne, entre outros, a empregam, ou seja, para qualificar a decisão da Administração que implica renúncia ao poder de anular o ato ilegal.

No direito privado, é possível a parte prejudicada pelo ato ilegal deixar de impugná-los, nos casos de nulidade relativa; nesse caso, o ato se convalida.

No direito administrativo, já vimos que a Administração não pode ficar sujeita à vontade do particular para decretar ou não a nulidade. Mas a própria administração pode deixar de fazê-lo por razões de interesse público quando a anulação possa causar prejuízo maior do que a manutenção do ato (v. item 7.11.2.2).

A confirmação difere da convalidação porque ela não corrige o vício do ato; ela o mantém tal como foi praticado. Somente é possível quando não causar prejuízo a terceiros, uma vez que estes, desde que prejudicados pela decisão, poderão impugná-la pela via administrativa ou judicial.

Outra hipótese de confirmação é a que ocorre em decorrência da prescrição do direito de anular o ato. Seria uma confirmação tácita, ou seja, uma confirmação pelo decurso do tempo. Aqui não há propriamente renúncia da Administração, mas impossibilidade decorrente da prescrição.

### 7.11.3 REVOGAÇÃO

**Revogação** é o ato administrativo discricionário pelo qual a Administração extingue um ato válido, por razões de oportunidade e conveniência.

Como a revogação atinge um ato que foi editado em conformidade com a lei, ela não retroage; os seus efeitos se produzem a partir da própria revogação; são feitos *ex nunc* (a partir de agora).

Quer dizer que a revogação respeita os efeitos já produzidos pelo ato, precisamente pelo fato de ser este válido perante o direito.

Enquanto a anulação pode ser feita pelo Judiciário e pela Administração, a revogação é privativa desta última porque os seus fundamentos – oportunidade e conveniência – são vedados à apreciação do Poder Judiciário.

Como todo ato discricionário, a revogação deve ser feita nos limites em que a lei a permite, implícita ou explicitamente; isto permite falar em limitações ao poder de revogar:

1. não podem ser revogados os atos vinculados, precisamente porque nestes não há os aspectos concernentes à oportunidade e conveniência; se a Administração não tem liberdade para apreciar esses aspectos no momento da edição do ato, também não poderá apreciá-los posteriormente; nos casos em que a lei preveja impropriamente a revogação de ato vinculado, como ocorre na licença para construir, o que existe é uma verdadeira desapropriação de direito, a ser indenizada na forma da lei;
2. não podem ser revogados os atos que exauriram os seus efeitos; como a revogação não retroage, mas apenas impede que o ato continue a produzir

efeitos, se o ato já se exauriu, não há mais que falar em revogação; por exemplo, se a Administração concedeu afastamento, por dois meses, a um funcionário, a revogação será possível enquanto não transcorridos os dois meses; posteriormente, os efeitos terão se exaurido. Vale dizer que a revogação supõe um ato que ainda esteja produzindo efeitos, como ocorre com a autorização para porte de armas ou exercício de qualquer atividade, sem prazo estabelecido;

3. a revogação não pode ser feita quando já se exauriu a competência relativamente ao objeto do ato; suponha-se que o interessado tenha recorrido de um ato administrativo e que este esteja sob apreciação de autoridade superior; a autoridade que praticou o ato deixou de ser competente para revogá-lo;
4. a revogação não pode atingir os **meros atos administrativos**, como certidões, atestados, votos, porque os efeitos deles decorrentes são estabelecidos pela lei;
5. também não podem ser revogados os atos que integram um procedimento, pois a cada novo ato ocorre a preclusão com relação ao ato anterior;
6. não podem ser revogados os atos que geram direitos adquiridos, conforme está expresso na Súmula nº 473 do STF.

Quanto à **competência** para revogar, ficamos com a lição de Miguel Reale (1980:37): “só quem pratica o ato, ou quem tenha poderes, implícitos ou explícitos, para dele conhecer de ofício ou por via de recurso, tem competência legal para revogá-lo por **motivos de oportunidade ou conveniência**, competência essa intransferível, a não ser por força de lei, e insuscetível de ser contrastada em seu exercício por outra autoridade administrativa”.