

46. Assim, toda a dependência e subordinação do regulamento à lei, bem como os limites em que se há de conter, manifestam-se revigoradamente no caso de instruções, portarias, resoluções, regulamentos ou normas quejandas. Desatendê-los implica inconstitucionalidade. A regra geral contida no art. 68 da Carta Magna, da qual é procedente inferir vedação a delegação ostensiva ou disfarçada de poderes legislativos ao Executivo, incide e com maior evidência quando a delegação se faz em prol de entidades ou órgãos administrativos sediados em posição jurídica inferior à do Presidente e que se vão manifestar, portanto, mediante atos de qualificação menor.

47. Se o regulamento não pode criar direitos ou restrições à liberdade, propriedade e atividades dos indivíduos que já não estejam estabelecidos e restringidos na lei, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior, quais instruções, portarias ou resoluções. Se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorear-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta.

Capítulo VII

ATOS ADMINISTRATIVOS

I. Considerações introdutórias: a) Distinção entre fatos jurídicos e atos jurídicos; b) O problema da conceituação do ato administrativo; c) Os conceitos jurídicos; d) Historicidade dos conceitos jurídicos; e) Funcionalidade e não "verdade" dos conceitos; f) Critério básico para conceituação do ato administrativo. II. Ato da Administração e atos administrativos. III. Conceito de ato administrativo. IV. Perfeição, validade e eficácia. V. Requisitos do ato administrativo. VI. Elementos do ato. VII. Pressupostos do ato. VIII. O silêncio no Direito Administrativo. IX. Atributos dos atos administrativos. X. Classificação dos atos administrativos. XI. Vinculação e discricionariedade. XII. Ato administrativo "in specie". XIII. Procedimento (ou processo) administrativo. XIV. Panorama da extinção dos atos administrativos. XV. Revogação. XVI. Coisa julgada administrativa. XVII. Inválidade dos atos administrativos. XVIII. Regime jurídico dos atos inexistentes, dos nulos e anuláveis: comparação. XIX. Diferenças entre revogação e invalidação.

I. Considerações introdutórias

a) Distinção entre fatos jurídicos e atos jurídicos

1. O ato administrativo é um ato jurídico, pois se trata de uma declaração que produz efeitos jurídicos. É uma espécie de ato jurídico, marcado por características que o individualizam no conjunto dos atos jurídicos. Se não apresentasse sua própria especificidade de dentro deste gênero não haveria razão alguma para que a doutrina se afadigasse em formular seu conceito, pois bastaria o conceito de ato jurídico.

O que particulariza o ato administrativo e justifica que se formule um conceito que o isole entre os demais atos jurídicos, é a circunstância de que ele tem peculiaridades (a) no que concerne às condições de sua válida produção e (b) no que atina à eficácia que lhe é própria.

Sendo ato jurídico, aloca-se dentro do gênero fato jurídico. Este se define como: qualquer acontecimento a que o Direito imputa e enquanto imputa efeitos jurídicos. O fato jurídico, portanto, pode ser um evento material ou uma conduta humana, voluntária ou involuntária, preordenada ou não a interferir na ordem jurídica. Basta que o sistema normativo lhe atribua efeitos de direito para qualificar-se como um fato jurídico.

Não é exata a distinção habitual que se propõe a separar ato jurídico dos demais fatos jurídicos baseando-se em que o primeiro seria um comportamento humano voluntário e preordenado a desencadear efeitos jurídicos, enquanto os restantes ou seriam eventos materiais, da natureza, ou comportamentos humanos alheios ao propósito de gerar os efeitos de direito correspondentes à ação efetuada.

Há fatos jurídicos *objetivos* que não são eventos da natureza, acontecimentos materiais. A prescrição, a decadência, são *relações* entre o decurso do tempo e a inércia do titular do direito. Ambos têm sido reconhecidos universal e pacificamente como fatos jurídicos, em sentido estrito. Entretanto, não são acontecimentos da natureza ou materiais. O próprio tempo não é nem uma coisa nem outra e também não é bastante para produzir os efeitos que *in casu* lhe são atribuídos, pois cumpre que esteja associado a uma inércia qualificada de dados sujeitos. O termo, inicial ou final, também não é fato material ou da natureza, inobstante se categorize como fato jurídico objetivo.

2. Além disso, há atos jurídicos — *administrativos* — que não são necessariamente comportamentos humanos voluntários. Podem surgir “casualmente”, isto é, sem que seu produtor haja pretendido expedi-los e, portanto, sem propósito algum de gerar-lhes os correspondentes efeitos.

Tomemos como exemplo a seguinte hipótese. Suponha-se que um agente público encarregado de interferir, quando necessário, em uma central controladora dos semáforos da cidade (ou de certa parte dela), dirigida normalmente por computador, inadvertidamente aperte um botão concernente a um dado sinal luminoso de trânsito. Isto decorre que em certa esquina o sinal verde, isto é, a ordem “siga”, acende três, quatro ou cinco segundos antes do que estava programado e, correspondentemente, ilumina-se o sinal vermelho, isto é, a ordem “pare”, no outro ângulo do cruzamento. Por força disso haverá produzido, sem querer, as *ordens mencionadas, que são atos jurídicos administrativos*. E poderá, mesmo, jamais saber que o fez.

É o que ocorreria se estivesse conversando com outro funcionário, de costas para o teclado, havendo nele tocado sem sequer se aperceber disto. Não houve qualquer manifestação volitiva e houve ato jurídico administrativo.

Figure-se, agora, a mesma central controladora de semáforos, comandada por um computador e que vá promovendo o cambiar de luzes em função de sinais de radar indicadores dos níveis de congestionamento de tráfego na região. Quem estará efetuando as sucessivas ordens de “siga” ou “pare”, simbolizadas pela cor das luzes, é uma máquina; não um homem. Aliás, no futuro, certamente serão comuns atos praticados por máquinas. Hoje mesmo já existem outros casos além do indicado. Há “parquímetros” que expedem multas, uma vez excedido o prazo de estacionamento. Têm-se nestes casos, portanto, demonstrações de que pode haver atos administrativos que não são produzidos por homens. Não se pode, de outro lado, falar em uma vontade da máquina que os expede.¹

3. Não seria contra-argumentação satisfatória alegar-se que por detrás de cada ato existe o homem que programou o computador, assim como sua vontade. Seria forçado imaginar-se que alguém produz atos — como no exemplo da central controladora de sinais — cujo conteúdo varia sem que aquele a quem se queira imputar a vontade de emití-los (o programador) possa antecipadamente saber quantas vezes os produzirá, que conteúdo terão ao certo (pois ora será “siga”, ora “pare”) e em que momento serão emitidos. E que o programado será apenas a liberação da passagem de veículos onde houver maior afluxo, e retenção dela onde for menor, com variações temporais nestas alternâncias, dependendo das oscilações de velocidade e número de veículos nas circunvizinhanças.

Se, em tal hipótese, fosse cabível atribuir a vontade de produzir tais atos ao programador, dever-se-ia, por idêntica razão, considerar que nos demais atos administrativos, sobreposse nos vinculados, a vontade não é a do agente que expede as declarações jurídicas, mas do legislador, pois ele, tal como o programador, também “programa” os atos que deverão ser expedidos pelos servidores administrativos.

Agregue-se que, nos atos inteiramente vinculados, a vontade do agente que os produz é irrelevante, pois a decisão a ser tomada já está predefinida por completo na lei. Tanto isto é exato que a doutri-

1. Cf. Tomás Hutchinson, “La actividad administrativa, la máquina y el Derecho Administrativo”, *RDP* 55-56/37-45, notadamente pp. 41-43.

na reconhece como válidos os atos totalmente vinculados produzidos por funcionário em estado de loucura sempre que a decisão tomada haja sido aquela mesma que a lei antecipadamente impunha como a única admissível.

Atos vinculados são aqueles que a Administração pratica sob a égide de disposição legal que predetermina antecipadamente e de modo completo o comportamento único a ser obrigatoriamente adotado perante situação descrita em termos de objetividade absoluta. Destarte, o administrador não dispõe de margem de liberdade alguma para interferir com qualquer espécie de subjetivismo quando da prática do ato. Exemplo: aposentadoria, a pedido, de servidor que conte com 60 anos de idade e 35 de contribuição (Constituição, art. 40, § 1º, III, "a").

De toda sorte, basta o exemplo do ato vinculado praticado por acaso ou o expedido por servidor louco — a quem o *Direito não reconhece vontade* — para verificar-se que os critérios mencionados para separar atos jurídicos de outras espécies de fatos jurídicos não resistem a uma crítica acurada e menos ainda resistirão na medida em que comecem a proliferar atos produzidos por máquinas.

4. Isto posto, cabe indagar: como, a final, haver-se-á de proceder à distinção entre ato jurídico e outras espécies de fatos jurídicos?

Ao nosso ver a solução é a seguinte. Atos jurídicos são *declarações*, vale dizer, são enunciados; são "falas" prescritivas. O ato jurídico é uma *pronúncia* sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela *deverá ser*. Fatos jurídicos não são declarações; portanto, não são prescrições. Não são falas, não pronunciam coisa alguma. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele. Onde, a distinção entre ato jurídico e fato jurídico é simplicíssima.

Toda vez que se estiver perante uma dicção prescritiva de direito (seja ela oral, escrita, expressada por mímica ou sinais convencionais) estar-se-á perante um ato jurídico; ou seja, perante um comando jurídico. Quando, diversamente, se esteja ante um evento não prescritivo ao qual o Direito atribua consequências jurídicas estar-se-á perante um fato jurídico.

5. O interesse da distinção entre ato jurídico e fato jurídico, para o Direito Administrativo, reside em que a Administração não só produz atos jurídicos mas também fatos jurídicos, e é preciso, então, separar os atos administrativos dos fatos da Administração, o que só é possível depois destes esclarecimentos. Este discrimen precisa ser feito porque, como além se verá, (a) atos administrativos podem ser

anulados e revogados, dentro dos limites do Direito; fatos administrativos não são nem anuláveis, nem revogáveis; (b) atos administrativos gozam de presunção de legitimidade; fatos administrativos não; (c) o tema da vontade interessa nos atos administrativos denominados (ainda que a terminologia não seja boa) *discricionários*, isto é, naqueles em cuja prática a Administração desfruta de certa margem de liberdade; nos fatos administrativos nem se poderia propô-lo.

b) O problema da conceituação do ato administrativo

6. O Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ensina que a origem da expressão *ato administrativo* é a seguinte: "A expressão *ato administrativo* surgiu no direito após a Revolução Francesa. Antigamente conheciam-se, sem gênero, os atos do Rei, os atos do Fisco etc. O primeiro texto legal que fala em atos da Administração Pública, em geral, foi a Lei de 16.8.1790, a qual vedava aos Tribunais Judiciários conhecer de 'operações dos corpos administrativos'. Depois, a mesma interdição constou da Lei de 16 Frutidor, do Ano III, relativamente aos 'atos de administração de qualquer espécie'. Referindo-se a essa lei, o Diretório, de 2 Germinal, do Ano V, declarava que por 'atos de administração' se deviam entender os executados por ordem do governo, por seus agentes imediatos, sob sua fiscalização, e com fundos fornecidos pelo Tesouro.

"A primeira explicação científica de *ato administrativo* encontra-se no *Repertório Guizot-Merlin*, na sua 4ª edição, de 1812, onde se define como 'ordenança ou decisão de autoridade administrativa, que tenha relação com a sua função'."

Entre nós, como em geral ocorre nos vários países, não há definição legal de ato administrativo. Sendo assim, não é de estranhar que os autores divirjam ao conceituá-lo.

Com efeito, tratando-se de uma noção teórica pela qual se busca abarcar sob uma denominação comum um certo número de atos que

2. Atos discricionários (assim impropriamente chamados, porque discricionários, na verdade, são aspectos da competência em seu exercício) são aqueles cuja prática exige do administrador, por força da maneira como a lei regulou a matéria, que sopesse as circunstâncias concretas do caso, de tal modo que seja inevitável uma apreciação *subjetiva* sua quanto à melhor maneira de proceder para dar correto atendimento à finalidade legal. V. ao respeito ns. 82-94.

3. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, 3ª ed., 2ª tir., Malheiros Editores, 2010, p. 474.

possuem afinidades recíprocas, compreende-se o surgimento de discrepâncias entre os estudiosos. De fato, nada há que obrigue, do ponto de vista lógico, a uma coincidência de opiniões sobre a qualidade ou o número dos traços de afinidade que devam ser comparilhados pelos atos designáveis por tal nome; isto é: pelo nome "ato administrativo".

Enquanto certos autores reputam suficiente uma dada quantidade de traços de similitude, outros requererão outra quantidade — maior ou menor — de aspectos comuns para, à vista deles, considerarem presente a figura típica que se propõem a batizar com o rótulo de "ato administrativo". Além disso, podem divergir — e divergem — não apenas com relação à quantidade de elementos adotados como radical desta categoria de atos, mas também com relação ao critério seletivo; ou seja, divergem inclusive quanto à própria natureza dos traços a serem eleitos como fatores relevantes para determinação da similitude dos atos abarcáveis sob a denominação em apreço.

Como as palavras são meros rótulos que sobrepomos às coisas, nenhum jurista pode reivindicar para si o direito de formular uma noção que seja "a verdadeira", excludente de quaisquer outras, pois isto equivaleria a irrogar-se a qualidade de legislador, ou seja, a inculcar-se o poder (autoatribuído) de delimitar o âmbito de abrangência de uma expressão que a lei não circunscreveu de modo unívoco.

Sendo assim, o que importa realmente para quem se propõe a discorrer sobre ato administrativo é esclarecer preliminarmente de que objeto está tratando, deixando explícito qual o campo da realidade que vai ser cogitado, no que esclarecerá o interlocutor a respeito daquilo sobre que versará o discurso científico.⁴

Para bem compreender esta relativa liberdade de conceituação ocorrente no caso, impende fazer certos esclarecimentos.

c) Os conceitos jurídicos

7. Os conceitos jurídicos, em geral, e entre eles o de "ato administrativo", não são mais que termos relacionados de normas, pontos de aglutinação de efeitos de direito. Não passam, então, de sistematizações, de classificações. Como o Direito resume-se a "imputar certas consequências a determinados antecedentes", o trabalho do

4. V. a respeito de critério conceitual a insuperável exposição de Agustín Gordillo, *El Acto Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, pp. 19-27.

jurista consiste em conhecer a *disciplina aplicável às diversas situações*. Ora, o procedimento lógico requerido para organizar tal conhecimento e torná-lo produtivo, eficiente, supõe a identificação das situações aparentadas entre si quanto ao regime a que se submetem.

Cada bloco ou grupo de situações *parificadas pela unidade de tratamento legal* recebe — para fins de organização do pensamento — um nome, que é a rotulação de um conceito; vale dizer: o simples enunciado da palavra evoca no espírito uma noção complexa, formada pelos diversos elementos agregados em uma unidade, que deram margem ao conceito jurídico. Este, portanto, nada mais é que a *sistematização*, a organização, a classificação, pois, mediante a qual foram agrupados mentalmente, em um todo unitário, determinados acontecimentos qualificados pelo Direito.

Em suma: cada conceito é um conjunto. O critério de inclusão ou de exclusão de alguma realidade para formar o conjunto (o conceito) muitas vezes é, de antemão, construído pelo direito positivo, ao passo que, outras vezes, não há esta prévia aglutinação de componentes. Quando é outorgado pelo próprio direito positivo o estudioso já encontra *pronta*, organizada previamente, uma relação de situações que o direito unificou ao eleger, por antecipação, os fatores que ditam a intrusão de tais ou quais realidades jurídicas, de tais ou quais "fatos", dentro do conjunto (conceito).

Assim sucede, por exemplo, quando conceitua "compra e venda", "hipoteca", "doação" etc. Sabemos que algo se subsume a estas noções, a estas categorias (é dizer: a estes conceitos) quando reproduz os traços que a lei elegeru como necessários e bastantes para que se tenha presente a figura em apreço. *Via de consequência, sabemos também* (consultando as normas pertinentes) *quais as regras que se aplicam ao ocorrerem ditas figuras, pois, a final, é isto o que realmente interessa e que justifica a elaboração dos conceitos jurídicos*.

8. Diversamente, quando a lei não aglutina previamente certas realidades debaixo de uma nomenclatura, é o estudioso do Direito quem trata de promover estas aglutinações. Para tanto toma (ou pelo menos deve tomar) como referenciais uma coleção de traços arrecadados no direito positivo e, com base neles, constrói o conceito jurídico que lhe interessa. Este funciona como *continente* de um plexo de situações e realidades em que comparecem os traços que — consciente ou inconscientemente — adotou como radicais dos "fatos" erigidos em *conteúdo* do conceito que formula.

Sendo este o processo lógico de formação dos conceitos que não foram antecipadamente elaborados pela lei como produto pronto e acabado, pode-se entender porque há certa liberdade na composição deles e porque são variáveis conforme o doutrinador que os propõe, sem que disto redunde, necessariamente, o caráter errôneo de um dos conceitos postos em conflito.

As divergências podem ocorrer com respeito às propriedades imputadas ao objeto, isto é, aos traços de similitude adotados, como podem suceder em relação à quantidade de elementos escolhidos para tal fim. Em síntese: os traços colecionados por quem formula um conceito não são sempre os mesmos respigados por outros estudiosos, surgindo daí, inevitavelmente, conceitos diversos, objetos de pensamento de diferentes extensões, ou, por qualquer modo, descoincidentes.

Percebe-se, pois, que um conceito é a operação lógica pela qual se fixam pontos de referência convencionais, que servem como indicadores de realidades parificadas pelos pontos de afinidade previamente selecionados por quem o formulou. Em suma: o conceito é uma delimitação de objetos de pensamento sintetizados sob um signo breve adotado para nomeá-los (uma palavra). Ora, nada constrange logicamente um estudioso a proceder tal delimitação de maneira coincidente com a realizada por outro jurista.

9. A utilidade destas "sínteses", denominadas *conceitos jurídicos*, reside em que estratificam um ponto de referibilidade de normas, de efeitos de direito. Se a lei não demarca previamente o complexo de normas assim isoladas de baixo de um termo unitário, os doutrinadores o fazem; mas é evidente que, em tal caso, ao seccionarem, dentro da totalidade das situações normatizadas pelo direito positivo, por um dado conjunto, procedem segundo critérios próprios, por isso mesmo variáveis de autor para autor. Quer-se dizer: as combinações que podem adotar nesta operação de associar efeitos de direito são muito variadas, resultando daí diferentes noções. Eis por que os estudiosos não são concordes ao conceituar ato administrativo, direito administrativo, revogação, concessão, serviço público etc. Sem embargo, os dissídios doutrinários ocorrentes travar-se-ão dentro de uma área limitada porque há alguns pontos de referência que circunscrevem de algum modo o campo aonde vão se ferir as controvérsias.

d) Historicidade dos conceitos jurídicos

10. Desde logo, ao procurarem formular um conceito, os doutrinadores estão cingidos aos dados do próprio direito positivo, portanto, aos efeitos de direito previstos nas regras contidas no interior do sistema jurídico que procuram conhecer. Além do mais, mesmo quando propugnam por noções discrepantes, o dissídio se processa exatamente porque — como se disse — organizam diferentemente, selecionam de modo vário, os elementos que coletaram, os quais, todavia, são recolhidos a partir de alguma indicação. Esta, embora um tanto genérica ou imprecisa, de todo modo já circunscreve uma parcela do sistema jurídico positivo, reduzindo, assim, a arena aonde vão se ferir os debates e proliferar as discórdias.

Então, por exemplo, quando são contrapostos diferentes conceitos de revogação, todos eles, por muito que se distanciem, estarão reportados a um ato de retirada, isto é, declaração jurídica — e não mero fato — que incide com força ablatória sobre outro ato e não sobre um fato — (ou sobre seus efeitos). Além disso, convergirão, também, em que dita intervenção não se destina a deter apenas provisoriamente (como a suspensão) as consequências do ato precedente, mas se preordena a cancelar em definitivo o fluxo de efeitos visados. Nota-se, pois, que há, sempre, algum ponto de concórdia. Todos têm por referência demarcadora da esfera sobre a qual vão incidir os pontos de vista dissonantes, atos ablatórios que fazem cessar definitivamente os efeitos de outros atos.⁵ Para alguns só será revogação se praticada pela mesma autoridade que emanou o ato revogado. Para outros este requisito não entra em pauta. Determinados autores exigirão, como elementos característico do conceito, que incida sobre ato válido, requisito a que nem todos dão relevo. Certos teóricos entendem de qualificar a noção como gênero, includente tanto de extinção em razão de mérito quanto de legitimidade. A maioria — conforme doutrina corrente e moente no Brasil — considera haver revogação quando o ato de retirada se estriba em motivos de conveniência e oportunidade.

Há, pois, múltiplos conceitos, porém, todos em algum ponto, percorrem a mesma linha. Alguma relação sempre existe entre eles,

5. Ao respeito Julio Pratt observa: "Todos están de acuerdo en que la revocación es una forma de extinguir el acto administrativo. Pero las diferencias provienen en cuanto al órgano que extingue, a la causal que se invoca para la extinción y la naturaleza de la actividad desarrollada para lograr la extinción" (*Derecho Administrativo*, Acali Editorial, Montevideo, 1977, t. III, vol. II, p. 187).

exatamente porque se estampam dentro de um campo circunscrito pela mesma moldura.

Como se nota, há sempre uma área de coincidência. Nem poderia ser de outro modo. Sendo as palavras rótulos convencionais, o uso que delas se faz é a partir do ponto *convencionado em al-gum instante histórico*. Ao depois, vai se afastando dele por razões múltiplas. As mutações do direito positivo, as diferenças entre os vários países, a crítica doutrinária feita no afã de aperfeiçoar estas sistematizações que são os conceitos, as divergências entre os autores, vão determinando a gradativa perda de univocidade de um conceito originalmente estável ou relativamente estável em sua significação.

e) *Funcionalidade e não "verdade" dos conceitos*

II. Vale notar que a pacificação doutrinária ou jurisprudencial — quando ocorra — em torno de um conceito, não significa, de modo algum, que este sucesso se deva ao fato de ter sido encontrado o conceito "verdadeiro", o "certo". Em verdade, dado o caráter *convencional* do conceito, terá havido simplesmente a imposição ou a difusão maior dele, em face do prestígio de quem o propôs ou, afinal, por qualquer outra razão que haja contribuído para a adoção daquele "padrão", daquele "modelo" representativo de um conjunto de elementos arrecadados nas indicações do direito positivo.

De todo o exposto, percebe-se que é completamente vã a procura de um conceito *verdadeiro*, excluído de quaisquer outros, por falsos, com *validade universal para ato administrativo*. É erro essencialmente vitando supor que o *produto* de uma associação de realidades agrupadas em função de um *dado direito positivo*, possa ou, sobretudo, *deva* ser reconhecida como a *verdadeira*, a *correta*, em outros direitos positivos. Se tal atributo, frequentemente, consoante se expôs, não pode ser irrogado nem mesmo no interior de um mesmo sistema jurídico-positivo, dado o caráter convencional dos conceitos não formulados pelo sistema normativo, muito menos poderiam ambicionar esta qualificação com pretensões à universalidade.

Portanto, reunião de pontos de afinidade colecionados a partir de um sistema jurídico-positivo pode até mesmo impor-se como paradigma de um dado conceito, influenciando, então, outras legislações ou sendo reproduzida pelos doutrinadores estranhos ao país onde se originou. Tal fato, porém, não lhe confere a prerroga-

tiva de ser "o conceito universalmente verdadeiro", ainda que lhe outorgue um carisma de prestígio nos vários países cujos estudos prestem reverência a noções advindas de centros cientificamente bem-reputados.

Este caráter estipulativo da linguagem e a função sistematizada dos conceitos, com as consequências daí resultantes, particularmente para o Direito estão luminosamente expostos nos trabalhos notáveis de Genaro Carrió⁶ e Agustín Gordillo,⁷ nos quais basicamente nos subsidiámos.

12. Resulta, pois, que a formulação do conceito de ato administrativo — como o de qualquer outro não expandido pelo direito positivo — há de nortear-se por um critério de utilidade, isto é, de "funcionalidade" ou, como habitualmente temos dito, de "operatividade". Vale dizer: não há um conceito *verdadeiro* ou *falso*. Portanto, deve-se procurar adotar um que seja o mais possível útil para os fins a que se propõe o estudioso.⁸

A mesma coisa sucede no que atina ao conceito de ato administrativo. Uns, nele incluem os regulamentos. Outros consideram indesejável a inclusão, sob color de que, tendo caráter geral e abstrato, apresentam características e efeitos discrepantes dos demais.⁹

6. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 4ª reimpr., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1972.

7. *El Acto Administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1969, pp. 17-27.

8. Agustín Gordillo resume admiravelmente esta problemática com as seguintes considerações, que merecem cita literal: "La definición de la palabra 'acto administrativo' requiere primero la clasificación de las distintas actividades de tipo administrativo, dentro de las cuales ubicaremos a una especie que definiremos de alguna manera: a su vez, la misma especie 'acto administrativo', ya definida, puede dar lugar a nuevas y más minuciosas clasificaciones, que constituirán ahora subespecies de actos administrativos. Esto permite ya adelantar que en la escala descendente de clasificaciones, del total de la actividad administrativa hasta el más ínfimo y reducido acto concreto que se analice, puede colocarse en cualquier grado o escala a la 'definición de 'acto administrativo': esta palabra no cumple otra función que la de ordenar y sistematizar los conocimientos que se quieren transmitir sobre el total de la actividad administrativa, desde sus principios mas generales hasta las nociones mas detalladas; cualquiera sea la amplitud o la restricción que le otorguemos a la definición de todos modos ella será válida: será más o menos útil, cómoda o incómoda, según el caso, pero no 'verdadera' o 'falsa'" (*El Acto ...*, cit., pp. 26-27).

9. Assim Zanobini, para quem o regulamento é materialmente lei (*Corso di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, vol. I, 1936, pp. 67 e ss. e p. 278). Em contrário Cino Vitta, o qual, todavia, distingue ato administrativo em sentido amplo, dentro no qual se inclui o regulamento, e em sentido estrito que o exclui (*Diritto Amministrativo*, vol. I, Editrice Torinese, 1937, vol. I, pp. 272-273).

Certos, autores, sob o título ato administrativo, admitem tanto os atos internos, cujos efeitos só se processam no interior do Estado, quanto aos externos, cujos efeitos extravasam a pessoa do Estado.¹⁰

Com esta posição nem todos são concordantes. De todo modo, afora estas, dentre muitas outras discórdias conceituais, todos se pacificam em reservar esta expressão a atos correspondentes ao exercício de funções típicas do Executivo; a dizer, expressivas das manifestações estatais que, normalmente, são peculiares a este conjunto orgânico.

José Roberto Dromi, opinando pela rejeição do regulamento na categoria ato administrativo, fundamenta-se em que: "La importancia de la distinción no es un mero ejercicio dialéctico; su trascendencia practica es indudable ya que los regímenes jurídicos de la norma (reglamento) y del acto son distintos, en cuanto a la protección jurisdiccional, posibilidad de revocación, jerarquía dentro del orden normativo, publicidad o notificación, efectos de los recursos y alcance de la vigencia, entre otros aspectos. No obstante ello, debe reconocerse que existen algunos principios comunes al reglamento y al acto administrativo, particularmente, en materia de nulidades y vicios" (*Instituciones de Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1973, p. 192).

Agustín Gordillo enuncia nove pontos distintivos entre o regime jurídico do regulamento e dos atos concretos; a saber: 1) a proteção jurisdiccional dá-se diretamente contra o ato individual e só indiretamente contra os regulamentos, sem ter efeito extintivos sobre este; 2) o ato particular é irrevogável, embora dentro de certos limites, e o regulamento é revogável, respeitadas as situações individuais nascidas sob seu amparo; 3) o regulamento contém regras gerais e o ato administrativo uma regra concreta, donde a subordinação do segundo ao primeiro; 4) a forma de publicidade é distinta: publicação para o regulamento, notificação para o ato concreto; 5) o regulamento não pode ser retroativo, o ato concreto pode em certos casos; 6) a faculdade de ditar regulamentos — segundo o autor, é restrita — a de emissão de atos concretos é competência comum do Executivo; 7) a interposição de recurso contra ato concreto tem efeito suspensivo, segundo uma parte da doutrina, ao passo que este efeito inexistente no caso dos regulamentos; 8) o regulamento tem vigência formal permanente — até que seja modificado — e constante produção de efeitos jurídicos, o ato concreto se esgota no próprio caso concreto; 9) o regulamento é, em consequência mesmo da característica anterior, fonte do direito administrativo ao contrário do ato concreto (*El Acto Administrativo*, 2ª ed., corrigida e aumentada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, pp. 101 e ss.).

10. Zanolini, *Curso* ..., cit., pp. 278-279. Forti repudia a distinção, entendendo que tudo se reduza a atos que produzem efeitos jurídicos e atos que não os produzem. Acresce, ademais, que o grande número de atos chamados internos, ao contrário do afirmado com frequência, não se exaure na intimidade de uma só pessoa mas repercute sobre terceiro, seja o funcionário seja o administrado (*Direito Administrativo*, 3ª ed., vol. II, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1937, pp. 81-83). Cassagne (*El Acto Administrativo*, Abeledo-Perrot, 1974, p. 100) exclui do conceito de atos administrativos os atos que são produto de relações interorgânicas e os emanados da atividade interadministrativa.

f) Critério básico para conceituação do ato administrativo

13. Como a noção de ato administrativo surgiu para individualizar um tipo de ato estatal, marcado por características contrapostas às dos atos civis (*privados*) e às dos atos típicos dos poderes Legislativo e Judiciário (*lei e sentença, respectivamente*), parece ser um processo adequado para construção de seu conceito reunir os elementos que os fazem distintos de uns e de outros.

Por sem dúvida, a partir deste balizamento será possível circunscrever de modo ainda mais estrito o âmbito de abrangência que se reconhecerá à voz *ato administrativo*. Para tanto bastará acrescentar aos caracteres de contraposição encontrados, outros traços de especificação, procedendo a discriminações no interior deste bloco de atos, a fim de conferir maior funcionalidade ao conceito. Isto é, poder-se-á reservar o nome *ato administrativo* (em sentido estrito) a uma fração deles, tendo em conta novas características postas em pauta e buscadas no interior deste conjunto de atos.

II. Atos da Administração e atos administrativos

14. Antes de indicar a acepção em que será tomada a expressão "ato administrativo", convém, inicialmente, ressaltar que não se devem confundir atos da Administração com atos administrativos, como alerta Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,¹¹ porque:

A) A Administração pratica inúmeros atos que não interessa considerar como atos administrativos, tais:

a) *Atos regidos pelo Direito Privado*, como, por exemplo, a simples locação de uma casa para nela instalar-se uma repartição pública. O Direito Administrativo só lhes regula as condições de emanção, mas não lhes disciplina o conteúdo e correspondentes efeitos.

Uma vez que seu conteúdo não é regido pelo Direito Administrativo e que não é acompanhado pela força jurídica inerente aos atos administrativos, reputamos mais adequado excluí-los de tal categoria. Trata-se de pura opção sistemática, tão plausível quanto a dos que os incluem entre os atos administrativos.¹²

11. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, cit., vol. I, p. 475.

12. Alguns autores, como Agustín Gordillo por exemplo, sustentam que tais atos devem ser considerados atos administrativos, exatamente porque é o Direito Administrativo, como, aliás, deixamos registrado, que lhes governa as condições de válida produção, de sorte que o controle deles se faz à moda do que corresponde aos atos

b) *Atos materiais*, tais o ministério de uma aula, uma operação cirúrgica realizada por médico no exercício de sua atividade como funcionário, a pavimentação de uma rua etc.

Por não serem sequer atos jurídicos, também não há interesse em qualificá-los como atos administrativos. Estes comportamentos puramente materiais da Administração denominam-se "atos administrativos".

c) *Atos políticos ou de governo*, praticados com *margem de criação e diretamente em obediência à Constituição*, no exercício de função puramente política, tais o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, *sub color* de que é contrária ao interesse público, etc.

Por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar. Inobstante *também sejam controláveis pelo Poder Judiciário* são praticados de modo amplamente discricionário, além de serem expedidos em nível imediatamente infraconstitucional — ao invés de infralegal —, o que lhes confere fisionomia própria (sobre atos discricionários v. ns. 86-98).

Pelo quanto se disse, entretanto — já se vê —, atribuímos à noção de ato político ou de governo relevância totalmente diversa da que lhe é conferida pela doutrina europeia. Esta os concebe para efeitos de qualificá-los como atos insuscetíveis de controle jurisdicional, entendimento que repelimos de modo absoluto e que não se coadunaria com o Texto Constitucional brasileiro, notadamente com o art. 5º, XXXV.

B) De outro lado, há atos que *não são praticados pela Administração Pública, mas que devem ser incluídos entre os atos administrativos*, porquanto se submetem à mesma disciplina jurídica

administrativos, inclusive com a arguição dos mesmos vícios (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, Macchi, 1979, pp. II-30 e II-39). Pretende, ainda, que a admissibilidade de atos de Direito Privado por parte da Administração só seria concebível para quem admitisse a dupla personalidade do Estado, doutrina, de resto, totalmente superada. Esta última crítica não procede; notoriamente, pessoas físicas e pessoas jurídicas de Direito Privado — e o próprio autor o refere — também praticam atos de Direito Público. Nem por isto haver-se-á de entender que têm dupla personalidade. O certo é que os atos em questão submetem-se a um regime misto, o que, aliás, também é admitido pelo ilustre administrativista. Em sentido contrário, isto é, pela exclusão destes atos da categoria dos atos administrativos, cite-se, entre os administrativistas argentinos, Juan Carlos Cassagne, que examina a matéria com muita propriedade (*Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, pp. 97 e 105).

aplicável aos demais atos da Administração, habitualmente reputados como atos administrativos. Por exemplo, os atos relativos à vida funcional dos servidores do Legislativo e do Judiciário, praticados pelas autoridades destes Poderes, ou as licitações efetuadas nestas esferas.

15. Em face do exposto, verifica-se que a noção de ato administrativo não deve depender, isto é, não deve ser tributária, da noção de Administração Pública (conjunto de órgãos do Poder Executivo, autarquias e demais sujeitos da Administração indireta), porque, de um lado, nem todo ato da Administração é ato administrativo e, de outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública.

III. Conceito de ato administrativo

16. Já agora, após estes preliminares, é possível conceituar ato administrativo como: *declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes — como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.*

Cumpré esclarecer, entretanto, que pode haver alguma hipótese excepcional na qual a Constituição regule de maneira inteiramente vinculada um dado comportamento administrativo *obrigatório*. Em casos desta ordem poderá, então, haver ato administrativo imediatamente infraconstitucional, pois a ausência de lei, da qual o ato seria providência jurídica de caráter complementar, não lhe obstará à expedição.

Ressaltam-se as seguintes características contidas no conceito:

- a) trata-se de declaração jurídica, ou seja, de manifestação que produz efeitos de direito, como sejam: certificar, criar, extinguir, transferir, declarar ou de qualquer modo modificar direitos ou obrigações;
- b) provém do Estado, ou de quem esteja investido em prerrogativas estatais;
- c) é exercida no uso de prerrogativas públicas, portanto, de autoridade, sob regência do Direito Público. Nisto se aparta dos atos de Direito Privado;
- d) consiste em providências jurídicas complementares da lei ou excepcionalmente da própria Constituição, sendo aí estritamente

vinculadas, a título de lhes dar cumprimento. Com isto diferencia-se o ato administrativo da lei. É que os atos administrativos são infralegais e nas excepcionabilíssimas hipóteses em que possa acudir algum caso atípico de ato administrativo imediatamente infraconstitucional (por já estar inteiramente descrito na Constituição um comportamento que a Administração deva obrigatoriamente tomar mesmo à falta de lei sucessiva) a providência jurídica da Administração será, em tal caso, ao contrário da lei, plenamente vinculada;

e) sujeita-se a exame de legitimidade por órgão jurisdicional. Vale dizer, não possui definitividade perante o Direito, uma vez que pode ser infirmada por força de decisão emitida pelo Poder estatal que disponha de competência jurisdicional: entre nós, o Poder Judiciário. Com isto diferencia-se o ato administrativo da sentença.

17. O conceito que se acaba de dar corresponde a uma noção de ato administrativo em *sentido amplo*. Abrange, pois, atos gerais e abstratos, como costumam ser os *regulamentos*, as instruções (e muitas resoluções), e atos convencionais, como os chamados *contratos administrativos*.

Ao lado deste conceito pode-se formular um conceito de ato administrativo em *sentido estrito*. Assim, restringe-se a noção a uma categoria menor de atos, associados por uma quantidade maior de traços de afinidade, excluindo-se dela tanto os atos abstratos (como os regulamentos, instruções etc.) quanto os atos convencionais (como os "contratos administrativos").

18. Em acepção estrita pode-se conceituar ato administrativo com os mesmos termos utilizados, acrescendo as características: concreção e unilateralidade. Daí a seguinte noção: declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

IV. Perfeição, validade e eficácia

19. O ato administrativo é *perfeito* quando esgotadas as fases necessárias à sua produção. Portanto, ato perfeito é o que completou o ciclo necessário à sua formação. Perfeição, pois, é a situação do ato cujo processo de formação está concluído.

20. O ato administrativo é *válido* quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo. Vale dizer, quando se encontra adequado aos requisitos estabelecidos pela ordem jurídica. Validade, por isto, é a adequação do ato às exigências normativas.

Abre-se aqui um parêntese expositivo pela conveniência de referir a tese kelseniana de que *existência e validade são uma só e mesma coisa*. Diz ele: "Com a palavra 'validade' (*Geltung*) designamos o modo de existência específico das normas" (*Theorie Pure du Droit*, trad. francesa da 2ª ed. da *Reine Rechtslehre*, por Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 13). E em outra de suas obras lê-se: "Esta validade de uma norma é a sua específica existência ideal. O fato de que uma norma 'seja válida' significa que existe. Uma norma que não 'seja válida' não é uma norma, por não ser uma norma que existe" (*Teoria Generale delle Norme*, trad. italiana da edição pós-tuma do *Allgemeine Theorie der Normen*, por Mirella Torre sob os cuidados de Mario Losano, Giulio Einaudi Ed., Torino, 1985, p. 54).

Data maxima venia, trata-se, ao nosso ver, de um equívoco deste mestre notável que de hábito reverenciamos. Para que se possa predicar validade ou invalidez de uma norma — relembre-se que, para Kelsen, um ato administrativo será uma *norma* individual — cumpre, antes, que ela exista. Este não é apenas um pressuposto lógico, mas especificamente jurídico. Por isto, de outra feita escrevemos: "O ato de invalidar (o ato de declarar diretamente ou de reconhecer, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade de uma lei) pressupõe, de logo, que se esteja perante uma norma integrante do sistema e pressupõe, outrossim, não apenas logicamente, mas também juridicamente, que o ato dessarte atacado seja *inválido*". É o nisto que se distinguirão os fundamentos jurídicos de uma invalidação e de uma revogação. E, logo ao diante, grafamos: "Ao nosso ver, a demonstração mais cabal e irretorquível de que existência, pertinência de uma norma a dado sistema, e validade são noções absolutamente inconfundíveis *tem-se no fato de que, no exame da inconstitucionalidade "incidenter tantum", o juiz não aplica uma norma jurídica por considerá-la inconstitucional, ou seja "carente de validade", "inválida", mas nem por isto a expulsa do sistema (falece-lhe atribuição para fazê-lo), o que só ocorre na ação direta de inconstitucionalidade. A norma em questão continuará a existir dentro do sistema, mas sua validade terá sido questionada como algo autónomo em relação à existência e proclamada como suficiente para*

impedir sua aplicação ao caso concreto. Vale dizer: o juiz assume que a invalidade de uma norma é coisa diversa de sua existência ou pertinência ao sistema. Para, 'incidenter tantum' desaplicar uma regra que houve por inconstitucional, o pronunciamento judicial *res-tringe-se ao tema da validade da lei perante a Constituição*. É o quanto bastaria para ter-se que rejeitar a tese kelseniana de que 'validade é a forma específica de existência de uma norma jurídica'. Não é. Deveras, como visto, *nega-se validade a ela, por ser este o único fundamento para desaplicá-la no caso concreto*, mas não se nega, nem se interfere com sua existência" ("Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com Emenda Constitucional superveniente", in *RTDP* 23/16).

Cumprido, de passagem, anotar que ao se dizer, como frequentemente ocorre, que a invalidação é *constitutiva* não se está necessariamente dizendo que a invalidade passou a existir a partir do momento da invalidação. Esta seria a posição de Kelsen, que acabamos de contraditar. É preciso distinguir duas coisas: a circunstância de algo ser inválido e a circunstância de um órgão habilitado pelo Direito, ao reconhecer que algo é inválido, produzir o efeito de atribuir consequências jurídicas correspondentes ao sobreredito reconhecimento. Ao dizer-se que ela é constitutiva pode-se estar pretendendo afirmar simplesmente — como o fazemos nós — que, somente ao efetuar-se a invalidação, passam a surtir as consequências que correspondem à invalidade, as quais, antes disto, não ocorriam. Pois, embora a invalidade desde sempre haja sido um fato existente de direito, é, todavia apenas *potencialmente* relevante, pois falta-lhe, até a pronúncia da invalidade, um qualificativo que o Direito reclama para que emerge: a *atualidade* jurídica de sua invalidade. A invalidação é, então, um ato *constitutivo formal*, no sentido em que a expressão é usada por O. A. Bandeira de Mello (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., Malheiros Editores, 2010, n. 45.2, pp. 435, 437, *in fine*, letra d, e 438), e não constitutivo material, pois não agrega substancialmente nada que o objeto qualificado já não possuísse em si mesmo. Agrega-lhe, sem embargo, algo vital para a qualificação jurídica dele.

21. O ato administrativo é *eficaz* quando está disponível para a produção de seus efeitos próprios; ou seja, quando o desencadear de seus efeitos típicos não se encontra dependente de qualquer evento posterior, como uma condição suspensiva, termo inicial ou ato controlador a cargo de outra autoridade.

Eficácia, então, é a situação atual de disponibilidade para produção dos efeitos típicos, próprios, do ato.

22. Distinguem-se os efeitos *típicos*, ou próprios, dos efeitos *atípicos*. Os primeiros são efeitos correspondentes à tipologia específica do ato, à sua função jurídica. Assim, é próprio do ato de nomeação habilitar alguém a assumir um cargo; é próprio ou típico do ato de demissão destituir funcionário do serviço público. Os efeitos atípicos, decorrentes, embora, da produção do ato, não resultam de seu conteúdo específico.

Os efeitos atípicos podem ser de dupla ordem: efeitos *preliminares* ou *prodromicos* e efeitos *reflexos*. Os preliminares existem enquanto perdura a situação de pendência do ato, isto é, durante o período que intercorre desde a produção do ato até o desencadeamento de seus efeitos típicos. Serve de exemplo, no caso dos atos sujeitos a controle por parte de outro órgão, o dever-poder que assiste a este último de emitir o ato controlador que funciona como condição de eficácia do ato controlado. Portanto, foi efeito atípico *preliminar* do ato controlado acarretar para o órgão controlador o dever-poder de emitir o ato de controle.

Efeitos *reflexos* são aqueles que refluem sobre outra relação jurídica, ou seja, que *atingem terceiros* não objetivados pelo ato. Quer-se dizer: ao incidir sobre uma dada situação, o ato atinge outra relação jurídica que não era seu objeto próprio. Os efeitos reflexos, portanto, são aqueles que alcançam terceiros, pessoas que não fazem parte da relação jurídica travada entre a Administração e o sujeito passivo do ato. É o caso do locatário de imóvel desapropriado. Neste bom exemplo de Flávio Bauer Novelli,¹³ nota-se que, perdido o imóvel pelo proprietário desapropriado (sujeito passivo do ato expropriatório), o locatário vê rescindida a relação jurídica de locação que entretinha com o ex-proprietário (efeito reconhecido no art. 5º, parágrafo único, da Lei 8.245, de 18.10.1991). É lógico que o efeito típico da desapropriação foi destituir a propriedade de seu *dominus*, e não rescindir a locação. Este é *mero efeito reflexo* da desapropriação.

23. Nota-se, por conseguinte, que um ato pode ser:

- a) perfeito, válido e eficaz — quando, concluído o seu ciclo de formação, encontra-se plenamente ajustado às exigências legais e está disponível para deflagração dos efeitos que lhe são típicos;
- b) perfeito, *inválido* e eficaz — quando, concluído seu ciclo de formação e *apesar de não se achar conformado às exigências normativas*, encontra-se produzindo os efeitos que lhe seriam inerentes;

13. "Eficácia do ato administrativo", *RDA* 60/21-25 e 61/29 e 30.

c) perfeito, válido e *ineficaz* – quando, concluído seu ciclo de formação e estando adequado aos requisitos de legitimidade, ainda não se encontra disponível para eclosão de seus efeitos típicos, por depender de um termo inicial ou de uma condição suspensiva, ou autorização, aprovação ou homologação, a serem manifestados por uma autoridade controladora;

d) perfeito, *inválido* e *ineficaz* – quando, esgotado seu ciclo de formação, sobre encontrar-se em desconformidade com a ordem jurídica, seus efeitos ainda não podem fluir, por se encontrarem na dependência de algum acontecimento previsto como necessário para a produção dos efeitos (condição suspensiva ou termo inicial, ou aprovação ou homologação dependentes de outro órgão).

V. Requisitos do ato administrativo

24. Usa-se a expressão “elementos do ato administrativo” para indicar os requisitos do ato.¹⁴ Costuma-se dizer que o ato administrativo pode ser decomposto em elementos, como abstração visando a facilitar-lhe o estudo.¹⁵ Este procedimento de decomposição responderia à *anatomia* do ato, tendo em vista exame de sua eventual *patologia*, isto é, dos vícios que, porventura, possa apresentar.¹⁶

Não há concordância total entre os autores sobre a identificação e o número de elementos;¹⁷ porém, frequentemente, a divergência

14. Terminologia diversa é adotada pelo Prof. Osvaldo Aranha Bandeira de Mello – que, aliás, desdobra a análise destas figuras, nominando-as “causas” do ato administrativo. Vale-se desta expressão no sentido aristotélico-tomista de “causas do ser” (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., vol. I, Malheiros Editores, 2010, pp. 503 e ss.).

15. Diversamente, o ilustre administrativista Afonso Rodrigues Queiró afirma que a decomposição em elementos serve apenas para complicar o exame do ato. São suas estas palavras: “O agir da Administração está sempre ligado à verificação de determinados factos ou situações a que a norma administrativa alude. E já vimos que estes factos, a competência e os fins ou atribuições da Administração são essencialmente uma e a mesma coisa. São formas ou modos de ser duma mesma realidade, ou dum mesmo conceito jurídico que se costuma subdividir, quase se diria para obscurecer obstinadamente os problemas de Direito Administrativo” (*Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*, Coimbra Editora, 1940, p. 19).

16. Umberto Fragola, *Gli Atti Amministrativi*, 2ª ed., Nápoles, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1964, p. 12.

17. Não há concordância sequer quanto à expressão a ser utilizada. No Brasil fala-se quase que unanimemente em “elementos”. Na doutrina europeia e latino-americana tanto se encontra a taxinomia “elementos” como “requisitos”. Há quem

(ou, pelo menos, parte dela) procede ora de discordâncias terminológicas, ora de que, por vezes, os autores englobam em um único elemento aspectos que em outros autores encontram-se desdobrados. Apesar das desavenças aludidas, poder-se-ia relacionar como elementos habitualmente referidos os seguintes: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade.¹⁸ Não é incomum encontrar-se, também, menção à “vontade”.¹⁹ Vejamos, numa palavra, em que consistiria cada qual. Ao depois, estudaremos a matéria com a detença requerida.

25. *Sujeito* é o autor do ato; quem detém os poderes jurídicos-administrativos necessários para produzi-lo; *forma* é o revestimento externo do ato: sua exteriorização; objeto é a disposição jurídica expressada pelo ato: o que ele estabelece. A expressão, com este sentido, é infeliz. Seria melhor denominá-la *conteúdo*. *Motivo* é a situação objetiva que autoriza ou exige a prática do ato; *finalidade* é o bem

distinga “elementos” de “requisitos”. É o caso de Pietro Virga (*Il Provvedimento Amministrativo*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1968, pp. 164 e ss. e 199 e ss.).

18. José Roberto Dromi registra a variedade classificatória, conceitual e terminológica existente entre os administrativistas, averbando: “(...) los tratadistas no están de acuerdo acerca de cuáles son dichos elementos, ni tampoco sobre su contenido o significado. Del mismo modo, no siempre un mismo elemento es denominado de igual manera: es lo que ocurre, por ejemplo, con la causa, que algunos denominan motivo; o con el objeto, que para un sector de la doctrina equivale a contenido; o con el sujeto, también denominado competencia” (*Instituciones de Derecho Administrativo*, Editorial Astrea, 1973, p. 197).

Acrescentamos que alguns chamam de motivo ao que outros chamarão de móvel (intenção), isto é, finalidade do agente. Algumas vezes, os autores explicitam – como é de desejar – o porquê da opção terminológica, nos casos em que a rotulação pode induzir a equívocos sobre a extensão do objeto lógico rotulado. Assim, Juan Carlos Cassagne, observando, com muita razão, que a problemática suscitada pelo autor do ato é mais ampla que a simples discussão de competência, opta por falar em “elemento subjetivo” (*El Acto Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, p. 187).

De outra parte, Guido Zanobini alerta para o fato de que não só a palavra “conteúdo” tem mais adequado poder evocativo que “objeto”, para nomear o que se quer referir com ela, como também adverte que “objeto”, em sentido próprio corrente, tem acepção diversa. Registra que conteúdo é aquilo que se decide e objeto é aquilo sobre que se decide (*Curso di Diritto Amministrativo*, 3ª ed., vol. I, Pádua, CEDAM, 1944, p. 293). André Gonçalves Pereira, adotando taxinomia diversa, faz a mesma distinção, ao separar o “objeto imediato” do “objeto mediato” (*Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, Lisboa, Ática, 1962, p. 100).

19. Numerosos autores acrescentam o elemento “vontade”, que, para outros, fica absorvido no sujeito ou competência, ao passo que o citado André Gonçalves Pereira, como, de resto, muitos doutrinadores, nega tratar-se de elemento essencial. Aliás, dito autor contesta, ainda, que a finalidade seja elemento autônomo (ob. e loc. cit.).

jurídico a que o ato deve atender. *Vontade* é a disposição anímica de produzir o ato, ou, além disto, de atribuir-lhe um dado conteúdo.

É fácil perceber-se que, dentre estes chamados "elementos", nem todos realmente o são. Donde a impropriedade do uso da palavra para designar o conjunto batizado sob tal rótulo. Com efeito, o termo "elementos" sugere a ideia de "parte componente de um todo". Ocorre que alguns deles, a toda evidência, não podem ser admitidos como "partes" do ato, pois lhe são *exteriores*, conforme se verá adiante, ao tratarmos destes distintos tópicos.

26. Preferimos, pois, sistematizar o assunto de outro modo, levando em conta que, dentre os assim chamados, dois são, realmente, elementos, ou seja, realidades intrínsecas do ato. Em uma palavra, componentes dele, a saber: o conteúdo e a forma. Não, porém, os outros. Daí separarmos os elementos do ato e os *pressupostos* do ato.²⁰ Estes últimos, de seu turno, distinguem-se em *pressupostos de existência*, ou seja, condicionantes de sua existência, e *pressupostos de validade*, ou seja, condicionantes de sua lisura jurídica.²¹

São pressupostos de existência o *objeto* e a *pertinência* do ato ao exercício da função administrativa.²² Os pressupostos de validade são: 1) pressuposto *subjeto* (sujeito); 2) pressupostos *objetivos*

20. Cajaville Peluffo, tal como o fazemos, separa elementos e pressupostos do ato. Assim, sem prejuízo de diferenças no interior de tal sistematização, são reconhecíveis pontos de contato entre os modelos que ambos adotamos. O autor referido assim esclarece sua posição: "Los *presupuestos* del acto son circunstancias extrínsecas al acto en sí mismo, que deben existir en el momento en que el acto se perfecciona. Los *presupuestos* del acto condicionan su validez". E, pouco adiante: "*Elementos* del acto administrativo son sus componentes, aquello de lo cual el acto está formado, lo que lo integra o constituye; son por tanto intrínsecos al acto" ("Invalidez de los actos administrativos", in *Dos Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, Editorial Universidad, p. 79).

21. Sem embargo, convém observar que não apresenta subido relevo a discussão sobre nomes (elementos, causas, requisitos e pressupostos). O que efetivamente importa é adotar um modelo de análise que leve em conta o conjunto de "objetos de pensamento" úteis para ressaltar os diferentes aspectos a serem examinados quando se quer avaliar as condições de produção e validade do ato administrativo. Com efeito, a teoria dos "elementos" (ou requisitos, causas etc.) tem por *função* proporcionar a delimitação daquilo que é necessário ter em mente para exame da produção e validade do ato administrativo. Logo, a melhor sistematização do tema será aquela que de maneira coerente proponha um esquema mental capaz de realçar o maior número de pontos importantes para o exame da produção e validade do ato administrativo.

22. Ao estabelecermos este discrimen entre os pressupostos, incluindo os pressupostos de existência, alteramos a sistematização que adotávamos até a 7ª edição deste *Curso*.

(motivo e requisitos procedimentais); 3) pressuposto *teleológico* (finalidade); 4) pressuposto *lógico* (causa); e 5) pressupostos *formalísticos* (formalização). Quanto à *vontade*, não a incluímos nem entre os elementos — pois, quando existente ou quando valorada pelo Direito, precede o ato, sendo, pois, impossível considerá-la como parte componente dele²³ —, nem entre os pressupostos, por se tratar de uma realidade psicológica, e não jurídica. Sem embargo, ter-se-á de examiná-la em apartado.

Sem os elementos não há *ato algum*, administrativo ou não. Ou seja, inexistirá o próprio ser que se designa pelo nome de ato jurídico.

Sem os pressupostos de existência faltará o indispensável para a produção jurídica daquele objeto constituído pelos elementos, isto é, para o surgimento de um ato jurídico qualquer (administrativo ou não, válido ou inválido), ou, então, faltará o requerido para a qualificação dele como *ato administrativo* (válido ou inválido).

Sem os pressupostos de validade não haverá *ato administrativo válido*.

No interior da sistematização aludida, consideraremos as várias figuras habitualmente nominadas como elementos. Além delas mencionaremos também a formalização, os requisitos procedimentais e a causa, pois, segundo a sistematização que propomos, devem ser incluídos para que se tenha um panorama geral sobre os fatores concernentes à produção e à validade do ato administrativo.

VI. Elementos do ato

Conteúdo

27. *Conteúdo* — normalmente designado objeto, por muitos doutrinadores — é aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. É, em suma,

23. Sobre a distinção entre a vontade e o ato jurídico, vejam-se as magistrais e insubstituíveis lições de Hans Kelsen (*Theorie Pure du Droit*, trad. francesa por Charles Eisenmann da 2ª ed., da *Reine Rechtslehre*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 2-14). É particularmente interessante a seguinte passagem conclusiva: "A existência de uma norma positiva ... (e lembre-se que para Kelsen as normas podem ser gerais e individuais, sendo o ato jurídico concreto uma norma individual) ... sua validade, é coisa distinta da existência objetiva. A norma pode valer quando este ato de vontade já não exista mais. É preciso mesmo ir muito mais longe: a norma não *adquire validade, não entra em vigor, senão quando este ato de vontade cessou de existir*" (p. 14). O grifo é nosso.

a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica. Em última instância, é o *próprio ato*, em sua essência.

Ato cujo conteúdo seja ilícito evidentemente é inválido, ensejando a decretação de nulidade. Registre-se que, para a lisura do ato no que concerne a este aspecto, não basta a verificação de que o ato, por seu conteúdo, não contraria a lei. É preciso mais: cumpre que seja *permitido* (ou imposto, conforme o caso) pela lei. É que o princípio da legalidade no Direito Administrativo, consoante já se viu ao tratar do regime jurídico administrativo e dos princípios constitucionais que o informam no Direito brasileiro, exige não apenas relação de não contradição com a lei, mas demanda relação de subsunção, isto é, de conformidade com a lei (cf. Capítulo I, n. 60, e Capítulo II, ns. 9 e 10).

Preferimos a expressão “conteúdo” à expressão “objeto”, acolhendo o ensinamento de Zanobini, segundo quem o *conteúdo* dispõe *sobre alguma coisa*, que é, esta sim, o objeto do ato. Com efeito, quem decide, decide alguma coisa *a respeito* de outra coisa. O conteúdo e o objeto seriam duas realidades perfeitamente distintas.

Forma

28. *Forma* é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência. A forma pode, eventualmente, não ser obrigatória, isto é, ocorrerá, por vezes, ausência de prescrição legal sobre uma *forma determinada*, exigida para a prática do ato. Contudo, não pode haver ato sem forma, porquanto o Direito não se ocupa de pensamentos ou intenções enquanto não traduzidos exteriormente. Ora, como *a forma é o meio de exteriorização do ato*, sem forma não pode haver ato.

Não se deve confundir forma, na acepção enunciada, com *formalização*,²⁴ que é um modo específico de apresentação da forma, ou seja, uma dada solenização requerida para o ato. Esta última é um pressuposto formalístico.

24. Havíamos sempre usado a expressão “formalidade”, ao invés de “formalização”. Preferimos, entretanto, substituí-la por esta segunda maneira de dizer. Isto porque a expressão “formalidade” sugere algo sem importância, de pouco relevo, o que certamente não é o caso. Haverá hipóteses em que alguma formalização específica seja menos importante, mas outras haverá em que aspectos da formalização serão relevantíssimos, como é o caso da “motivação” do ato.

VII. Pressupostos do ato

1) Pressupostos de existência

29. *Objeto* é aquilo sobre que o ato dispõe. Não pode haver ato sem que exista algo a que ele esteja reportado. É certo que, se o conteúdo do ato fala sobre algo, é porque este algo constitui-se em realidade que com ele não se confunde e, de outro lado, que o objeto não é um elemento do ato, pois não o integra. Dantes o considerávamos absorvido no conteúdo, ao invés de erigi-lo em aspecto de relevância autônoma, por entender que tal opção sistematizadora era mera questão didática, resolúvel indiferentemente de um ou de outro modo. A solução era incorreta.

Razão assiste a Weida Zancaner ao qualificar o objeto como “condição” ou “pressuposto de existência do ato”, trazendo à colação argumentos por força dos quais depreende-se que nem mesmo didaticamente é aconselhável deixar de destacá-lo.²⁵

Sem objeto – material e juridicamente possível – *não pode surgir ato jurídico algum*, seja ele administrativo ou de qualquer outra tipologia. Um ato, isto é, um conteúdo exteriorizado, que incida sobre um objeto inexistente é um ato inexistente, um não ato. Vale dizer: pode ter existência material, apenas, ou, então, apresentar-se como mero fato. Juridicamente relevante, mas ato jurídico não será. Logo, não poderá ser ato administrativo.

Lafayette Pondé apresenta alguns exemplos reais, como: intimação, por edital, a funcionário já falecido; licença outorgada a pes-

25. Argumenta, procedentemente, a autora em questão: “O conteúdo, realmente, tem que se referir a um objeto; todavia, nada obsta, lógica ou faticamente, que esse objeto possa inexistir ou ser impossível juridicamente (...) se no mundo fenomênico o conteúdo sempre irá se referir a um objeto, seja este real ou ideal, existente ou não, nas declarações jurídicas não é qualquer objeto que serve como suporte para a manifestação de um conteúdo. Destarte, a afirmação de que num conteúdo há implícita referência a um objeto não pode ser extrapolada para o Direito, pois há objetos que não servem de sustáculo à emanção de uma declaração jurídica e a análise da existência ou viabilidade jurídica do objeto refere-se ao plano da existência ou perfeição do ato e não, exclusivamente, como pretendem alguns, ao plano de sua validade (...). Ele é condição de existência do ato, pois sua ausência, ou a existência de um objeto impossível de ser albergado pelo ordenamento jurídico, não torna o ato inválido, mas, ao menos em nosso entender, o faz material ou juridicamente impossível, conforme o caso (...). Portanto, é a conjugação dos elementos do ato – conteúdo e forma –, com seu pressuposto de existência – o objeto –, que nos conduz à ideia de perfeição” (*Da Convalidação e da Invalidação do Ato Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008, pp. 36-37).

soa desconhecida, isto é, a funcionário que a autoridade confessa não saber quem seja, por ilegível o nome; decreto que exonera, por motivo de falecimento, dado servidor.²⁶

30. Pertinência à função administrativa.²⁷ Se o ato não for imputável ao Estado, no exercício da função administrativa, poderá haver ato jurídico, mas não haverá ato administrativo. Ainda aqui, não é uma questão de validade, mas de existência de um ato tipologicamente qualificável como administrativo.

De fora parte os atos advindos de órgãos ou entidades estatais, há atos imputáveis ao Estado e qualificáveis igualmente como administrativos a despeito de não provirem de entidades governamentais. É o que se passa tanto no caso, raro e excepcional, da gestão de negócios, visto que tais pessoas estarão atuando como agentes públicos (cf. Capítulo V, n. 10, "b") no exercício de função administrativa, quanto nas hipóteses corriqueiras da concessão de serviço público ou de delegação de função pública com relação aos atos de autoridades nela envolvidas, o mesmo se podendo dizer, correspondentemente, para as concessões de obra pública.

Igual situação ter-se-á no caso de particulares requisitados ao desempenho de atividade administrativa.

2) Pressupostos de validade

A) Sujeito (pressuposto subjetivo)

31. Sujeito é o produtor do ato. Evidentemente, quem produz um dado ser não se confunde nem total nem parcialmente com o ser produzido; logo, não pode ser designado, com propriedade, como elemento dele. Verifica-se, pois, que o sujeito é exterior ao ato.

Sob este tópico — atinente ao sujeito — deve-se estudar a capacidade da pessoa jurídica que o praticou, a quantidade de atribuições do órgão que o produziu, a competência do agente emissor e

26. "O ato administrativo, sua perfeição e eficácia", *RDA* 29/19.

27. Função administrativa é a função estatal, exercida normalmente pelo Poder Executivo e seus sujeitos auxiliares e atipicamente por órgãos de outros Poderes, sempre na conformidade de um regime hierárquico, e que, tal como resulta do sistema constitucional brasileiro, caracteriza-se juridicamente pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais vinculados, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

a existência ou inexistência de óbices à sua atuação no caso concreto. Por exemplo: se o agente não estava afastado (por suspensão, férias, licença) ou impedido (por parentesco próximo, por temporária suspensão de sua competência).²⁸

Claro está que vício no pressuposto subjetivo acarreta invalidade do ato.

B) Motivo (pressuposto objetivo)

32. Motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato. Logo, é externo ao ato. Inclui-se o antecedente. Por isso não pode ser considerado como parte, como elemento do ato.

O motivo pode ser previsto em lei ou não. Quando previsto em lei, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista. Quando não há previsão legal, o agente tem liberdade de escolha da situação (motivo) em vista da qual editará o ato. É que, mesmo se a lei não alude expressamente aos motivos propiciatórios ou exigentes de um ato, nem por isto haverá liberdade para expedir-lo sem motivo ou perante um motivo qualquer. Só serão de aceitar os que possam ser havidos como implicitamente admitidos pela lei à vista daquele caso concreto, por corresponderem a supostos fáticos idôneos para demandar ou comportar a prática daquele específico ato, espelhando, dessarte, sintonia com a finalidade legal. Vale dizer: prestantes serão os motivos que revelem pertinência lógica, adequação racional ao conteúdo do ato, ao lume do interesse prestigiado na lei aplicanda.

Além disto, em todo e qualquer caso, se o agente se embasar na ocorrência de um dado motivo, a validade do ato dependerá da existência do motivo que houver sido enunciado. Isto é, se o motivo que invocou for inexistente, o ato será inválido. É esta vinculação do administrador ao motivo que houver alegado que se conhece doutrinariamente como "teoria dos motivos determinantes", à qual se fará referência a breve trecho.

Assim, por exemplo, se o agente disser que remove o funcionário tal por ausência de trabalho suficiente no local em que pres-

28. É o que sucede em relação aos atos de remoção *ex officio* nos períodos imediatamente pré e pós-eleitorais.

ta serviço, o ato será inválidável se o funcionário demonstrar que, pelo contrário, havia acúmulo de serviço na unidade em que trabalhava.

Consideremos alguns exemplos de motivo: o motivo da dissolução de uma passeata perturbadora da ordem pública é a real ocorrência de *acontecimento tumultuoso*. O motivo da interdição de uma fábrica poluidora da atmosfera é a existência real da *poluição* causada por ela.

Motivo do ato e motivo legal

33. Cumpre distinguir motivo do ato de motivo legal. Enquanto este último é a previsão *abstrata* de uma situação fática, empírica, o *motivo do ato* é a *própria situação material*, empírica, que efetivamente serviu de suporte real e objetivo para a prática do ato. É evidente que o ato será viciado toda vez que o motivo de fato for coincidente com o motivo legal.

34. Para fins de análise da legalidade do ato, é necessário, por ocasião do exame dos motivos, verificar:

- a) a materialidade do ato, isto é, verificar se realmente ocorreu o motivo em função do qual foi praticado o ato;
- b) a correspondência do motivo existente (e que embasou o ato) com o motivo previsto na lei.

Cabe salientar que, em certos casos, o “motivo legal” é descrito de uma situação insuscetível de ser reduzida a uma objetividade absoluta, inquestionável. Por exemplo: quando a lei proíbe comportamentos públicos atentatórios à moral. Em situação desta ordem, o motivo de um ato que reprima comportamentos desta qualificação haverá de ser a imoralidade deles. Ora, a noção de “moralidade” não é determinável, em todos os casos, com rigor absoluto, indiscutível. Consequentemente, caberá à autoridade proceder a uma “valoração” do motivo, isto é, competir-lhe-á ajuizar (segundo um critério em que interfere, inevitavelmente, certo teor de subjetividade) se uma dada conduta deve ou não ser catalogada como respondendo à hipótese legal de imoralidade.

35. Este critério subjetivo de valoração do fato tem limites. É certo que pode haver dúvidas em muitos casos. Haverá, contudo, hipóteses-limites em que, de acordo com os padrões culturais vigen-

tes, a conduta seja positivamente havida como imoral ou, pelo contrário, positivamente havida como não imoral.

Então, se o agente exceder-se nesta “valoração” do motivo, ao ajuizar sobre a correspondência entre o motivo de fato e o motivo legal, o ato será, igualmente, viciado. Isto é, se qualificar como imoral uma conduta que manifestamente não o seja de acordo com os padrões sociais vigentes, o ato será ilegítimo. Em rigor, pode-se dizer, em tais casos, que simplesmente não terá ocorrido o motivo que a lei requeria para tornar admissível a emissão do ato.

Motivo e móvel

36. Não se deve confundir motivo, situação objetiva, real, empírica, com *móvel*, isto é, *intenção*, propósito do agente que praticou o ato.

Motivo é realidade *objetiva e externa* ao agente. É um antecedente, exterior ao ato, que transcorre na realidade empírica, servindo de suporte à expedição do ato.

Móvel é representação *subjetiva, psicológica, interna* do agente e correspondente àquilo que suscita a vontade do agente (intenção).

O papel da vontade no ato administrativo

37. A vontade – e, portanto, o *móvel do agente* – só é relevante nos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária; isto é, naqueles atos cuja prática exige do administrador, por força da maneira como a lei regulou a matéria, que sopesse as circunstâncias concretas do caso, de tal modo que seja inevitável uma apreciação *subjetiva* sua quanto à melhor maneira de proceder para dar correto atendimento à finalidade legal.

Nestes casos, se o móvel do agente for viciado por sentimentos de favoritismo ou perseguição, o ato será inválido.²⁹

29. Consoante mais além melhor se aclara, o que vicia o ato em casos do gênero é o objetivo descompasso entre o ato e a finalidade da lei, e não meramente o vício de vontade, pois o que importa não é se o agente quis ou não atender à lei, mas se a atendeu ou desatendeu (cf. nosso *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 11ª tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2012, Capítulo II, especialmente Título IX).

Reversamente, o exame da vontade — e, portanto, o *móvel do agente* — é absolutamente irrelevante quando o ato for completamente vinculado, ou seja: quando a lei predetermina antecipadamente, de modo objetivo e completo, o único possível comportamento administrativo perante motivo por ela já caracterizado em termos que inadmitam qualquer subjetivismo quanto ao reconhecimento de sua existência. É o que sucederia, e.g., no deferimento de aposentação requerida por servidor público que contasse com 35 anos de contribuição.³⁰

Deveras, nos atos inteiramente vinculados a vontade do agente não tem importância para efeito algum. É notório o exemplo de ato vinculado praticado por servidor louco e que, apesar disto, é válido se expedido nos termos em que teria que sê-lo.³¹

Motivo e motivação

38. Não se confunde o motivo do ato administrativo com a “motivação” feita pela autoridade administrativa. A motivação integra a “formalização” do ato, sendo um requisito formalístico dele (cf. ns. 53 e ss.). É a *exposição* dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a *enunciação da relação de pertinência lógica* entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou como base para editar o ato. Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como “causa” do ato administrativo, noção que será melhor esclarecida a breve trecho (cf. ns. 50 e ss.).

O dever de motivar e as consequências de sua violação

39. Questão importante é a de saber-se se a enunciação dos motivos do ato (ou seja, a “motivação” dele), *contemporânea à prática*

30. Na hipótese suposta, o deferimento da aposentadoria seria obrigatório, ex vi do art. 40, § 1º, III, “a”, da Constituição. É bem de ver, outrossim, que o reconhecimento da existência do tempo necessário para obtê-la não comporta subjetivismo algum. Antes, é de caráter estritamente objetivo.

31. Cf. Ernest Forsthoft, *Traité de Droit Administratif Allemand*, trad. da 9ª ed. alemã, de 1966, Bruxelas, ed. Émile Bruylant, 1969, p. 327. O autor, contudo, a nosso ver erradamente, não cifra a hipótese aos atos obrigatórios de conteúdo vinculado. Pelo contrário: generaliza a conclusão.

do ato, ou pelo menos anterior a ela, é obrigatória (ou quando o será) e, conseqüentemente, se a falta de motivação, só por si, é causa de invalidade do ato (ou quando o será).

Não há uniformidade de posições ao respeito. O ilustre Professor e Desembargador Antônio Carlos de Araújo Cintra, em monografia excelente, de indispensável leitura, resenha as distintas orientações e registra a tendência universal, na doutrina e jurisprudência, em prol do “alargamento da extensão de incidência da necessidade de se motivarem os atos administrativos”. O mesmo o faz, em relação ao Direito Positivo e à jurisprudência, Florivaldo Dutra de Araújo, cuja monografia merece, igualmente, os melhores encômios.³²

De todo modo, é certo que alguns — perfilhando a tese mais retrógrada — consideram obrigatória a motivação apenas quando a lei a imponha;³³ outros, inversamente, entendem que a motivação é sempre obrigatória,³⁴ finalmente, outros fazem-na depender da natureza do ato, quer a lei haja exigido explicitamente sua enunciação, quer haja silenciado ao respeito.³⁵

32. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, São Paulo, Ed. RT, 1979, Capítulo V, especialmente pp. 114 e ss., e *Motivação e Controle do Ato Administrativo*, Belo Horizonte, Del Rey, 1992, Capítulo V, respectivamente.

33. Esta, evidentemente, é a posição mais antiga e vem, progressivamente, perdendo força na doutrina e jurisprudência de todos os países.

34. Sirva de exemplo a posição do eminente administrativista uruguaio Alberto Ramón Real, em artigo notável: “La fundamentación del acto administrativo”, in *Revista de Derecho Público* 27/111 e ss., Universidad de Chile, janeiro-julho/1980, ou depois também publicado no Brasil in *RDP* 62/5 e ss., abril-junho/1982, ou de Agustín Gordillo (que apenas excepciona o caso dos atos tácitos), em seu *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 3, Buenos Aires, Macchi, 1979, pp. X-6 e ss.

35. Dentre as variantes possíveis, quanto a este último posicionamento, cite-se a orientação de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, para quem é necessário distinguir entre atos vinculados e discricionários. De acordo com este autor, como o que importa é a coincidência do ato com a lei, *tratando-se de atos vinculados*, ainda quando faltante a enunciação dos motivos exigida por lei, o ato não será inválido se vier a ser provado que a decisão tomada era aquela mesma que a lei impunha. Já, se se tratar de *ato discricionário*, a falta de motivação, quando demandada pela lei ou pela *natureza do ato*, em princípio, acarreta sua invalidade, admitindo-se, todavia, a possibilidade de demonstração de que foi lissamente praticado, isto é, sem desvio de poder, e em perfeita consonância com o que o interesse público demandava no caso concreto. Em caso de dúvida, todavia, a presunção será de invalidade. Restaria saber quando a *natureza do ato* reclama motivação. Segundo o autor, ela seria necessária nas seguintes hipóteses: (a) quando limitador da esfera jurídica dos administrados; (b) quando recusa pretensões destes; (c) quando revogador de atos anteriores e, em consequência, atinge situações jurídicas dos administrados; (d) quando altera precedentes administrativos; (e) quando reforma decisão tomada em nível inferior; (f) quando decide em

40. Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, *contemporânea à prática do ato*, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são "donos" da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, "todo o poder emana do povo (...)" (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como "Estado Democrático de Direito" (art. 1º, *caput*), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a "cidadania" (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o *direito* de saber *por que* foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam.

Há de se entender que as razões expostas, em princípio, exigem mais do que a simples enunciação *ulterior* das razões que o estribaram, vez que para ciência *a posteriori* bastaria o supedâneo fornecido pelos incisos XXXIII e XXXIV, "b", do art. 5º, segundo os quais, e respectivamente, é garantido aos administrados o direito de receber dos órgãos públicos "informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral", e obter "certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal".

Acresce que, se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição e Código de Processo Civil, art. 458, II), e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas (inciso X do citado art. 93), *a fortiori* deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes.

41. Sem embargo — e nisto acompanhamos uma vez mais, como é habitual, as lições do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello —, em se tratando de atos *vinculados* (nos quais, portanto, já está predefinida na lei, perante situação objetivamente identificável, a única providência qualificada como hábil e necessária para atendimento do interesse público), o que mais importa é *haver ocorrido o motivo* perante o qual o comportamento era obrigatório, passando para segundo plano a questão da motivação. Assim, se o ato não houver sido

contrário a pareceres técnicos e elementos constantes do processo administrativo; (g) quando determina comportamentos, como as ordens, por exemplo; (h) quando aplica sanções em decorrência de procedimento administrativo disciplinar e (i) quando emite opiniões, como os pareceres. Cf. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., vol. I, Malheiros Editores, 2010, pp. 537-539.

motivado, mas for possível demonstrar ulteriormente, de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entre-dúvida, que o motivo *exigente* do ato preexistia, dever-se-á considerar *sanado o vício do ato*.

Entretanto, *se se tratar de ato praticado no exercício de competência discricionária*,³⁶ salvo alguma hipótese excepcional, há de se entender que o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, "fabricar" razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato. Contudo, *nos casos em que a lei não exija motivação*, não se pode, consoante dito, descartar alguma hipótese excepcional em que seja possível à Administração demonstrar e de maneira absolutamente inquestionável que (a) o motivo extemporaneamente alegado preexistia; (b) que era idôneo para justificar o ato e (c) que tal motivo foi a razão determinante da prática do ato. Se estes três fatores concorrerem há de se entender, igualmente, que o ato se convalida com a motivação ulterior.

Registre-se que a Lei 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 2º, dispõe que nos processos administrativos serão observados, entre outros critérios, o da "indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão" (inc. VII). Com isto parecia que generalizou o dever de motivar. Sem embargo, o art. 50 contradiz tal entendimento, pois estatui que os atos administrativos deverão ser motivados nas hipóteses ali indicadas, levando à conclusão de que excluiu o dever de motivar fora dos casos que arrolou em seus incisos I a VIII. É verdade, reconheça-se, que neles abrangeu um universo amplo de situações; a saber: as de negar, limitar ou afetar direitos e interesses; impor ou agravar deveres, encargos ou sanções; decidir processos de concurso ou seleção pública; dispensar ou declarar inexigibilidade de licitação; decidir recursos administrativos; apreciar matéria em reexame de ofício; deixar de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepar de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; e anular, revogar, suspender ou convalidar ato administrativo. Como se vê, aí não estão incluídos atos ampliativos de direito em que a Administração promove situações

36. V. ns. 82-94, para o conceito de atos praticados no exercício da discricção.

favoráveis aos administrados. Cumpre não esquecer que são também muito temíveis os favoritismos em prol de apaniguados ou correligionários políticos. A restrição do dever de motivar às hipóteses arroladas no art. 50 parece-nos inconstitucional.

A Lei 10.177, de 30.12.1998, que regula o processo administrativo na Administração do Estado de São Paulo, em seu art. 4º, ao arrolar os princípios que o governam, nele inclui a motivação, e no art. 8º declara inválidos os atos administrativos que desatendam aos pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou aos princípios da Administração, especialmente nos casos de "falta ou insuficiência de motivação" (inc. VI).

Teoria dos motivos determinantes

42. A propósito dos motivos e da motivação, é conveniente, ainda, lembrar a "teoria dos motivos determinantes".

De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de "motivos de fato" falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

C) Requisitos procedimentais (pressuposto objetivo)

43. Requisitos procedimentais são os atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato. Consistem em outros atos jurídicos, produzidos pela própria Administração ou por um particular, sem os quais um certo ato não pode ser praticado. Assim, por exemplo, o ato de nomeação de um funcionário para cargo efetivo só poderá ser expedido depois da série de atos que compõem o concurso público para o qual o interessado se classificou. Igualmente, o ato de adjudicação em uma concorrência só pode ocorrer após o ato de classificação do licitante colocado em primeiro lugar. A seu turno, o ato de classificação não pode ser produzido antes do ato de habilitação do concorrente. O ato substanciado no

alvará de licença para edificar depende, para ser expedido, de um ato do particular solicitando a licença. Este pedido, portanto, é condição para a prática do ato que expede a licença.

Tanto o motivo como os requisitos procedimentais são condições para a prática de um certo ato. Mas diferem porque o motivo é um "fato jurídico", ao passo que o pressuposto procedimental é um ato jurídico.

D) Finalidade (pressuposto teleológico)

44. *Finalidade* é o bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele *comportados*. Em outras palavras: é o objetivo inerente à categoria do ato. "Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei", pois o ato administrativo caracteriza-se por sua tipicidade, que é "o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder às figuras definidas previamente em lei como aptas a produzir determinado resultado", conforme ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.³⁷

Consideremos os mesmos exemplos trazidos à colação a propósito dos motivos, nos casos mencionados no n. 32, agora para localizar a finalidade amparada.

A finalidade do ato que dissolve passeata tumultuosa é a proteção da ordem pública, da paz pública. A finalidade do ato que interdita fábrica poluidora da atmosfera é a proteção da salubridade pública.

45. Não se pode buscar através de um dado ato a proteção de bem jurídico cuja satisfação deveria ser, em face da lei, obtida por outro tipo ou categoria de ato. Ou seja: cada ato tem a finalidade em vista da qual a lei o concebeu. Por isso, por via dele só se pode buscar a finalidade que lhe é correspondente, segundo o modelo legal. Com efeito, bem o disse Eduardo García de Enterría, com a habitual proficiência, que "os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade; são poderes funcionais, outorgados pelo ordenamento em vista de um fim específico, com o que apartar-se do mesmo obscurece sua fonte de legitimidade".³⁸

37. *Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1992, p. 453.

38. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, 4ª ed., t. I, Madri, Civitas, 1983, p. 442.

Então, se o agente dispõe de competências distintas para a prática de atos distintos, não pode, sob pena de invalidade, valer-se de uma competência expressada pelo ato "x" com o fito de alcançar a finalidade "z" que deveria ser atingida por meio do ato "y".

Por exemplo: se o agente tem competência para remover um funcionário e possui também competência para suspendê-lo, não pode removê-lo com a finalidade de puni-lo, pois o ato de remoção não tem finalidade punitiva.

Se quiser punir, deverá valer-se de um ato previsto no sistema legal como punitivo.

A propósito do uso de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria, costuma-se falar em "desvio de poder" ou "desvio de finalidade".

Teoria do desvio de poder

46. Ocorre desvio de poder, e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado.³⁹

Há, em consequência, um *mau uso da competência* que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzido na busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada ou, quando possa, não pode sê-lo através do ato utilizado. É que sua competência, na lição elegante e precisa de Caio Tácito: "visa a um fim especial, presume um endereço, antecipa um alcance, determina o próprio alvo. Não é facultado à autoridade suprimir essa continuidade, substituindo uma finalidade legal do poder com que foi investido, embora pretendendo um resultado materialmente lícito".⁴⁰

47. Sucintamente, mas de modo preciso, pode-se dizer que ocorre desvio de poder quando um agente exerce uma competência que possuía (em abstrato) para alcançar uma finalidade diversa daquela em função da qual lhe foi atribuída a competência exercida.

39. A decisão que, entre nós, deve ser considerada autêntico *leading case* é o acórdão do TRJN publicado na RDA 14 e comentado pelo eminente publicista Victor Nunes Leal. O relator do acórdão, responsável pelo voto magistral, foi Seabra Fagundes, jurista excepcional e verdadeiro paradigma de cidadão virtuoso.

40. *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1975, pp. 80 e 81.

48. De dois modos pode manifestar-se o desvio de poder:

a) quando o agente busca uma finalidade *alheia ao interesse público*. Isto sucede ao pretender usar de seus poderes para prejudicar um inimigo ou para beneficiar a si próprio ou amigo;

b) quando o agente busca uma finalidade — ainda que de interesse público — alheia à "categoria" do ato que utilizou. Deveras, consoante advertiu o preclaro Seabra Fagundes: "Nada importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergir da orientação legal".⁴¹

Exemplo da primeira hipótese tem-se no caso de um superior que remove um funcionário para local afastado sem nenhum fundamento de fato que requeira o ato, mas apenas para prejudicá-lo em razão de sua inimizade por ele.

Exemplo da segunda hipótese ocorre quando o agente remove um funcionário — que merecia uma punição — a fim de castigá-lo. Ora, a remoção não é ato de categoria punitiva.

O desvio de poder não é mácula jurídica privativa dos atos administrativos. Pode se apresentar, igualmente, por ocasião do exercício de atividade legislativa ou jurisdicional. Ou seja: *leis e decisões judiciais* são igualmente suscetíveis de incorrer no aludido vício, porquanto umas e outras são, também, emanações das competências públicas, as quais impõem fidelidade às finalidades que as presidem. Assim, se o legislador ou o juiz delas fizerem uso impróprio, a dizer, divorciado do sentido e direcionamento que lhes concernem, haverão traído as competências que os habilitavam e os atos que produzirem resultarão enodados pela indelével jaça do desvio de poder. Sobre isto melhor se falará em outro tópico (Capítulo XIX, n. 48).

49. No desvio de poder, ao contrário do que habitualmente se afirma e do que nós mesmos vínhamos sustentando,⁴² nem sempre há um "móvel", isto é, uma intenção inadequada. Com efeito, o agente pode, equivocadamente, supor que uma dada competência era prestante, de direito, para a busca de um dado resultado e por isto haver praticado o ato almejando alcançá-lo pela via utilizada. Neste caso não haverá intenção viciada.

41. Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, pp. 72-73.

42. Até a 4ª edição deste livro.

É certo, entretanto, que o frequente, o comum, é que exista vício de intenção, o qual poderá ou não corresponder ao desejo de satisfazer um apetite pessoal. Contudo, o ato será sempre viciado por não manter relação adequada com a finalidade em vista da qual poderia ser praticado. O que vicia, portanto, não é o defeito de intenção, quando existente — ainda que através disto se possa, muitas vezes, perceber o vício —, mas o desacordo *objetivo* entre a finalidade do ato e a finalidade da competência.

E) Causa (pressuposto lógico)

50. Causa: “É uma relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto”, diz André Gonçalves Pereira,⁴³ ou seja, é o vínculo de pertinência entre o *motivo* e o *conteúdo* do ato. Pode-se defini-la, de maneira mais correta como “a correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em *função da finalidade tipológica do ato*”. Com efeito: tal correlação só é reconhecível e só faz sentido em vista da finalidade legal correspondente ao ato.

A palavra “causa” tem sido usada em várias acepções. Utilizamo-la no sentido que lhe atribui o autor português citado, com o acréscimo elucidativo que nos parece indispensável para dar suporte racional e jurídico à noção.

Então, a falta de “causa”, na acepção adotada, invalida o ato administrativo, isto é, se o agente se baseia em motivos que não mantêm congruência, pertinência, com o ato que praticou, este estará viciado. A ausência de adequação lógica entre o pressuposto em que o agente se fundou e o ato que praticou compromete irremissivelmente sua conduta. É que, na lapidar expressão de Caio Tácito: “A regra de competência não é um cheque em branco”.⁴⁴

51. A noção de causa acima exposta é importante porque graças a ela o Judiciário pode controlar a validade do comportamento da Administração mesmo quando a lei não enuncia os motivos que legitimam a prática de um ato. Portanto, ainda quando o agente pode escolher os motivos, cumpre que estes guardem relação de pertinência com o ato praticado. Causa não se confunde com motivo.

43. *Erro e Ilegalidade do Ato Administrativo*, Lisboa, Ática, 1962, p. 122.

44. *Ob. cit.*, p. 5.

Com efeito: motivo é o pressuposto de fato; causa é a *relação* entre ele e o conteúdo do ato em vista da finalidade que a lei lhe assinau como própria. Nota-se tal distinção quando se consideram as hipóteses em que a lei dá liberdade ao administrador para escolher os motivos. Nestes casos, não poderia invalidar o ato por falta do “motivo legal” ou inadequação entre o “motivo de fato” e o “motivo legal” justamente em razão da circunstância de a norma jurídica não o indicar.

Também aqui não comparece necessariamente o problema de vício por ocasião da “motivação”, isto é, da enunciação dos motivos, porque os motivos invocados, ainda que não previstos em lei, podem ser reais e, portanto, não falsos.

Através da *causa* vai-se examinar se os motivos em que se calçou o agente, ainda que não previstos em lei, guardam nexos lógicos de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpre atender.

52. É, pois, no âmbito da causa que se examinam dois tópicos extremamente importantes para a validade do ato, a saber: a) sua *razoabilidade* e b) sua *proporcionalidade*.⁴⁵ Quanto a esta última, foi expressamente categorizada como princípio da Administração Pública pelo art. 2º da Lei federal 9.784, de 29.1.1999. Anote-se que o parágrafo único do mesmo dispositivo, ao mencionar critérios que deverão reger a conduta administrativa, aponta, entre eles, um que deve ser considerado como aclarador da noção de proporcionalidade. É o que impõe o dever de “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

Já havíamos feito menção ao fato de que o princípio em causa deve ser havido, entre nós, como de hierarquia constitucional (Capítulo II, n. 15). Por fundamento diverso — mas também aduzível em face da Lei Magna brasileira —, o eminente publicista germânico Ernst Forsthoff sustentou o mesmo à vista da Constituição alemã. O renomado jurista argutamente observou que: “(...) uma vez que a Constituição protege com tal insistência a liberdade e o livre desenvolvimento da pessoa, não se pode admitir que o legis-

45. À razoabilidade e à proporcionalidade já nos referimos com alguma detença no Capítulo II (ns. 13-16), ao tratar de ambas como princípios a que a Administração Pública está submissa por força da Constituição.

lador e a Administração imponham à liberdade restrições que excedam o necessário para atingir o fim perseguido. É neste sentido que o princípio da proporcionalidade dos meios ao fim tem valor constitucional".⁴⁶

Em rigor, a proporcionalidade não é senão uma faceta da razoabilidade, pois através do exame da proporcionalidade o que se quer verificar é se a providência tomada (conteúdo do ato) perante certo evento (motivo) manteve-se nos limites necessários para atender à finalidade legal ou se foi *mais intensa* ou *mais extensa* do que o necessário. Ora, um ato que exceder ao necessário para bem satisfazer o escopo legal não é razoável. O ato administrativo, para ser juridicamente razoável, há de respeitar também os "Princípios Gerais de Direito", pois estes, como disse Eduardo García de Enterría em averbação feliz, não se constituem em abstrato reclamo da Moral ou da Justiça, mas são uma "condensação dos grandes valores jurídicos-materiais que constituem o substrato do Ordenamento e da experiência reiterada da vida jurídica".⁴⁷

Os poderes públicos, como é notório, não são deferidos às autoridades para que deles façam um uso qualquer ou em quaisquer circunstâncias, mas tão só para que os utilizem quando irrompam os fatos que os justificam, e na medida indispensável ao atendimento do bem jurídico que estão, de direito, obrigadas a curar. Deveras, a lei outorga competências em vista de um certo fim. Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configuram uma superação do escopo normativo, um transbordamento da finalidade legal — e, portanto, um transbordamento da própria competência.

Assim, as competências administrativas só podem ser validamente exercidas perante os eventos que lhes requeiram a irrupção e na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que as disposições cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculadas de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito que as circunscreve; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam. Deveras, o excesso, a demasia,

46. *Traité de Droit Administratif Allemand*, trad. da 9ª ed. alemã pelo Prof. Michel Fromont, Bruxelas, Établissements Émile Bruylant, 1969, p. 130.

47. Ob. e vol. cit., p. 449.

acaso existentes não beneficiam a ninguém, em nada concorrem para o benefício coletivo. Apresentam-se, pois, como providências ilógicas, desarrazoadas, representando, pois, única e tão somente, um agravo inútil, gratuito, aos direitos de cada qual — e, por isto, juridicamente inaceitáveis.

Sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma extensão ou intensidade supérfluas, prescindidas, excessivas em relação ao que bastaria para a proteção do interesse público que lhes serve de calço, fica patenteada de maneira clara a ilegitimidade em que está incursa.

Cabe, aqui, invocar lições de Enzo Capaccioli: "Se a finalidade pública pode ser alcançada com um sacrifício menor ou hipoteticamente sem sacrifício algum dos interesses secundários (públicos ou privados), não há motivo para agir de modo diverso".⁴⁸

Com efeito, ninguém está obrigado a suportar onerações à sua liberdade que não sejam efetivamente condicionais à proteção ao bem jurídico coletivo. Isto porque é o atendimento deste valor — e não somente ele — o que faz irromper *in concreto* a competência exercitável pela autoridade pública e, ao mesmo tempo, lhe delimita a postura, isto é, a específica amplitude na situação em causa.

Dessarte, conduta que a agrave além do indispensável, ademais de demonstrar anacrônico menoscabo pela situação jurídica do administrado — como se ainda vigorasse a ultrapassada relação soberano/súdito (ao invés de Estado/cidadão) —, exhibe, ao mesmo tempo, tanto um descompasso óbvio com o princípio da razoabilidade como sua assintonia com o escopo legal, ou seja, com a finalidade abrangida na lei atributiva da competência.

F) Formalização (*pressuposto formalístico*)

53. Formalização é a *específica maneira* pela qual o ato deve ser externado. Com efeito: ademais de exteriorizado, cumpre que o seja de um dado modo, isto é, segundo uma certa aparência externa. Enquanto a forma significa exteriorização, formalização significa o *modo específico*, o modo próprio, desta exteriorização.

48. *Manuale di Diritto Amministrativo*, vol. I, Pádua, CEDAM, 1980, p. 285.

54. Normalmente, a formalização do ato administrativo é escrita, por razões de segurança e certeza jurídicas. Entretanto, há atos expressos por via oral (por exemplo, ordens verbais para assuntos rotineiros) ou por gestos (ordens de um guarda sinalizando o trânsito), o que, todavia, é exceção, ou, até mesmo, por sinais convencionais, como é o caso dos sinais semafóricos de trânsito.

A formalização, evidentemente, deve obedecer às exigências legais, de maneira a que o ato seja expressado tal como a lei impugna que o fosse. Assim, como já se deixou dito, *a motivação do ato é importante requisito de sua formalização*.

55. Sem embargo, há aspectos da formalização que podem, eventualmente, ser irrelevantes quanto à validade do ato. Como ao diante se verá, ao tratar da invalidade dos atos administrativos, certos defeitos de formulação apenas caracterizam o ato como "irregular", não afetando sua validade.

Há um aparente contrassenso entre o reconhecimento de que um ato desatendeu ao previsto em lei, quanto à maneira pela qual devia ser expressado, e a afirmação de que tal defeito não lhe afeta a validade. Não nos furtamos a dizer que sempre sentimos um grande desconforto ao sufragar o ponto de vista de que pode haver ato veiculado em desconformidade com a previsão normativa, por defeito de formalidade, e, a despeito disto, não ser invalidável pelo vício deste reconhecido. Meditando sobre a questão, acabamos por concluir que o problema, aparentemente insolúvel, tem, entretanto, solução simples.

56. É que, em muitos casos, a indicação legal de que o ato deve ser expressado por "portaria" ou por algum outro modelo instrumental de enunciação do ato não interfere para nada com as garantias do administrado ou com a segurança e certeza em relação ao conteúdo do ato. Assim, *a função única e específica da formalização prevista, em hipóteses que tais, é apenas a de "uniformizar", ou seja, "padronizar" o instrumento de veiculação dos distintos atos administrativos*. Cumpre, portanto, um objetivo meramente organizatório interno, sem qualquer relevo externo. Trata-se, em rigor, de uma simples metodização das "fórmulas" de veiculação dos atos.

Daí que a violação destas normas de mera "padronização" acarretará apenas sanção para o agente faltoso que descumpriu o dever normativo de atender a uma "uniformização" útil para a boa organi-

zação das formalidades de rotina de atuação do aparelho administrativo, mas nenhuma interferência terá quanto à validade do ato.

É evidente, todavia, que tal "irregularidade" só se caracteriza como tal quando uma formalização falha ou de todo modo diversa daquela prevista em lei seja, deveras, absolutamente irrelevante para fins de garantia do administrado. Isto é, quando o desvio do padrão normativo não implique diferença alguma capaz de afetá-lo. Importa, pois, para caracterizar o defeito do ato como mero vício de irregularidade que a adoção de uma "fórmula" para expedir o ato ao invés daquela que seria a própria tenha a mesma publicidade prevista para esta; que as vias recursais e os prazos para insurgir-se sejam idênticos etc.

VIII. O silêncio no Direito Administrativo

57. Se a Administração não se pronuncia quando deve fazê-lo, seja porque foi provocada por administrado que postula interesse próprio, seja porque um órgão tem de pronunciar-se para fins de controle de ato de outro órgão, está-se perante o silêncio administrativo.

Em alguns casos a lei atribui dado efeito ao silêncio. Estabelece que, decorrido *in albis* o prazo nela previsto para pronunciamento da Administração, considera-se deferida ou indeferida (que é o mais comum) a pretensão do administrado⁴⁹ ou, então, que o ato sob controle está confirmado ou infirmado.

58. No Direito português ambas as hipóteses são denominadas "atos tácitos"⁵⁰. Já, no Direito italiano a omissão administrativa em

49. Assim costuma ser, em geral. No Direito italiano existe inclusive a expressão corrente *silenzio-rigetto*, perante recursos hierárquicos interpostos pelos administrados sem pronunciamento administrativo tempestivo, ou *silenzio-rifiuto*, perante postulações dos administrados em face das quais a Administração deva se manifestar em dado tempo e não o faz. Ao respeito, v., e.g., Enzo Capaccioni, *Manuale di Diritto Amministrativo*, vol. I, Pádua, CEDAM, 1980, pp. 364-368.

50. André Gonçalves Pereira explica que tal realidade, denominada de ato tácito no Direito português, abriga duas situações de composição jurídica distinta: uma que corresponderia a atos tácitos *internos* e outra que corresponderia a atos tácitos *externos*. Internos seriam os que resultam da omissão de órgão administrativo controlador em manifestar tempestivamente sua aquiescência ou desacordo em relação a ato de outro órgão que deva ser objeto de seu controle. Se não o fizer em determinado prazo, a lei o considera aprovado. Externos seriam os resultantes da omissão administrativa em apreciar, em dado tempo legalmente prefixado, uma pretensão do administrado.

manifestar-se perante pretensão do administrado sobre a qual deva pronunciar-se é conhecida simplesmente como silêncio, ao passo que a expressão "ato tácito" ou declaração tácita é, algumas vezes, utilizada para referir outra situação: aquela reveladora do que mais propriamente se denominaria "ato implícito".⁵¹ A saber: os casos em que a Administração não se manifesta explicitamente ante uma dada situação, entretanto, através de *outro comportamento* seu, pode-se deduzir, inequivocamente, uma *decisão implícita*, decorrente de algum ato explícito ou mesmo de um fato (*facta concludentia*). Sirva de exemplo um pedido de permissão de uso em relação a dado bem imóvel efetuado por mais de um sujeito. Deferida a um, está implicitamente indeferida a outro.

59. Na verdade, o silêncio não é ato jurídico. Por isto, evidentemente, não pode ser ato administrativo. Este é uma declaração jurídica. Quem se absteve de declarar, pois, silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum. Tal omissão é um "fato jurídico" e, *in casu*, um "fato jurídico administrativo". Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio: o de conceder ou negar. Este efeito resultará do fato da omissão, como *imputação legal*, e não de algum presumido ato, razão por que é de rejeitar a posição dos que consideram ter aí existido um "ato tácito".

Não há ato sem extroversão. Por isto mesmo, ainda que a Administração houvesse, de antemão, contado com o efeito legal previsto — e por tal motivo se omitido —, de qualquer forma o efeito que surgirá é consequência normativamente irrogada ao fato da omissão, não havendo como filiá-la a uma inexistente extroversão administrativa, a uma declaração jurídica que não houve por parte dos agentes públicos que deveriam tê-la proferido.

Não o fazendo, considera-se rejeitada a pretensão que lhe fora submetida. O autor nega, entretanto, que, em quaisquer destes casos, se esteja verdadeiramente perante "atos" administrativos, sustentando, ao nosso ver com razão, que no caso dos "atos tácitos internos" o que há é simplesmente uma restrição temporal à competência do órgão controlador. Transcorrida *in albis* a dilatação legalmente prevista, a competência controladora não mais pode ser exercida e o ato controlado torna-se eficaz (o autor diz "executório") *ope legis*. No caso dos "atos tácitos externos", afirma que o autor diz é simplesmente a permissão legal para que o interessado passe diretamente às vias contenciosas, com prescindência do ato administrativo denegatório.

51. V., por exemplo, Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. I, Milão, Giuffrè, 1936, pp. 318 a 320, ou Arnaldo de Valles, *Elementi di Diritto Amministrativo*, Florença, Ed. Poligrafica Universitaria, 1937, pp. 214-216.

Aliás, se fora possível, em tais casos, considerar o silêncio como ato (e já se viu que não pode sê-lo), além de se ter que admitir a existência de um ato sem formalização — pior ainda, sem forma sequer (o que é logicamente impossível) —, tratar-se-ia de um ato ilícito. Com efeito, a formalização é, de regra, uma garantia, quer para a Administração, quer para o administrado, pois cumpre a função de conferir segurança e certeza jurídicas, as quais, destarte, ficariam suprimidas. Além disto, o pseudoato incorreria no vício de falta de motivação. Frustraria uma formalização que é uma garantia do administrado e um direito descendente do princípio de que todo o poder emana do povo, o qual, bem por isto, tem o direito de saber as razões pelas quais a Administração se decide perante dado caso.

60. Visto que o silêncio é um fato e não um ato, importa saber quais serão suas consequências (a) em relação ao sujeito administrativo que se omitiu e (b) em relação ao administrado que peticionou e não obteve resposta.

Em relação ao sujeito administrativo a questão é simplíssima. A Constituição consagra o direito de petição (art. 5º, XXXIV, "a") e este presume o de obter resposta. Com efeito, simplesmente para pedir ninguém precisaria de registro constitucional assecutorio, pois não se imaginaria, em sistema algum, que pedir fosse proibido. Logo, se o administrado tem o direito de que o Poder Público se pronuncie em relação a suas petições, a Administração tem o dever de fazê-lo. Se se omite, viola o Direito. Donde, o agente que silencia indevidamente comporta-se com negligência, viola o dever funcional de "exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo" (art. 116, I, da Lei 8.112, de 11.12.1990 — Estatuto dos Servidores Públicos Cíveis da União) e de "observar as normas legais e regulamentares" (inciso III do mesmo artigo), expondo-se às sanções administrativas pertinentes. Na órbita da União, a Lei 9.784, de 29.1.1999, que "regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal", é absolutamente clara, em seu art. 48, ao estatuir: "A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência".

Além disto, se a omissão da Administração resultar em dano jurídico ao administrado, tal omissão pode ensejar, se for o caso, responsabilidade patrimonial do Estado, de fora parte a do próprio servidor, nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, da Constituição).

61. As consequências do silêncio em relação ao administrado cuja postulação ficou irrespondida também não apresentam dificuldades de monta para serem deduzidas. Deveras, nos casos em que a lei atribui dado efeito ao silêncio, o problema já está de per si resolvido. Com efeito, se o efeito legal previsto era concessivo, o administrado está atendido; se era denegatório, poderá demandar judicialmente que a Administração se pronuncie, se o ato omitido era de conteúdo discricionário, pois faz jus a uma decisão *motivada*; se, pelo contrário, o ato era de conteúdo vinculado e o administrado fazia jus a ele, demandará que o juiz supra a omissão administrativa e lhe defira o postulado.

Nos casos em que a lei nada dispõe, as soluções seguem, *mutatis mutandis*, equivalente diapasão. Decorrido o prazo legal previsto para a manifestação administrativa, se houver prazo normativamente estabelecido, ou, não havendo, se já tiver decorrido tempo *razoável* (cuja dilação em seguida será mencionada), o administrado poderá, conforme a hipótese, demandar judicialmente:

a) que o juiz supra a ausência de manifestação administrativa e determine a concessão do que fora postulado, se o administrado tinha *direito* ao que pedira, isto é, se a Administração estava *vinculada quanto ao conteúdo do ato* e era obrigatório o deferimento da postulação;

b) que o juiz assine prazo para que a Administração se manifeste, sob cominação de multa diária, se a *Administração dispunha de discricção administrativa no caso*, pois o administrado fazia jus a um pronunciamento motivado, mas tão somente a isto.

Na União, conforme o art. 49 da citada Lei de Processo Administrativo Federal, o prazo para a Administração se pronunciar, uma vez concluída a instrução do processo administrativo, é de 30 dias, prorrogáveis, motivadamente, por mais 30. Em São Paulo a correspondente lei dispõe, no art. 33, que "o prazo máximo para decisão de requerimentos de qualquer espécie apresentados à Administração será de cento e vinte dias, se outro não for legalmente estabelecido".

Modificando o ponto de vista expressado até a 16ª edição, entendemos que, em princípio, onde faltar lei disciplinando a matéria haver-se-á de entender como prazo razoável, por analogia ao disposto na lei federal de processo, o mesmo prazo nela estabelecido.

IX. Atributos dos atos administrativos

62. A ordem jurídica, é natural, dispensa tratamentos diferentes aos interesses públicos e privados. Pode-se mesmo dizer que a sobrevivência e garantia dos últimos dependem da prevalência dos primeiros.

A Administração Pública, por desenvolver atividade voltada à realização de interesses da coletividade (que são os seus interesses primários — únicos colimáveis —, em oposição aos secundários), enfrenta-se sob uma disciplina peculiar que impõe certos ônus, restrições, sujeições à sua atuação e lhe confere, de outro lado, prerrogativas de que não desfrutam usualmente os particulares.

Por meio de umas e de outras, pretende-se equipá-la adequadamente para o exato e eficiente cumprimento de sua razão de ser.

Tanto as limitações que a tolhem quanto os favores que a adoram não visam senão a conformá-la e habilitá-la ao rigoroso alcance de seus fins.

63. Como se disse, a Administração Pública, para cumprimento dos fins que lhe são legalmente assinalados, dispõe de meios jurídicos peculiares, perfeitamente diversos dos que presidem as relações entre particulares.

Tendo em vista os interesses que lhe cumpre proteger, realizar e assegurar, a Administração está adornada de prerrogativas que lhe são conferidas pelo sistema normativo a fim de que sua atuação possa objetivar eficazmente os escopos consagrados como próprios da coletividade — internos ao setor público.

Nenhum desses poderes, juridicamente regulados, sublinhe-se, constitui-se em benefícios conferidos à Administração, por ser órgão do poder.

Não há, no Estado de Direito, privilégios atribuídos à "força governante" (para usar uma desataviada mas realista expressão de Duguit) pelo mero fato de ser a força governante.

Em suma, nada do que favorece o Poder Público pode ser invocado sob a alegação do *quia nominor leo*, usualmente apresentada de modo mais sutil, porém encobrindo sempre a mesma realidade. A advertência, que poderia parecer supérflua e deslocada no tempo, infelizmente tem sua razão de ser. A matéria a ser tratada resente-se, muitas vezes, como, de resto, tantas outras desta disciplina jurídica, de um tratamento em que há inconsciente e acrífica utilização de

raciônios, conceitos e fundamentos superados que traem uma visão autocrática e marcada pelos ressaibos de um período já vencido, o do Estado de Polícia.

64. A justificação dos poderes, juridicamente regulados, que assistem à Administração Pública reside na qualidade dos interesses que lhe incumbem prover. Bem por isso, a utilização de suas prerrogativas só é legítima quando manobrada para a realização de interesses públicos e na medida em que estes sejam necessários para satisfazê-los.

Exteriorizam bem sua posição de supremacia – a qual, em rigor, não é senão a supremacia dos próprios interesses públicos – a possibilidade de constituir os particulares em obrigações por ato unilateral, a presunção de veracidade e de legitimidade de seus atos, a exigibilidade e a executoriedade dos atos administrativos.

No Estado de Direito, já se vê, nenhum desses poderes é incondicionado. Nem mesmo se poderia dizer que existem sempre. Com efeito, o caráter instrumental das prerrogativas da Administração desde logo lhes desenha teoricamente o perfil. Sejam quais forem os meios jurídicos especiais que ataviam o desempenho da função administrativa, nenhuma existe como favor concedido à própria Administração. Em verdade, são favores concedidos aos interesses públicos: à função desempenhada e não ao sujeito que a desempenha. Eis por que unicamente persistem quando relacionados com a proteção deles.

Se as prerrogativas em questão fossem da própria Administração Pública, ela disporia delas *sempre*. Se fora um privilégio inerente à sua condição de aparelho governamental, existiriam ainda quando esta perseguisse uma finalidade estranha ao interesse público.

65. Os atos administrativos possuem atributos típicos, inexistentes nos atos de Direito Privado. Enquanto alguns deles acompanham quaisquer atos administrativos, outros têm cabida e razão de existir apenas nos casos em que o Poder Público expede atos que condicionam, restringem, a situação jurídica dos administrados ou, de todo modo, quando visam a propor-se como impositivos para eles. É dizer: certos atributos, evidentemente, não comparecem nos chamados atos “ampliativos”, em que o Poder Público simplesmente defere aos administrados a fruição de algo que lhes amplia a esfera jurídica e em geral atende ao que foi pretendido pelos administrados (concessões, licenças, autorizações, permissões, outorgas de prêmios etc.).

66. Salientem-se entre os atributos dos atos administrativos os seguintes:

a) *Presunção de legitimidade* – é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo. Com efeito – bem o disse Ney José de Freitas, em oportuna monografia –, “a impugnação pulveriza e elimina a presunção de validade, e daí em diante a questão será resolvida no sítio da teoria geral da prova”⁵². Esta, sim, é uma característica comum aos atos administrativos em geral; as subseqüentemente referidas não se aplicam aos atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados.

b) *Imperatividade* – é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância. Decorre do que Renato Alessi chama de “poder extroverso”, que permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emiteente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações.

c) *Exigibilidade* – é a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o cumprimento, a observância, das obrigações que impôs. Não se confunde com a simples imperatividade, pois, através dela, *apenas se constitui uma dada situação*, se impõe uma obrigação. A exigibilidade é o atributo do ato pelo qual se impele à obediência, ao atendimento da obrigação já imposta, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para induzir o administrado a observá-la.

d) *Executoriedade* – é a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir *materialmente* o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu.

67. A executoriedade não se confunde com a *exigibilidade*, pois esta não garante, só por si, a possibilidade de *coação material*, de execução do ato. Assim, há atos dotados de exigibilidade mas que não possuem executoriedade. Exemplo: a intimação para que o administrado construa calçada defronte de sua casa ou terreno não ape-

52. *Ato Administrativo – Presunção de Validade e a Questão do Ônus da Prova*, Belo Horizonte, Forum, 2007, p. 142.

nas impõe esta obrigação, mas é exigível porque, se o particular desatender ao mandamento, pode ser multado sem que a Administração necessite ir ao Judiciário para que lhe seja atribuído ou reconhecido o direito de multar. Ainda mais: a Administração pode construir a calçada, por conta própria, e debitar o custo desta obra ao administrado (é isto que se designa pela locução "execução de ofício"), igualmente sem necessidade de socorrer-se das vias judiciais para realizar esta construção. Entretanto, não pode obrigar materialmente, coativamente, o particular a realizar a construção da calçada. Nos casos de executoriedade, pelo contrário, a Administração, por si mesma, compele o administrado, como, v.g., quando dissolve uma passeata, quando interdita uma fábrica, quando se *apossa* (caso de requisição) de bens indispensáveis ao consumo da população em caso de urgência ou calamidade pública, quando apreende medicamentos cujo prazo de validade se expirou, quando destrói alimentos deteriorados postos à venda, quando interna compulsoriamente uma pessoa portadora de moléstia infectocontagiosa em época de epidemia.

Em suma: a executoriedade é um *plus* em relação à exigibilidade, de tal modo que nem todos os atos exigíveis são executórios.

Ainda um exemplo: a Administração pode *exigir* que o administrado demonstre estar quite com os impostos municipais relativos a um dado terreno, sem o quê não expedirá o alvará de construção pretendido pelo particular, o que demonstra que os impostos são *exigíveis*, mas não pode obrigar coativamente, por meios próprios, o contribuinte a pagar imposto. A fim de obtê-lo necessitará mover ação judicial.

68. Sintetizando: graças à exigibilidade, a Administração pode valer-se de *meios indiretos que induzirão* o administrado a atender ao comando imperativo. Graças à executoriedade, quando esta exista, a Administração pode ir além, isto é, pode satisfazer diretamente sua pretensão jurídica compelindo materialmente o administrado, por meios próprios e sem necessidade de ordem judicial para proceder a esta compulsão. Quer-se dizer: pela exigibilidade pode-se induzir à obediência, pela executoriedade pode-se compelir, constranger fisicamente.

69. Se compararmos estes diferentes atributos mencionados, vamos verificar que, pela presunção de legitimidade, o ato administrativo, quer seja impositivo de uma obrigação, quer seja atributivo de uma vantagem, é presumido como legítimo; pela imperatividade, o ato cria para terceiro, independentemente de sua aquisição, uma

obrigação; pela exigibilidade, o ato sujeita o administrado à observância de uma dada situação por meios indiretos impostos pela própria Administração, sem recorrer ao Judiciário; pela executoriedade, o ato subjugua o administrado à obediência por meio de coação direta aplicada pela Administração, independentemente de ordem judicial. Cammeo registra — e com razão — que a executoriedade não é do ato, embora comumente se use esta expressão, mas é da pretensão jurídica.

Finalmente, observe-se que tanto a exigibilidade como a executoriedade têm como característica central o fato de se imporem sem necessidade de a Administração ir a juízo. É este traço que diferencia a situação do ato administrativo em relação ao ato do particular, pois este necessita de uma sentença que torne *exigível* sua pretensão perante outro sujeito. Uma vez proferida a sentença, caso a parte condenada não a obedeça, o particular necessita de uma *execução judicial*. Ou seja: nas relações privadas, a sentença é que funciona como título *exigível* e a ordem judicial de execução é que funciona como título *executório*, enquanto no Direito Administrativo o próprio ato do Poder Público já dispõe do atributo de exigibilidade e do atributo de executoriedade que lhe é, *embora não sempre*, conferido pelo sistema legal.

70. *Excepcionalmente* também existe exigibilidade ou até mesmo executoriedade nas relações de Direito Privado. São casos raríssimos, contudo. Cite-se: o direito do hotelero de reter a bagagem do hóspede que não lhe pague a hospedagem. É caso de exigibilidade do hóspede que não lhe pague a hospedagem. Por este meio indireto ele induz o hóspede a saldar sua conta, mas não pode compelir fisicamente à entrega do dinheiro nem pode sacá-lo do bolso do cliente, pelo quê não se pode falar em executoriedade; já, a retomada da posse de um bem imóvel, imediatamente após o esbulho, facultada a quem sofrera tal violação de direito, é caso de executoriedade, pois, nesta hipótese, o ofendido pode, por si mesmo, com uso da força se necessário, garantir-se a posse do bem. Tais casos, entretanto, são excepcionálísimos no Direito Privado.

Casos em que cabe executoriedade

71. No Direito Administrativo a exigibilidade e a executoriedade, ao contrário do Direito Privado, são muito comuns. A exigibilidade é a regra e a executoriedade existe nas seguintes hipóteses:

- a) quando a lei prevê expressamente, que é o caso óbvio;
- b) quando a executoriedade é condição indispensável à eficácia da garantia do interesse público confiado pela lei à Administração; isto é, nas situações em que, se não for utilizada, haverá grave comprometimento do interesse que incumbe à Administração assegurar. Isto ocorre nos casos em que a medida é urgente e não há via jurídica de igual eficácia à disposição da Administração para atingir o fim tutelado pelo Direito, sendo impossível, pena de frustração dele, aguardar a tramitação de uma medida judicial. Nestes casos entende-se que a autorização para executoriedade está implícita no sistema legal, pois é em decorrência dele que a Administração deve garantir a proteção ao bem jurídico posto em risco.

Defesas contra a executoriedade

72. A executoriedade não deixa o administrado ao desabrigo de proteção jurídica, pois pode-se sempre recorrer ao Poder Judiciário tanto para impedir preventivamente sua utilização quanto para sustar a medida executória aplicada, sempre que o uso desta providência administrativa fira direitos dos ameaçados ou atingidos. As medidas judiciais especialmente eficazes para defesa do administrado em hipóteses destas são o mandado de segurança preventivo ou repressivo (art. 5º, LXIX, da Constituição e Lei 12.016, de 7.8.2009, que regulou este instituto) e o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, da Constituição), que também pode ser impetrado preventiva ou repressivamente. Finalmente, o dano que houver resultado para o particular em decorrência de ilegítima ou abusiva utilização da autoexecutoriedade acarreta responsabilidade do Estado, isto é, constitui o Poder Público na obrigação de indenizar o lesado (art. 37, § 6º).

X. Classificação dos atos administrativos

73. Os atos administrativos podem ser objeto de múltiplas classificações, conforme o critério em função do qual sejam agrupados. Mencionaremos algumas das mais comuns.

a) Quanto à natureza da atividade

74. (1) Atos de administração ativa – os que visam a criar, produzir, uma utilidade pública, constituindo situações jurídicas. Exem-

plo: autorizações, licenças, nomeações, declarações de utilidade pública, concessões etc.

(2) Atos de administração consultiva – os que visam a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Exemplo: pareceres, informes etc.

(3) Atos de administração controladora ou atos de controle – os que visam a impedir ou permitir a produção ou a eficácia de atos de administração ativa mediante exame prévio ou posterior da conveniência ou da legalidade deles. Exemplo: aprovações prévias ou posteriores, homologações etc.

(4) Atos de administração verificadora – os que visam a apurar ou documentar a preexistência de uma situação de fato ou de direito. Exemplo: os chamados atos de “acertamento” na Itália (como o exame para apurar se um funcionário está ou não doente para obter licença, se um candidato a motorista sabe ou não ler e escrever para obter a carteira de habilitação, se uma árvore está ou não atacada de cancro cítrico para ser abatida, se um indivíduo é ou não diplomado em curso superior para poder exercer certa atividade), bem como os atos de inscrição, registro e certificação, pelos quais se documenta uma certa situação.

(5) Atos de administração contenciosa – os que visam a julgar, em um procedimento contraditório, certas situações. Exemplo: o julgamento de funcionários em “processos administrativos”, decisões do Conselho de Contribuintes etc. São atos administrativos porque não têm força de coisa julgada. Podem ser revistos pelo Judiciário.

b) Quanto à estrutura do ato

75. (1) Atos concretos – os que dispõem para um único e específico caso, esgotando-se nesta única aplicação. Exemplo: a exoneração de um funcionário.

(2) Atos abstratos – os que preveem reiteradas e infindas aplicações, as quais se repetem cada vez que ocorra a reprodução da hipótese neles prevista, alcançando um número indeterminado e indeterminável de destinatários. Exemplo: o regulamento (que é ato administrativo em sentido amplo) cujas disposições colherão sempre novos casos tipificáveis em seu modelo abstrato. Vale observar, entretanto, que muitas vezes há em um regulamento disposi-

ções concretas, ao lado de outras abstratas, como bem ressaltou Pietro Virga.⁵³

c) *Quanto aos destinatários do ato*

76. (1) Atos *individuais* – os que têm por destinatário sujeito ou sujeitos especificamente determinados.

O ato individual pode ser *singular* ou *plúrimo*. Singular se o destinatário é o único sujeito especificado. Exemplo: a nomeação de um dado funcionário. Plúrimo se os destinatários são múltiplos sujeitos especificados. Exemplo: a nomeação, em uma única lista, de múltiplos sujeitos especificados.

(2) Atos *gerais* – os que têm por destinatário uma categoria de sujeitos inespecificados, porque colhidos em razão de se incluírem em uma situação determinada ou em uma classe de pessoas. Exemplo: um edital de concurso público, uma ordem para dissolução de passeata, a concessão de férias coletivas aos funcionários de uma dada repartição. Em todos estes exemplos o ato é geral e *concreto*, pois esgota-se com uma única aplicação. Já, um regulamento de promoção de funcionários expedido para vigorar continuamente é ato geral e *abstrato*, porque a hipótese se renova iterativamente.

d) *Quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática*

77. (1) Atos ditos *discricionários* e que melhor se denominam *atos praticados no exercício de competência discricionária* – os que a Administração pratica dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo. Exemplo: autorização de porte de arma.

(2) Atos *vinculados* – os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese preferida em termos objetivos. Exemplo: licença para edificar; aposentadoria, a pedido, por completar-se o tempo de contribuição do requerente.

53. *Il Provvedimento Amministrativo*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, 1960, p. 15.

Em razão da importância desse discrimen, o tema será retomado mais adiante com a necessária detença.

e) *Quanto à função da vontade administrativa*

78. (1) Atos *negociais* ou *negócios jurídicos* – os em que a vontade administrativa é, de direito, preordenada à obtenção de um resultado jurídico, sendo ela que cria imediatamente os efeitos jurídicos, embora dentro dos quadros legais. Exemplo: a admissão de alguém ao gozo de um serviço público.

(2) Atos *pios* ou *meros* atos administrativos – os que correspondem a simples manifestações de conhecimento (como uma certidão) ou de desejo (como um voto em órgão colegial), nos quais os efeitos jurídicos descendem diretamente da lei, de tal sorte que o ato nada mais faz que implementar uma condição legal para a deflagração deles.

f) *Quanto aos efeitos*

79. (1) Atos *constitutivos* – os que fazem nascer uma situação jurídica, seja produzindo-a originariamente, seja extinguindo ou modificando situação anterior. Exemplo: uma autorização para exploração de jazida; a demissão de um funcionário.

(2) Atos *declaratórios* – os que afirmam a preexistência de uma situação de fato ou de direito. Exemplo: a conclusão de vistoria em edificação afirmando que está ou não em condições habitáveis; uma certidão de que alguém é matriculado em escola pública.

g) *Quanto aos resultados sobre a esfera jurídica dos administrados*

80. (1) Atos *ampliativos* – os que aumentam a esfera de ação jurídica do destinatário. Exemplo: concessões em geral, permissões, autorizações, admissões, licenças.

(2) Atos *restritivos* – os que diminuem a esfera jurídica do destinatário ou lhe impõem novas obrigações, deveres ou ônus. Exemplo: os que extinguem os atos ampliativos, as sanções administrativas em geral, as ordens, as proibições etc.

Embora jamais tenhamos encontrado esta advertência, é importante notar que a teoria do ato administrativo foi largamente construída sobre esta última categoria, isto é sobre os atos que se apresentam como impositivos para os administrados (quais, *e.g.*, uma declaração de utilidade pública para fins de desapropriação, os atos fiscalizadores e sancionadores em geral ou que, de todo modo, constroem o administrado a fazer, não fazer ou suportar algo): atos restritivos da esfera jurídica dos administrados.

Tanto é exato que este viés errôneo presidiu o exame do ato administrativo que, na França, é comum definir-se o ato administrativo referindo uma "decisão executória".⁵⁴ Ora, isto, evidentemente, não é exato, pois, para sê-lo, seria preciso excluir do campo dos atos administrativos os atos ampliativos (como as permissões, concessões, admissões, licenças, autorizações etc.) o que, evidentemente, ninguém faz, enquanto estes últimos não exibam a totalidade das características presentes nos atos tomados como paradigmas para a construção da teoria do ato administrativo. Deveras, a admissão, a autorização, a concessão são atos administrativos, ninguém jamais o negou, e não se constituem em decisões executórias.

A presença da aludida perspectiva facilmente se nota na teoria do processo administrativo (também chamado de *procedimento administrativo*), a qual está centrada, de modo claro, nos atos restritivos, dada sua evidente preocupação de colocar limites que resguardem o administrado de eventuais arbitrariedades administrativas. Por isto, nem todos os princípios indicados como pertinentes ao processo administrativo são aplicáveis à generalidade deles. Alguns destes princípios não podem ser referidos aos atos ampliativos, como ao diante indicamos (Cap. VIII, ns. 37 e 38).

Bem observando, nota-se que a teoria da *existência* e da *validade* dos atos administrativos é, realmente, igual tanto para os atos restri-

54. René Chapus anota que, no aresto Huglo (1982), o Conselho de Estado fran-
cês se manifestou no sentido de que "o caráter executório" das decisões adminis-
trativas é "a regra fundamental do direito público" (*Droit Administratif Général*, 6ª ed.,
t. 1, Ed. Montchrestien, 1992, p. 375). Embora, ao nosso ver, sem descortinar que o
discrímén importante é entre atos unilaterais ampliativos e restritivos, o fato é que
obras mais modernas procuram discernir a decisão executória de outros atos adminis-
trativos. Assim, no *Droit Administratif* de Georges Vedel e Pierre Devolvé (12ª ed.,
PUF, 1992), os autores averbam que as decisões executórias são "uma variedade de
atos administrativos unilaterais", mas que a expressão — cuja fortuna notoriamente se
deve a Hauriou — vinha sendo usualmente empregada como sinônimo de ato adminis-
trativo unilateral, o que eles próprios haviam feito até essa 12ª edição (pp. 243-244).

tivos como para os ampliativos, conquanto os efeitos da invalidação, como se dirá a bom tempo, não sejam os mesmos em uma e outra categoria; mais além (n. 173) anotamos que nos atos restritivos os efeitos da invalidação são *ex tunc* e nos atos ampliativos geralmente são *ex nunc*. Assim também a *teoria da eficácia*, ou *dos efeitos*, é distinta entre eles, não se propondo em relação aos ampliativos nada do que se relaciona com a imperatividade, exigibilidade ou executividade conforme já assinalamos (no n. 65). Por outro lado, toda a temática relativa à participação da vontade do particular na formação de relações administrativas só se propõe em relação aos atos ampliativos⁵⁵ e o mesmo se dirá da chamada "coisa julgada administrativa" (no n. 136). Dessarte, o discrímén entre as duas espécies de atos é importantíssimo, porquanto preside uma fundamental bipartição de regimes.

h) Quanto à situação de terceiros

81. (1) Atos *internos* — os que produzem seus efeitos apenas no interior da Administração. Exemplo: propostas, pareceres, informações etc.

(2) Atos *externos* — os que produzem efeitos sobre terceiros. Exemplo: admissão, licença etc.

i) Quanto à composição da vontade produtora do ato

82. (1) Atos *simples* — os que são produzidos pela declaração jurídica de um único órgão. Exemplo: uma licença de habilitação para dirigir automóvel.

Os atos *simples* podem ser *simples singulares* e *simples colegiais*. No primeiro caso a vontade expressada no ato provém de uma só autoridade, como é corrente.

No segundo caso provém do concurso de várias vontades unificadas de um mesmo órgão no exercício de uma mesma função jurídica e cujo resultado final substancia-se na declaração do órgão colegial. É o caso das decisões de Comissões, Conselhos etc.

55. V., a respeito da interferência da vontade do particular nas relações administrativas, Michel Stassinopoulos, *Traité des Actes Administratifs*, Atenas, Librairie du Recueil Sirey, 1954, pp. 57-62.

(2) *Atos complexos* – os que resultam da conjugação de vontade de órgãos diferentes. Exemplo: a nomeação, procedida por autoridade de um dado órgão, que deve recair sobre pessoa cujo nome consta de lista triplíce elaborada por outro órgão.

j) *Quanto à formação do ato*

83. (1) *Atos unilaterais* – os que são formados pela declaração jurídica de uma só parte. Exemplo: demissão de um funcionário, multas, autorizações etc.

Não afeta a unilateralidade a circunstância, muito frequente, de o ato depender, para sua produção ou para seus efeitos, do concurso da vontade do particular, seja solicitando-lhe a prática, seja aceitando seus efeitos. Exemplo: um pedido de alvará de *licença* para edificar ou de *autorização* para porte de arma ou de aceitação da *outorga* de um prêmio, de uma comenda etc.

(2) *Atos bilaterais* – os que são formados por um acordo de vontades entre partes. São os atos convencionais. Exemplo: um contrato, uma concessão de serviço público (que são atos administrativos em sentido amplo).

k) *Quanto à natureza das situações jurídicas que criam*

84. Trata-se de classificação dos atos jurídicos em geral, proposta por Duguit,⁵⁶ e acompanhada no fundamental por Bonnard,⁵⁷ Jèze, Laubadère, entre muitos outros. No Brasil é defendida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.⁵⁸

É classificação de enorme relevo para o Direito Administrativo. De acordo com ela, os atos distinguem-se em:

(1) *Atos-regra* – os que criam situações gerais, abstratas e im pessoais e por isso mesmo a qualquer tempo modificáveis pela vontade de quem os produziu, sem que se possa opor direito adquirido à persistência destas regras. Exemplo: o regulamento.

56. *Traité de Droit Constitutionnel*, t. I, Paris, Librairie Fontemoing, 1925, especialmente pp. 252-268.

57. *Précis de Droit Administratif*, Paris, Sirey, 1935, pp. 31-33.

58. *Princípios Gerais* ..., cit., pp. 394-401.

(2) *Atos subjetivos* – os que criam situações particulares, concretas e pessoais, produzidas quanto à formação e efeitos pela vontade das partes, sendo imodificáveis pela vontade de uma só delas e gerando, então, direitos assegurados à persistência do que dispuseram. Exemplo: o contrato.

(3) *Atos-condição* – os que alguém pratica incluindo-se, isoladamente ou mediante acordo com outrem, debaixo de situações criadas pelos atos-regra, pelo que sujeitam-se às eventuais alterações unilaterais delas. Exemplo: o ato de aceitação de cargo público; o acordo na concessão de serviço público.

l) *Quanto à posição jurídica da Administração*

85. Costumava-se mencionar, no passado, a distinção entre:

(1) *Atos de império* – os que a Administração praticava no gozo de prerrogativas de autoridade. Exemplo: a ordem de interdição de um estabelecimento.

(2) *Atos de gestão* – os que a Administração praticava sem o uso de poderes comandantes. Exemplo: venda de um bem; os relativos à gestão de um serviço público.

Esta velha distinção está em desuso desde o final do século passado por imprecisa, inexacta e haver perdido sua função primordial (excluir responsabilidade do Estado pela prática dos primeiros e admiti-la para os segundos). De acordo com a antiga concepção, só os primeiros seriam verdadeiramente atos administrativos. Tal distinção foi aqui mencionada apenas porque, às vezes, anacronicamente e – é claro – com resultados errôneos, doutrina e jurisprudência pátrias invocam-na para separar atos administrativos de atos de Direito Privado da Administração ou de suas entidades auxiliares que têm personalidade de Direito Privado.

Hoje, com certa similaridade, porém maior precisão, fala-se em atos de *Direito Privado* praticados pela Administração e atos *regidos pelo Direito Público*. É lógico, todavia, que não se atribuem as consequências dantes cogitadas quanto à exclusão de responsabilidade estatal. Alguns, como Gordillo,⁵⁹ sob o correto fundamento de que os primeiros regem-se pelo Direito Administrativo quanto às condi-

ções de produção, controle e vícios, os incluem entre os atos administrativos. Outros, como nós mesmos, rejeitam esta inclusão, sob fundamento de que o conteúdo e os efeitos do ato são regulados pelo Direito Privado. É a posição, dentre muitos, de Cassagne⁶⁰ e Julio Pratt.⁶¹

XI. Vinculação e discricionariedade

86. Uma das grandes distinções que se faz entre os atos administrativos e à qual se atribui o maior relevo, com justa razão, é a que os separa em atos vinculados e "discricionários". Em rigor, estes últimos só se nominariam adequadamente como "atos praticados no exercício de competência discricionária". Com efeito, a dicção "ato discricionário", só pode ser tolerada como uma forma elíptica de dizer "ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção" e, mesmo assim, cumpre advertir que a impropriedade da nomenclatura corrente (que leva à oposição ato discricionário/ato vinculado) é causa de inúmeros e graves equívocos jurídicos.

O tema da discricionariedade será melhor estudado no Capítulo XIX, "Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial"; mas, de qualquer modo, é indispensável que sejam, desde já, veiculadas noções esclarecedoras sobre esta relevantíssima questão.

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedir-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos "discricionários", pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que *adstrita à lei reguladora da expedição deles*.

A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao admi-

60. *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, pp. 121 e ss.

61. *Derecho Administrativo*, t. III, vol. II, Acali Editorial, 1978, pp. 18 e 19.

nistrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar.

87. Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há *ato propriamente discricionário*, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à *competência*, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato — e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmam os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto.

Contrariando a opinião que prevalece pacificamente na jurisprudência e na doutrina brasileiras e majoritariamente fora do Brasil, entendemos, pelo contrário, que pode haver certa discricionariedade quanto ao fim. Embora seja indiscutível que o fim do ato administrativo deva ser sempre e necessariamente um interesse público, sob pena de invalidade, na maior parte das vezes a apreciação do que é o interesse público depende, em *certa medida*, de uma apreciação *subjetiva*, isto é, de uma investigação insuscetível de se reduzir a uma *objetividade absoluta*. Preferimos dizer que o fim é *sempre vinculante* (como, aliás, todos os elementos da norma), de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público; porém, a qualificação do interesse público comporta *certa margem*, delimitada, é certo, de juízo discricionário.

Não é assim, todavia, reafirme-se, que a doutrina e a jurisprudência nacionais, seguindo os passos da doutrina e jurisprudência estrangeiras, consideram a matéria.

88. Seria exemplo de ato vinculado a aposentadoria compulsória de funcionário aos 70 anos de idade. Como se nota, a Administração não tem, no caso, liberdade alguma com relação à prática de tal ato. Se o funcionário completou 70 anos — situação de objetividade absoluta, insuscetível de qualquer dúvida ou apreciação subjetiva —, o Poder Público está *obrigado* a aposentar o funcionário. Isto é, a lei já previu antecipadamente com rigor incontrovertível tanto a situação de fato que dá margem ao ato quanto o conteúdo do ato, que só

pode ser no sentido de aposentar. Outro exemplo: se o funcionário, homem, com 60 anos de idade, 10 anos de efetivo exercício no serviço público e 5 no cargo, completa 35 anos de contribuição e requer aposentadoria, o Estado não pode negá-la. Não lhe cabe examinar nada do ponto de vista do que seria ou não oportuno. Cumpre-lhe apenas proceder à objetiva averiguação da ocorrência do tempo necessário previsto na lei, feito o quê, diante do pedido do funcionário, não pode senão ter um comportamento: deferir a aposentadoria. Igualmente, a *licença* para edificar ilustra a hipótese. A lei prevê os requisitos objetivos que alguém deve preencher se desejar construir em dado imóvel. Desde que o particular deseje e apresente planta obediente aos requisitos legais, solicitando alvará de licença para edificação, a Administração só pode deferir o pedido. Se não o fizer, terá descumprido a lei e praticado ato ilegítimo suscetível de correção judicial.

89. A situação é bastante diversa quando a lei deixa ao Poder Público certa margem de discricionariedade por ocasião da prática do ato. Assim, considere-se o caso da autorização do porte de arma. Se o particular o solicita, a Administração deferirá ou não, posto que a lei não a constringe à prática do ato, dado que faculta ao Poder Público examinar no caso concreto se convém ou não atender ao pretendido pelo interessado. Vejamos outra hipótese: quando a lei estabelece a possibilidade de a Administração aplicar multas a infratores de normas administrativas, admitindo que devam variar entre o mínimo e o máximo preestabelecidos em função da *gravidade* da conduta, é óbvio que haverá, inevitavelmente, certa margem de *apreciação subjetiva* quanto ao teor de gravidade dela, embora dentro de certos limites de razoabilidade. Existirá, pois, no interior deles, alguma "liberdade" de apreciação exercitável pelas autoridades públicas.

90. Em suma: discricionariedade é liberdade *dentro da lei*, nos limites da norma legal, e *pode ser definida como*: "A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal".

91. Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir *arbitrariamente* o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em

consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir *discricionariamente* o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), *cumprindo* a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.

92. Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário, pois nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é *exercício de juízo discricionário* quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamentos e *opções* discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público *in concreto*, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste *juízo* ou desta *opção*.

93. A lei, ao regular certas situações, pode deixar margem de liberdade de apreciação para a Administração quanto: a) ao momento da prática do ato; b) à forma do ato; c) ao motivo do ato; d) à finalidade do ato; e) ao conteúdo do ato.

O grau de discricionariedade administrativa é crescente quando se caminha da primeira para a última hipótese. Além do mais, a liberdade relativa eventualmente fruível pelo administrador pode se referir a um, a vários ou a todos os aspectos mencionados, dependendo da disciplina legal. Em função disto, a discricionariedade será maior ou menor.

As indicações até agora feitas pretenderam enfatizar com alguma simplicidade o problema da discricionariedade, a fim de torná-la inteligível sem dificuldades maiores e de acordo com as opiniões mais comuns exaradas sobre o tema, com ressalva da questão pertinente a certa margem de discricionariedade quanto ao fim, em que manifestamos opinião discrepante da doutrina amplamente prevalente.

94. Um exame mais rigoroso da matéria, entretanto, vai revelar que toda a questão da discricionariedade está estreita e indissoluvelmente ligada a dois tópicos; a saber:

(1) *Ao exame da própria norma jurídica responsável pela existência desta liberdade*. Dentro desta linha de raciocínio dever-se-á dizer que as normas jurídicas se constituem em uma disciplina da conduta humana mediante a qual, a fim de atingir certas finalidades, são *facultados* ou *exigidos* certos comportamentos dos sujeitos de

direito. Em vista disto, a lei prevê certos acontecimentos que, descritos *com objetividade total* ou *sem objetividade total*, uma vez sucedidos, constituem os agentes na *faculdade* ou na *obrigação* de agir, ora especificando qual o comportamento facultado ou obrigado, ora não especificando exatamente o conteúdo deste comportamento, o qual deve sempre se orientar para uma finalidade também ela enunciada (ou subentendida) mediante conceitos padecentes de certa fluidez, certa indeterminação.

Na vinculação, a previsão do acontecimento em função do qual o sujeito agirá é de uma *objetividade absoluta* (por exemplo: "ao funcionário que tiver 35 anos de contribuição e 60 anos de idade e requerer aposentadoria ...") e o comportamento, além de ser *exigido* ("... a Administração deverá ..."), é exatamente *especificado* ("... conceder a aposentadoria pretendida").

95. Na discricionariedade, pelo contrário, a norma reguladora carece desta precisão porque:

a) ou *não descreve* antecipadamente a *situação* em vista da qual será suscitado o comportamento administrativo (por exemplo: suponha-se uma norma nestes termos: "O Presidente da República poderá mudar a Capital do país". Não há indicação do pressuposto, isto é, do motivo, da situação que autoriza a prática do ato);

b) ou a situação é *descrita* por palavras que recobrem *conceitos vagos*, dotados de *certa imprecisão* e por isso mesmo irredutíveis à objetividade total, refratários a uma significação unívoca inquestionável (por exemplo: suponha-se uma norma nestes termos: "Os que se comportarem de modo *indecoroso* deverão ser expulsos do cinema" — o pressuposto *comportamento indecoroso* ressentem-se de alguma fluidez);

c) ou, independentemente de haver previsão da situação (contemplada mediante conceito preciso ou impreciso), a norma conferire no próprio mandamento uma *liberdade decisória*, que envolve exame de conveniência, de oportunidade, *ao invés de um dever de praticar um ato específico*. Neste caso, ela poderá haver outorgado certa liberdade ao administrador para não praticar o ato ou praticá-lo num outro sentido (por exemplo: suponha-se norma nestes termos: "A Administração poderá, a requerimento do interessado, converter em pecúnia a licença-prêmio a que o funcionário faça jus", ou ainda: "A Administração poderá conceder um prêmio de R\$ 5.000,00 a quem haja preenchido tais e tais condições"). Finalmente, registre-se

que, nos casos em que o pressuposto *não seja enunciado pela lei ou, havendo sido, sua descrição recubra conceito vago ou impreciso*, a caracterização do motivo autorizador do ato *dependerá de seu ajustamento à finalidade legal* (com efeito: toda norma administrativa visa a alcançar um interesse público, uma formalidade pública);

d) finalmente, o objetivo legal costuma ser descrito de forma apenas genérica (o "interesse público") ou, em sendo *específica* ("moralidade pública, salubridade pública, ordem pública", por exemplo), contempla conceito padecente de certa imprecisão, certa indeterminação objetiva, como nos exemplos aludidos. Esta imprecisão refletirá sobre o próprio motivo. Pense-se no exemplo já aventado: a Administração deverá expulsar dos locais de espetáculo público os espectadores *que se portem indecorosamente*, a fim de proteger a *moralidade pública*. Como saber o que é ou não indecoroso? Depende da noção que se tenha da moralidade pública. Ora, como esta é conceito dotado de certa elasticidade, sua imprecisão é que irá tornar fluida a noção de ato indecoroso.

96. (2) O segundo tópico respeita ao *exame do caso concreto*, pois a existência de norma ensanchadora de liberdade administrativa *não é o bastante para concluir-se que exista discricção na prática de um determinado ato. É requisito indispensável; não porém suficiente*. Com efeito, desde logo, quando a lei se vale de conceitos vagos, fluidos, imprecisos ("gravidade" de uma infração, ofensa à "moralidade" pública, situação "urgente", passeata "tumultuosa" etc.), dos quais resultaria certa liberdade administrativa para ajuizar sobre a ocorrência de situações assim qualificáveis, tal liberdade só ocorre em casos *duvidosos*, isto é, quando realmente é possível mais de uma opinião razoável sobre o cabimento ou descabimento de tais qualificativos para a espécie.

Assim como a dúvida pode se instaurar precedentemente, em inúmeras situações — quando, então, haverá espaço para um juízo subjetivo pessoal, do administrador —, em inúmeras outras, pelo contrário, não caberá dúvida alguma sobre o descabimento ou então sobre o cabimento da qualificação. Ou seja: será óbvio que dada infração não é "grave", que não houve ofensa à "moralidade", que inexistente "urgência", que inócua "tumulto", ou, opostamente, estarão evidentes a gravidade, a moralidade, a urgência, o tumulto etc. Aí, então, não haverá discricionariedade alguma para o administrador. Em suma: a aplicabilidade dos conceitos vagos só proporcionará discricionariedade nas situações marginais.

É que mesmo estes conceitos chamados “fluidos” possuem um núcleo significativo certo e um halo circundante, uma auréola marginal, vaga ou imprecisa. Daí resulta que haverá sempre uma *zona de certeza positiva*, na qual ninguém duvidará do cabimento da aplicação do conceito, uma *zona circundante*, onde justamente proliferarão incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, e, finalmente, uma *zona de certeza negativa*, onde será indisputavelmente seguro que descabe a aplicação do conceito.

97. Por outro lado, a “liberdade” que a norma haja conferido em seu mandamento ao administrador, quando lhe abre alternativas de conduta (agir ou não agir, conceder ou negar, praticar o ato “A” ou o ato “B”), não lhe é outorgada em seu proveito ou para que faça dela o uso que bem entenda. Tal liberdade representa apenas o reconhecimento de que a Administração, que é quem se defronta com a variedade uniforme de situações da vida real, está em melhor posição para identificar a providência mais adequada à satisfação de um dado interesse público, em função da composição destas mesmas situações. Por isso, a lei, não podendo antecipar qual seria a medida excelente para cada caso, encarrega o administrador, pela outorga de discricção, de adotar o comportamento ideal: aquele que seja apto *no caso concreto* a atender com perfeição à finalidade da norma.

98. Assim, a discricionabilidade existe, por definição, *única e tão somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima*, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicada. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talento, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo. Logo, para verificar-se se o ato administrativo se contorne dentro do campo em que realmente havia discricção, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto. Esta esfera de decisão legítima compreende apenas e tão somente o campo dentro do qual ninguém poderá dizer com indisputável objetividade qual é a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável. Fora daí não há discricção.

Com efeito, considerada cada situação com sua fisionomia e coloração específicas, poder-se-á, *algumas vezes*, verificar que a satisfação de finalidade normativa reclamaria, *para além de qualquer dúvida possível*, unicamente o ato “A” e não o ato “B”; o deferimento de cada pretensão e não seu indeferimento, ou vice-versa. Vale dizer: haverá casos em que pessoas sensatas, equilibradas, normais, serão todas concordes em que só um dado ato — e não outro — aten-

deria à finalidade da lei invocada; ou, então, assentirão apenas em que, de todo modo, determinado ato, com certeza objetiva, não a atenderia. Segue-se que, em hipóteses deste jaez, se a Administração agir de maneira inversa, evidentemente terá descumprido a finalidade legal. Por isso, não lhe aproveitará invocar a *norma* atributiva de discricção, pois, consoante se disse, a discricção na regra de Direito é condição necessária mas não suficiente para configurá-la quando da prática do ato. A discricionabilidade do ato só existe *in concreto*, ou seja, perante o quadro da realidade fática com suas feições polifacéticas, pois foi em função disto que a lei se compôs de maneira a obrigá-la.

Assim, é óbvio que o Poder Judiciário, a instâncias da parte, deverá invalidar atos que incorram nos vícios apontados, pois nestes casos *não há realmente discricção*, mas vinculação, ou *a discricção não se estende até onde se pretendeu que exista*, já que — repita-se — discricionabilidade é margem de liberdade que efetivamente exista *perante o caso concreto*. Discricionabilidade ao nível da norma pode ou não engendrar discricção em face de uma específica situação ocorrente na realidade empírica, e, de toda sorte, estará sempre restringida aos limites que a situação vertente comporta.

Discricionabilidade técnica

98-A. A expressão *discricionabilidade técnica* é uma expressão equívoca, visto que, por vezes, é usada em dois sentidos diferentes.

Um, para designar situações em que a lei pressupõe que a conduta administrativa a ser adotada depende de uma averiguação técnica passível de um resultado *conclusivo*, o qual é o conseqüente de um exame que a Administração teve de efetuar como condição para decidir-se. Assim, se a lei estabelece que *devem* ser abatidos os animais portadores de febre aftosa, ou erradicadas as plantas contaminadas pelo chamado cancro cítrico — para referirmos exemplos colacionados pelo Prof. O. A. Bandeira de Mello — a decisão do abate ou da erradicação vegetal conseqüente terá de ser precedida por uma averiguação técnica e seu resultado indicará conclusivamente se ocorre ou não o pressuposto normativo *exigente* de dada conduta. *Não há aí discricionabilidade alguma*, como adverte o referido mestre.⁶² Assim, o uso da expressão *discricionabilidade técnica* em tal caso é manifestamente inadequado.

62. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3ª ed., 2ª tir., vol. I, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, n. 47.6, p. 489.

Sem embargo, a expressão *discricionariedade técnica*, outras vezes, também é usada para referir situação muito distinta, qual seja: aquela em que, embora o ato a ser praticado pela Administração também pressuponha uma averiguação técnica, a lei regente da matéria confere à Administração o dever de ajuizar sobre se a ocorrência do fato nela referido, e como tal reconhecido em decorrência da averiguação técnica, tem, ou não, nível de importância ou gravidade que requeira uma só conduta. Em tal caso, se a lei abre ao administrador a possibilidade de efetuar alguma temporização, alguma tolerância, sem que, por isto, haja, no caso concreto, comprometimento do interesse público *há, ai sim, uma discricionariedade mesclada com aspectos técnicos*. Idem, se esta faculdade aberta pela lei é feita, eventualmente, para fins de proceder à conciliação com algum outro interesse público que seria afetado e/ou se abre a possibilidade de ensejar a adoção simplesmente de alguma providência acauteladora dos bens jurídicos a serem defendidos. Disse o precatado O. A. Bandeira de Mello, com sua habitual proficiência: "em certas hipóteses o critério técnico fica efetivamente ligado ao administrativo, absorvido por este, de modo que se aprecia em função dele. Assim, as condições de segurança e higiene de construção, apesar de não satisfatórias tecnicamente, podem ser toleradas, segundo a conveniência e a oportunidade administrativas, porque, se não atendem às condições de perfeição, têm um mínimo de suficiência de segurança e higiene, em se realizando tais ou quais providências de adaptação".⁶³

Como se vê, nestas últimas hipóteses, conquanto esteja em causa igualmente a apreciação de aspectos técnicos, a lei abre alternativas ou alternativas para o comportamento da Administração, o que é, exatamente, a essência da discricionariedade: possibilidade que dimana da lei para a eleição de uma entre duas ou mais condutas em vista de realizar, do modo mais satisfatório possível, o interesse público no caso concreto.

XII. Ato administrativo "in specie"

Em função do conteúdo

99. Dentre os atos administrativos, algumas das figuras típologicas mais comuns são a admissão, a concessão, a permissão, a auto-

63. Ob. cit., pp. 488-489.

rização, a aprovação, a licença e a homologação. Convém, pois, enunciar sintética definição de cada uma destas figuras:

a) *Admissão* — é o ato unilateral pelo qual a Administração *vinculadamente* faculta a alguém a inclusão em estabelecimento governamental para o gozo de um serviço público. Assim, a utilização de um serviço hospitalar pelo correspondente internamento, o ingresso em estabelecimento oficial de ensino na qualidade de aluno, o desfrute dos serviços de uma biblioteca pública como inscrito entre seus usuários, são formas de gozo de serviço público que dependem do ato de admissão, o qual não pode ser negado aos que preencherem as condições normativas requeridas para seu desfrute. *Usa-se, ainda, esta expressão* para designar o ato administrativo pelo qual o Estado efetua a investidura precária de alguém entre seus servidores públicos, na qualidade de extranumerário, portanto, sem provimento de cargo público, o que, entretanto, não pode ocorrer em face da Constituição.

b) *Concessão* — é designação genérica de fórmula pela qual são expedidos atos ampliativos da esfera jurídica de alguém. Daí a existência de subespécies. Por isso, fala-se em concessão de cidadania, de comenda, de prêmio, de exploração de jazida, de construção de obra pública, de prestação de serviço público etc. É manifestamente inconveniente reunir sob tal nome tão variada gama de atos profundamente distintos quanto à estrutura e regimes jurídicos. Assim, v.g., a concessão de serviço público e a de obra pública são atos bilaterais; já, as de prêmio ou de cidadania são unilaterais.

c) *Permissão* — é o ato unilateral pelo qual a Administração faculta precariamente a alguém a prestação de um serviço público ou defere a utilização especial de um bem público. No primeiro caso serve de exemplo a permissão para desempenho do serviço de transporte coletivo, facultada precariamente por esta via, ao invés de outorgada pelo ato convencional denominado concessão. Exemplo da segunda hipótese tem-se no ato de facultar a instalação de banca de jornais em logradouro público, ou de quiosque para venda de produtos de tabacaria etc.

As permissões de serviço público, por força do art. 175 da Constituição, devem ser sempre precedidas de licitação; portanto, são atos vinculados. As permissões de uso de bem público, em princípio, também deverão ser antecedidas do mesmo procedimento, como regra, vinculadas, conquanto não se possa descartar alguma hipótese de permissão que, pela índole do uso pretendido ou de sua extrema brevidade, comporte outorga discricionária.

d) *Autorização* – é o ato unilateral pelo qual a Administração, discricionariamente, faculta o exercício de atividade material, tendo, como regra, caráter precário. É o caso da autorização para exploração de jazida mineral.

e) *Aprovação* – é o ato unilateral pelo qual a Administração, *discricionariamente*, faculta a prática de ato jurídico ou manifesta sua concordância com ato jurídico já praticado, a fim de lhe dar eficácia. De conseguinte, admite, conforme exposto, dupla modalidade, a saber: aprovação prévia, quando aprecia a conveniência e oportunidade relativas a ato ainda não editado, liberando sua prática; aprovação *a posteriori*, quando manifesta concordância discricionária com ato praticado e dela dependente a fim de se tornar eficaz. A aprovação prévia é menos comum.

f) *Licença* – é o ato *vinculado*, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos. A licença para edificar, que depende do competente alvará, exemplifica a hipótese. A licença de importação ou a de exercício de atividade profissional são outros tantos exemplos. Uma vez cumpridas as exigências legais, a Administração não pode negá-la. Daí seu caráter *vinculado*, *distinguindo-se, assim, da autorização*.

g) *Homologação* – é o ato vinculado pelo qual a Administração concorda com ato jurídico já praticado, uma vez verificada a concordância dele com os requisitos legais condicionadores de sua válida emissão. Percebe-se que se diferencia da aprovação *a posteriori* em que a *aprovação envolve apreciação discricionária ao passo que a homologação é plenamente vinculada*.

h) *Parecer* – é a manifestação opinativa de um órgão consultivo em que este expende sua apreciação sobre o que lhe é submetido. Tratando-se de ato muito comum no exercício da atividade jurídica do Estado, convém tratá-lo com alguma delonga.

99-A. Os pareceres se alocam entre os atos qualificáveis como pertinentes à administração consultiva, ainda que aqueles denominados “vinculantes”, espécie da mais extrema raridade e adiante referidos, devessem, segundo a opinião de alguns autores, ser excluídos do gênero *parecer*, conforme registra Giulio Getthi.⁶⁴ A finalidade

64. *La Consulenza Amministrativa*, Pádua, CEDAM, 1974, p. 236, nota 16. Esclarece o autor que deste teor são os pronunciamentos de Donati e Borsi, o primeiro por assimilá-los a autorizações, o que os inclui no campo da administração ativa;

dos pareceres “é a de iluminar e aconselhar o órgão da administração ativa”, como disse Pietro Virga.⁶⁵

Os pareceres podem ser divididos em *pareceres técnicos e pareceres administrativos*. Os primeiros (pareceres técnicos) trazem informações e esclarecimentos *da alçada de especialistas*. Envolve noções *apropriáveis mediante conhecimentos científicos* ou de uma técnica refinada. Valem, como exemplo, os pareceres técnico-jurídicos, ou da área médica ou da engenharia. No dizer de Hely Lopes Meirelles, que colaciona neste mesmo sentido acórdão do STF, in RDA 80/136: “Parecer técnico: é o que provém de órgão ou agente especializado na matéria, não podendo ser contestado por leigo, ou mesmo por superior hierárquico. Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica”.⁶⁶ Os segundos (pareceres administrativos) correspondem a um aconselhamento – por certo, também baseado em avaliações emitidas por sujeitos qualificados – mas que envolve conhecimentos e apreciações formuláveis segundo critérios nos quais o que prepondera é uma *política administrativa*.

Administrar é uma atividade complexa que tem interseções com todos os campos do conhecimento, resultando disto, como observou Yves Weber, ser-lhe necessário acostar-se em múltiplas técnicas afins a estes diversos setores. Conforme ressaltou: “entre esta diversidade de técnicas solicitadas, uma transcende a todas, a *técnica jurídica*”.⁶⁷ Com efeito, dada a importância primacial do princípio da legalidade administrativa, é correto que o administrador público se veja, rotineiramente, a braços com a necessidade de esclarecimento sobre a viabilidade ou mesmo sobre a obrigatoriedade jurídica de certas condutas que poderá ou deverá tomar, o que o colocará na contingência de esclarecer-se mediante pareceres técnico-jurídicos. No caso de tais pareceres, é evidente que o administrador, terá como arrimo – e inquestionável para ele – aquilo que lhe haja sido elucidado pela manifestação jurídica (ainda que o administrador fosse alguém com formação nesta mesma área e com muito maior razão, do ponto de vista fático, se sua formação profissional for em

o segundo por considerar que são atos complexos de complexidade desigual, enquanto Forti e Navarra, os ubicam na esfera da administração de controle.

65. *Diritto Amministrativo*, 4ª ed. atualizada, vol. 2, Milão, Giuffrè, 1997, pp. 28-29.

66. *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., Malheiros Editores, 2012, p. 198.

67. *La Administration Consultative*, Paris, LGDJ, 1968, p. 16 (grifo nosso).

área diversa, qual a de médico, engenheiro, economista, agrônomo ou qualquer outra).

Note-se que *não se está a dizer* que o parecer necessariamente lhe vinculará a conduta. Esta é outra questão. Os pareceres costumam ser classificados em (a) facultativos; (b) obrigatórios e (c) vinculantes.⁶⁸ *Facultativos*, são os que a autoridade pode solicitar, mas não está obrigada a demandá-los; *obrigatórios* são aqueles que a autoridade está juridicamente adstrita a solicitar antes de decidir, mas, tanto quanto em relação aos anteriores, não está obrigada a seguir; *vinculantes* são aqueles que a autoridade não apenas deve pedir, mas estará obrigada a seguir. Segue-se que, no caso dos pareceres obrigatórios, e, assim, pois, dos técnico-jurídicos desta tipologia, se não for solicitado o parecer, o ato decisório será, *ipso facto*, inválido. No caso dos vinculantes, sê-lo-á tanto na hipótese de não ser solicitado, quanto na de ser praticado ato decisório em desconformidade com ele.

Se vier a ser considerado *inválido o ato praticado em desconformidade com parecer técnico* (e cujo vício se relacione com questão ou aspecto objeto da manifestação do parecer) caberá responsabilização do agente que expediu o ato decisório, pois, em tal caso, ficará evidenciado que agiu (pelo menos) com culpa, porquanto terá desatendido conclusões em relação às quais não tinha habilitação *técnico-funcional* para contender com conhecimentos de causa (mesmo que, de fato, dispusesse de conhecimentos naquela área).

Se, diversamente, houver atuado na conformidade do parecer técnico, entendemos fora de dúvida que, com a ressalva feita a seguir, *descaberá responsabilizar o agente*. É que, em tal caso, seu comportamento terá sido estribado em conclusões a respeito das quais não tinha, *funcionalmente* ou, muitas vezes, sequer de fato, conhecimento de causa para decidir, e que foram fornecidas por quem as possuía. Logo, não se poderá derivar diretamente daí *imprudência, negligência ou imperícia, vale dizer culpa*. Ora, como é notório, a responsabilidade civil dos agentes públicos só tem lugar

68. Cf., ao respeito, entre tantos, além dos autores já citados, no Brasil, Maria Sylvia Zanella Di Pietro – chamando à colação lições de O. A. Bandeira de Mello –, *Direito Administrativo*, 6ª ed., Atlas, 1996, p. 191. No exterior: Manoel María Díez, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, p. 45; Ugo Forti, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Nápoles, Eugenio Jovene, 1937, pp. 124 e ss.; entre os mais recentes: Rocco Galli, *Corso di Diritto Amministrativo*, reimpr. atualizada da 2ª ed., Pádua, CEDAM, 1996, pp. 413 e ss.; Vincenzo Cerulli Irelli, *Corso di Diritto Amministrativo*, 2ª ed. revista e ampliada, Turim, Giappichelli, 1997, pp. 446 e ss.

nos casos de dolo ou culpa, o que, aliás, tradicionalmente se estampa até mesmo em nossas Constituições (hoje, residindo no art. 37, § 6º, da Lei Magna).

Entretanto, é fundamental assinalar que o pressuposto do que se vem de dizer, é o de que a autoridade administrativa não tenha qualquer possibilidade de interferência na manifestação do parecerista. Onde: se este ocupa cargo de provimento em comissão ou função de confiança, sendo, pois, suscetível de ser dele desligado *ad nutum*, é claro que não desfrutará da independência necessária para o opinamento técnico-jurídico. Em tal caso, seu parecer não respaldará a conduta do agente. Logo, este último, como observa a precitada Carolina Zancaner Zockun, será responsável pelo ato, ainda que praticado na conformidade do parecer, porque buscou um apoio cujo conforto poderia ser por ele manipulado e não raro, deveras, o é.

Aliás, embora frequentemente ocupantes de cargo em comissão ou de funções de confiança emitam pareceres jurídicos, isto não pode ser juridicamente admitido, pois, como alerta Maurício Zockun, o art. 132 da CF é explícito em dizer que a representação judicial e a consultoria jurídica da União e dos Estados cabe aos membros da carreira de procurador. Há de se entender que está referido a cargos e cargos efetivos de tal carreira. A Lei Magna é silente em relação aos procuradores municipais, porém, a teor de precedente comentário do citado publicista, não é excessivo entender que também a eles deve ser aplicado. Deveras, como resulta do brocardo jurídico latino, “ubi idem ratio ibi eadem legis dispositio” (onde existir a mesma razão, aí se aplicará a mesma regra legal).

Aliás, como bem o sabe quem tem algum conhecimento das mazelas estatais, a praga do serviço público, a fonte de boa parte da corrupção administrativa, reside justamente nesta espécie de cargos ou de funções, que – repita-se enfaticamente o que já se disse no capítulo V (notas de rodapé aos ns. 13 e 79) – deveriam ser reduzidos a um mínimo possível e, para diminuir os escândalos na Administração, excluídos da possibilidade de exercício de inúmeras atividades que hoje desempenham.

Vistas as implicações do parecer para o agente da administração ativa, vejamos quais são elas para quem emitiu tal ato. Cabe responsabilização do parecerista – e é obrigatória quando o ato haja sido praticado com base nele – sempre que haja incorrido em *imperícia* ou eventualmente em *imprudência, negligência ou dolo*. Em suma, a ilegalidade consistirá precisamente na culpa ou dolo com que te-

nha agido o parecerista ao emitir seu juízo. Cumpre que o parecer seja tecnicamente categorizável como *positivamente errôneo, intollerável*, por estampar manifestação expressiva de visível despreparo profissional, isto é *imperícia*, ou *negligência* em relação aos deveres a que estava obrigado no exame da questão ou *imprudência*, vale dizer, afoiteza incompatível com o zelo e cautela requeridos ou, finalmente, e pior que tudo, *dolo*, malícia, intenção deliberada de fraudar as conclusões que a ciência ou a técnica iniludivelmente impunham no caso. O ato *decisório* atacado pode, pois, ser considerado *vicioso sem que por isto esteja comprometida a higidez jurídica de parecer que o esribou*, ainda que as conclusões dele sejam, a final, infirmadas em juízo, *dada a natural divergência de opiniões em questões passíveis de controversia razoável*. Nisto se demonstra a autonomia da ilegalidade do parecer e da ilegalidade do subseqüente ato objeto da contenda, a requererem, pois, demonstrações *autônomas*.

Cumpra observar que a terminologia com que os atos administrativos são rotulados é muito incerta, inexistindo concordância total entre os autores com respeito à identificação exata do ato tal ou qual debaixo de uma designação uniforme. O mesmo se passa na legislação, que, frequentemente, utiliza acriticamente as expressões mencionadas, sem distinguir ou selecionar com rigor uma dada designação constante para uma determinada espécie de ato. As indicações feitas acima procuram manter-se afinadas com a terminologia mais comum e que só pouco a pouco vai se firmando. Na conceituação de várias figuras seguimos as lições do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,⁶⁹ que nos parecem as mais precisas e claras.

Aliás, as lições deste mestre norteiam claramente boa parte do presente capítulo.

Como formas de manifestação de outros atos

100. Além dos atos relacionados em função do conteúdo deles, é útil mencionar certos atos, também frequentes, que são *formas* por via das quais a Administração manifesta outros atos. Isto é: ouvimos referir com frequência “decretos”, “portarias”, “alvarás”, “instruções”, “avisos”, “circulares”, “resoluções” etc. Tais denominações referem-se a “fórmulas”, isto é, a *meios* pelos quais a Administração

exterioriza sua vontade. Tais atos não são, em si mesmos, substâncias, conteúdos, mas continentes. São veículos de expedição de atos. Entretanto, as denominações referidas não são utilizadas indistintamente, ou seja, reportam-se a certas qualificações que permitem discerni-los. Vejamos cada uma delas:

a) *Decreto* — é fórmula pela qual o Chefe do Poder Executivo (federal, estadual, distrital e municipal) expede atos de sua competência *privativa* (art. 84 da Constituição). Assim, por meio de decreto são expedidas quer normas gerais, como os *regulamentos*, quer normas individuais, isto é, atos concretos, da alçada dos Chefes de Executivo. Então, por via de decreto, expede-se tanto o “Regulamento do Imposto de Renda”, ato normativo, quanto uma “declaração de utilidade pública de um bem para fins de desapropriação” ou a “nomeação” ou a “demissão” de um funcionário público.

b) *Portaria* — é fórmula pela qual autoridades de *nível inferior* ao de Chefe do Executivo, sejam de qualquer escalão de comandos que forem, dirigem-se a seus subordinados, transmitindo decisões de efeito interno, quer com relação ao andamento das atividades que lhes são afetas, quer com relação à vida funcional de servidores, ou, até mesmo, por via delas, abrem-se inquéritos, sindicâncias, processos administrativos. Como se vê, trata-se de ato formal de conteúdo muito fluido e amplo.

c) *Alvará* — é fórmula utilizada para expedição de autorizações e licenças.

d) *Instrução* — é fórmula de expedição de normas gerais de orientação interna das repartições, emanadas de seus chefes, a fim de prescreverem o modo pelo qual seus subordinados deverão dar andamento aos seus serviços.

e) *Aviso* — é fórmula que foi utilizada ao tempo do Império pelos Ministros de Estado para prescrever orientação dos órgãos subordinados, tendo neste caso o mesmo caráter das instruções atuais, ou ainda como instrumento de comunicação a autoridade de alto escalão. Hoje tem utilização restrita. Praticamente, é usado quase que só nos Ministérios militares.

f) *Circular* — é fórmula pela qual autoridades superiores transmitem ordens uniformes a funcionários subordinados. *Não veicula regras de caráter abstrato como as instruções*, mas concreto, ainda que geral, por abranger uma categoria de subalternos encarregados de determinadas atividades.

69. *Princípios Gerais* ..., cit., pp. 550 a 569.

g) *Ordem de serviço* – é fórmula usada para transmitir determinação aos subordinados quanto à maneira de conduzir determinado serviço. Ao invés desta fórmula, as ordens por vezes são veiculadas por via de circular.

h) *Resolução* – é fórmula pela qual se exprimem as deliberações dos órgãos colegiais.

i) *Parecer* – é a manifestação opinativa de um órgão consultivo expondo sua apreciação técnica sobre o que lhe é submetido.

j) *Ofício* – é a fórmula pela qual os agentes administrativos se comunicam formalmente. São, por assim dizer, as “cartas” oficiais. Por meio delas expedem-se convites, agradecimentos e encaminham-se papéis, documentos e informações em geral.

Finalmente, mencione-se o “despacho”, que, sem ser uma fórmula, propriamente, é a denominação utilizada para referir *decisões finais* ou *interlocutórias* das autoridades em matérias que sejam submetidas à sua apreciação.

101. Comparando-se estas várias fórmulas verifica-se que: o decreto aparta-se de qualquer outra, por ser fórmula privativa dos atos de Chefes de Executivo no exercício de suas competências específicas. A instrução distancia-se da circular e da ordem de serviço porque, ao contrário destas últimas, veicula regras abstratas. A circular e a ordem de serviço servem para expedição de regras concretas, embora gerais, e correspondem a fórmulas utilizadas alternativamente. O aviso funciona, às vezes, como ofício entre autoridades de alto escalão, enquanto em outros casos equivale às instruções. A portaria tem alcance muito impreciso e, bem por isso, por meio dela são expedidas ora regras gerais e abstratas, ora decisões concretas e individuais, motivo por que em certos casos desempenha função equivalente à das instruções e das ordens de serviços e circulares. Em outras hipóteses, contudo, veicula atos que não se expressariam por estas fórmulas, como é o caso das aberturas de inquéritos, sindicância ou processo administrativo. As demais figuras mencionadas são perfeitamente distintas e inconfundíveis com quaisquer outras (resoluções, alvarás, pareceres e ofícios).

Como se percebe da conceituação das várias fórmulas, nem todas possuem significação precisa, posto que os autores, refletindo o uso variado delas por parte das autoridades administrativas, não lhes atribuem campo de abrangência uniforme. A enunciação feita pretende apenas recolher o sentido mais comum das expressões mencionadas.

101-A. Nos últimos anos, possivelmente por influência de ecônômistas e/ou administradores, em nossa legislação têm surgido termos, expressões, que ingressam no universo jurídico como se fossem designativos de alguma realidade do Direito, isto é, como se estivessem a batizar algo com identidade unitária própria em face do Direito, quando, na verdade, estão a rotular situações que podem ser havidas como similares apenas em face da Ciência da Administração. Diante do Direito, contudo, são distintas, seja em sua estrutura, seja no regime jurídico a que se submetem. Sem embargo, por se tratar de um mesmo nome utilizado, frequentemente e com desenvoltura em várias leis, pode causar confusão nos operadores do Direito. Uma destas expressões é o chamado *credenciamento*.

Convém, pois, fazer alguns esclarecimentos a este propósito. Para tanto, tomaremos por base, artigo produzido por Adilson Dallari (publicado na *Revista Eletrônica do Direito do Estado – REDE*, n. 5, janeiro-março/2006) e exposição feita pela Profa. Weida Zancaner no XXII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo (realizado em outubro de 2008, em Brasília). A referida administrativista arrola, exemplificativamente, diferentes situações designadas como “credenciamento” – tais, o credenciamento de estagiários em uma Procuradoria de Estado, o credenciamento de médicos e clínicas para atendimento na área da Saúde, o credenciamento de tradutores públicos para prestação da atividade de tradutor juramentado, o credenciamento de empresas para averiguação técnica da situação de veículos pelo DETRAN etc.

Assim, como esclarece a autora, credenciamento é um termo vago pelo qual se designam diferentes atos administrativos amplos da esfera jurídica dos particulares, pelos quais ora se habilita alguém à prática de ato de ofício público (caso do tradutor juramentado) ora à prestação de serviço público (caso do médico credenciado) ou de serviço social (credenciamento de Universidade) ora à prática de ato material preparatório da prática de ato de polícia (credenciamento de empresa para aferir o bom ou mau estado de um veículo automotor) ora à designação para auxiliar, na condição de aprendiz, trabalhos jurídicos estatais.

Adilson Dallari, em seu valiosíssimo estudo, no qual também apresenta variado exemplário de hipóteses de credenciamento, o conceitua como “o ato ou contrato formal pelo qual a Administração Pública confere a um particular, pessoa física ou jurídica, a prerrogativa de exercer certas atividades materiais ou técnicas, em caráter

instrumental ou de colaboração com o Poder Público, a título oneroso, remuneradas diretamente pelos interessados, sendo que o resultado dos trabalhos executados desfruta de especial credibilidade, tendo o outorgante o poder/dever de exercer a fiscalização, podendo até mesmo extinguir a outorga, assegurados os direitos e interesses patrimoniais do outorgado inocente e de boa-fé" (ob. cit., p. 15).

XIII. Procedimento (ou processo) administrativo

102. "É uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final e conclusivo."

Com efeito, ao desempenhar suas atividades administrativas, o Poder Público frequentemente não obtém o resultado pretendido senão mediante uma sequência de atos ordenados em sucessão. Daí a figura do procedimento administrativo, isto é, a noção de procedimento administrativo, que, justamente, reporta-se a estas hipóteses em que os resultados pretendidos são alcançados por via de um conjunto de atos encadeados em sucessão itinerária até desembocarem no ato final.

Exemplos de procedimentos administrativos são os concursos para provimento de cargo público ou as licitações para alienação de bens ou aquisição de bens ou serviços.

Assim, a nomeação de um funcionário efetivo é a conclusão de um conjunto de atos ordenados em sequência e que precedem necessariamente o ato final de provimento. Com efeito: a primeira providência, a dizer, o primeiro ato necessário, é a abertura de concurso para a publicação dos editais. Depois disso, há a fase de recebimento das inscrições, em que alguns — os que preenchem as condições previstas no edital como indispensáveis para concorrer — são admitidos e outros liminarmente excluídos. Desta decisão cabem recursos, donde os atos decisórios pertinentes a eles. Vencida esta etapa, realizam-se as provas e correspondente atribuição de notas, das quais, aliás, também cabem recursos e correlatas decisões. Afinal, há a classificação dos candidatos e, por último, as nomeações dos habilitados, segundo a ordem das respectivas classificações.

Um segundo exemplo: se o Estado deseja adquirir bens, contratar obras ou serviços, deve realizar uma licitação. Para tanto, publicará editais prefixando as condições de disputa do certame e especificando o objeto, isto é, o bem pretendido pelo Poder Público.

Após o edital há uma fase de exame da idoneidade jurídica, técnica e financeira dos *proponentes*, em função do que alguns serão habilitados ao certame e outros dele excluídos. Do ato em apreço cabe recurso, a ser decidido pela comissão licitante. Vencida esta fase de habilitação, deflagra-se a fase posterior, em que são abertas publicamente as *propostas*. Após isto, há a classificação das propostas, de tal sorte que são ordenadas em função das maiores ou menores vantagens oferecidas. Se a Administração considerar satisfatória a melhor proposta, irá, então, adjudicar ao vencedor o objeto da licitação. Finalmente, a autoridade superior homologará a licitação. Só depois disto haverá o contrato. Percebe-se que há uma sucessão de atos, ordenados todos em função de atingirem um ato final.

103. Nos procedimentos administrativos, os atos previstos como anteriores são condições indispensáveis à produção dos subsequentes, de tal modo que estes últimos não podem validamente ser expedidos sem antes completar-se a fase precedente. Além disto, o vício jurídico de um ato anterior contamina o posterior, na medida em que haja entre ambos um relacionamento lógico incindível.

104. O procedimento administrativo não se confunde com os atos complexos, pois nestes há *unidade na função das declarações jurídicas que os compõem*, ao passo que no procedimento seus atos desempenham funções distintas, com autonomia e, portanto, heterogeneidade de função.

Conforme a função que desempenham no procedimento administrativo, os atos que o integram e complementam podem classificar-se em:

- a) atos *propulsivos* — são os que deflagram o procedimento, isto é, atos de iniciativa, como as propostas, convocações etc.;
- b) atos *instrutórios* ou *ordimatórios* — são os que se destinam a instrumentar e preparar as condições de decisão, tais as informações, laudos, perícias, documentações, pareceres, "acertamentos" etc.;
- c) atos *decisórios* — são os que decidem, resolvendo a sequência procedimental;
- d) atos *controladores* — são os que confirmam ou infirmam a legitimidade dos atos do procedimento ou a oportunidade da decisão final;

e) atos de *comunicação* – são os que dão conhecimento a terceiros dos atos que lhes devem ser noticiados. É o caso da publicação, da intimação, da participação etc.

Seguimos nesta catalogação a classificação que Pietro Virga faz das *fases* do procedimento.⁷⁰

XIV. Panorama da extinção dos atos administrativos

105. Diversas são as causas que determinam a extinção dos atos administrativos ou de seus efeitos. Duas delas são mais comuns e mais importantes: a revogação e a anulação – que preferimos designar invalidação, por razões adiante explanadas. Limitar-nos-emos a examinar com maior defença apenas estas formas extintivas de maior relevo. De todo modo, convém apresentar um panorama sintético abrangente das demais figuras.

Neste passo, e por razões de ordem didática, deixaremos de lado, por ora, o problema de se saber, em cada caso, se o que se extingue são os efeitos do ato ou o próprio ato. Este debate, encontrado em autores que trataram profundamente aspectos do tema, prejudicaria a linearidade expositiva. Usaremos, então, indiscriminadamente, as expressões extinção do ato e extinção dos efeitos do ato, sem que isto implique compromisso teórico.

106. Os atos administrativos, como é óbvio, são produzidos a fim de desencadear efeitos na ordem jurídica. Estes, contudo, não são perenes. Cumpridos, exaure-se a função do ato. Vale dizer: o ato desaparece, extingue-se.

Outras vezes, fatos ou atos posteriores interferem de maneira a suspender ou eliminar definitivamente estes efeitos, fazendo, nesta hipótese, com que o ato seja extinto.

Demais disso, há casos em que o ato sequer chega a desencadear seus efeitos *típicos* (cf. n. 15), seja porque antes da eclosão deles a Administração (ou o Judiciário) os fulmina, seja porque particulares beneficiários destes atos os recusam.

107. Um ato eficaz (cf. n. 14) extingue-se por:

I – *cumprimento de seus efeitos*, o que pode suceder pelas seguintes razões:

a) esgotamento do conteúdo jurídico. É o que sucede com a fluência de seus efeitos ao longo do prazo previsto para ocorrerem. Por exemplo: o gozo de férias de um funcionário;

b) execução material. Tem lugar quando o ato se preordena a obter uma providência desta ordem e ela é cumprida. Por exemplo: a ordem, executada, de demolição de uma casa;

c) implemento de condição resolutiva ou termo final. Condição é evento futuro e incerto. Termo é evento futuro e certo. Mas pode ser determinado (por exemplo, dia tal) ou indeterminado (por exemplo, quando fulano morrer ou quando voltar a chover). Figure-se o caso de condição resolutiva exemplificada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:⁷¹ permissão a um administrador para derivar água de um rio, se este não baixar aquém de certa cota.

A hipótese extintiva ora mencionada supõe evento futuro estabelecido discricionariamente pela Administração como cláusula acessória do ato. Com efeito, se o evento futuro estiver previsto em lei, como inerente à tipologia do ato, sua ocorrência corresponderia à hipótese já referida de mero esgotamento do conteúdo do ato;

II – *desaparecimento do sujeito ou objeto* da relação jurídica constituída pelo ato. É o que se passa com a morte do beneficiário nos atos *intuitu personae*. Exemplo: a morte de um funcionário extingue os efeitos da nomeação. O mesmo se dá quando desaparece o objeto da relação. Exemplo: a tomada pelo mar de um terreno de marinha dado em aforamento extingue a enfiteuse;

III – *retirada do ato*. Sucedo quando o Poder Público emite um ato concreto com efeito extintivo sobre o anterior. Várias são as hipóteses:

a) retirada por razões de conveniência e oportunidade. É a *revogação*. Exemplo: retirada da permissão para estabelecimento de banca de jornais em dada esquina, sob fundamento de que perturba a circulação de pedestres no local, que requer maior desafogo;

b) retirada porque o ato fora praticado em desconformidade com a ordem jurídica. É a *invalidação*. Exemplo: retirada de uma autorização para porte de arma porque, contra a lei, fora deferida a um menor de idade;

70. *Il Provvedimento Amministrativo ...*, cit., pp. 232 e 233.

71. *Princípios Gerais ...*, cit.

c) retirada porque o destinatário do ato descumpriu condições que deveriam permanecer atendidas a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica. É a *cassação*. Exemplo: retirada da licença para funcionamento de hotel por haver se convertido em casa de tolerância;

d) retirada porque sobreveio norma jurídica que tornou inadmissível a situação dantes permitida pelo Direito e outorgada pelo ato precedente. É a *caducidade* (expressão, esta, que, embora igual, nada tem a ver com a caducidade nas concessões de serviço público - cf. Capítulo XII, n. 70). Exemplo: retirada 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) retirada porque foi emitido ato, com fundamento em competência diversa da que gerou o ato anterior, mas cujos efeitos são contrapostos aos daquele. É a *contraposição* ou derrubada. Lembra-se o exemplo de Stassinopoulos,⁷² da exoneração de um funcionário, que aniquila os efeitos do ato de nomeação;

IV - *renúncia*. Consiste na extinção dos efeitos do ato ante a rejeição pelo beneficiário de uma situação jurídica favorável de que desfrutava em consequência daquele ato. Exemplo: a renúncia a um cargo de secretário de Estado.

108. Um ato ainda não eficaz extingue-se:

a) pela retirada dele, chamada por alguns de "mera retirada",⁷³ mas que *preferimos englobar no conceito genérico de revogação*, quando efetuada por razões de mérito, e *no de invalidação*, quando efetuada por razões de legitimidade;

b) pela inutilização do ato ante a *recusa* do beneficiário, cuja aquisição era necessária para produção de seus efeitos.

As várias formas de extinção podem ser visualizadas no seguinte quadro:

A) *Ato Eficaz* (ou relação dele nascida):

I - Cumprimento dos efeitos:

- a) esgotamento do conteúdo jurídico da relação;
- b) execução material;
- c) termo final ou condição resolutiva.

72. *Traité des Actes Administratifs*, Paris, Sirey, 1954, p. 246.

73. Olguín Juárez, *Extinción de los Actos Administrativos*, Editorial Jurídica de Chile, 1961, p. 45; Pietro Virga, *Il Provvedimento Amministrativo*, cit., p. 468.

II - Disparição de elemento infungível da relação:

- a) sujeito;
- b) objeto.

III - Retirada:

- a) revogação;
- b) invalidação;
- c) cassação;
- d) caducidade;
- e) contraposição.

IV - Renúncia.

B) *Ato Ineficaz*:

- a) mera retirada;
- b) recusa.

XV. Revogação

Conceito

109. A revogação tem lugar quando uma autoridade, no exercício de competência administrativa, conclui que um dado ato ou relação jurídica não atendem ao interesse público e por isso resolve eliminá-los a fim de prover de maneira mais satisfatória às conveniências administrativas.

Pode-se conceituá-la do seguinte modo: revogação é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes.

110. Portanto: a) o *sujeito ativo* da revogação é uma autoridade no exercício de função administrativa; b) seu *objeto* é um ato ou uma relação jurídica válidos; c) seu *fundamento* é uma competência discricionária para incidir sobre situação dantes regulada; d) seu *motivo* é a inconveniência ou inoportunidade da manutenção da situação precedente; e) seus *efeitos*, em relação ao disposto anteriormente, são os de extinguir o que fora provido, sem ofender os efeitos passados; f) sua *natureza* é de ato da administração ativa, constitutivo (não apenas declaratório), e expressa um poder positivo; g) seus *limites* são os que resultam destas características, conforme será explanado.

III. A revogação pode ser *explícita* ou *implícita*. É explícita quando a autoridade simplesmente declara revogado o ato anterior. É implícita quando, ao dispor sobre certa situação, emite um ato incompatível com o anterior. Em um e outro caso a revogação pode ser *total* ou *parcial*, conforme a amplitude com que afeta a situação precedente.

Examinemos os vários aspectos mencionados.

Sujeito ativo da revogação

112. A revogação de que ora se trata é um ato administrativo. Por isso tem os mesmos elementos, pressupostos e características das declarações jurídicas desta espécie.

Logo, o sujeito ativo da revogação é uma autoridade no exercício de *funções e competências administrativas*. Normalmente, provém de um agente do Poder Executivo ou de entidade da Administração indireta, a quem compete, de regra, a expedição de atos administrativos.

113. Legislativo e Judiciário praticam revogação administrativa apenas quando, excepcionalmente, estejam no exercício de *funções administrativas*, atípicas em relação às suas próprias funções normais. Neste caso, podem revogar seus respectivos *atos administrativos*.

A nenhum Poder estatal assiste, no entanto, a possibilidade de revogar atos dos outros, pois isto implicaria violação da independência recíproca (art. 2º da Constituição).

114. O agente que revoga tanto pode ser aquele que produziu o ato quanto autoridade superior no exercício do poder hierárquico.

Pode ocorrer, ainda, eventualmente, que a lei confira a autoridade fora da linha hierárquica competência revogatória incidente sobre situações que em princípio estariam na alçada de outras. Assim, se a lei estabelecer que a Administração, através de algum órgão, possa revogar ato de autarquia, evidentemente não haverá que contestar tal poder, inobstante a autarquia seja outra pessoa jurídica e, portanto, fora da linha hierárquica, porque submetida apenas a controle.

Objeto da revogação

115. O objeto da revogação é um ato administrativo válido ou uma relação jurídica *válida* dele decorrente. Aí reside uma *diferença*

capital entre a revogação e a invalidação. Na revogação não se busca restaurar legitimidade violada, mas atender a uma conveniência administrativa, ao passo que na invalidação fulmina-se um ato viciado perante as normas jurídicas.

116. Como disse Robin de Andrade,⁷⁴ é um *ato secundário*, por que pressupõe um ato primário que anteriormente dispôs sobre a mesma questão colhida pelo ato revogador. De conseguinte, a revogação não incide sobre fatos; incide sobre atos ou relações por eles constituídas.

117. A revogação tanto pode atacar um ato ainda ineficaz (cf. ns. 14 e 15), a fim de impedir que surjam seus efeitos típicos, o que é raro, como voltar-se contra a relação jurídica nascida de um ato já eficaz, que é o mais comum. Na primeira hipótese elimina o ato para abortar a deflagração de seus efeitos. Na segunda, elimina os *efeitos ainda não consumados do ato*.

118. Na doutrina estrangeira, notadamente a italiana, costuma-se denominar "mera retirada" (*mero ritiro*) à supressão de atos ainda ineficazes, reservando-se a palavra "revogação" para as hipóteses que são comuns e frequentes — de eliminação procedida ante atos já eficazes.

Não vemos utilidade significativa na distinção. Por isso englobamos sob o *nomen juris* "revogação" ambos os casos.

119. Vale registrar que quando a revogação tem em mira atos abstratos, como regulamentos, regimentos, estatutos, certas portarias, instruções etc., o que ela se propõe a suprimir é o *próprio ato*. Com efeito: um ato jurídico é precisamente uma "fonte", uma força "matriz" de efeitos jurídicos, de consequências jurídicas. Ao se revogar atos abstratos o que se quer é eliminar esta fonte (portanto, o próprio ato), para impedir que possam gerar novos efeitos, porque os anteriores são respeitadas e os futuros ainda não existem para serem atacados.

Diversamente, quando a revogação volta-se perante *atos concretos*, como permissões, autorizações etc., já *eficazes*, pretende encerrar as relações que nasceram deles. Por serem atos concretos não produziram novas relações; logo, o que se quer extinguir, neste caso,

74. *Revogação dos Actos Administrativos*, Coimbra, Atlântida Editora, 1969, p. 12.

são as relações já produzidas, fazendo com que se concluam. O ataque, portanto, é aos efeitos do ato. Ficam incólumes os efeitos já *transcorridos*, mas a relação não prossegue. Vale dizer, os efeitos que seguiriam em curso, por força da relação gerada pelo ato, não persistem.

Fundamento da revogação

120. Como qualquer ato administrativo, a revogação tem que se fundar em uma regra de Direito que habilite a autoridade a agir.

Não são muito comuns os casos em que uma norma menciona expressamente a competência para revogar. E muito raros são os casos em que um sujeito é investido deste poder fora de sua linha hierárquica.

121. Normalmente, o fundamento do poder de revogar deflui da mesma regra de competência que habilitou o agente (ou o teria habilitado) à prática do ato anterior, que se vai revogar. Seu fundamento habitual, portanto, é a repetição do uso de uma competência sobre a mesma questão. O agente ou um superior hierárquico reincide sobre o que já tinha sido decidido, seja provendo de modo diverso — e assim revoga implicitamente —, seja estabelecendo apenas, sem na da aditar, que encerra o que fora provido anteriormente por si ou por autoridade inferior.

122. Como qualquer competência, para que possa ser exercitada, cumpre que seja uma competência *atual* sobre a matéria a ser objeto de decisão. Isto é, requer-se que a autoridade desfrute dela, em relação ao que vai ser revogado, no *momento* em que pretende editar o ato de força revogatória. Não basta, pois, que haja tido competência para expedir o ato que se quer revogar. É preciso que ainda a mantenha, pois não é o reverso do poder de iniciativa sobre certa questão.⁷⁵

Por isso importa que seja uma competência *continua* sobre aquilo que dantes foi decidido. Vale dizer: é preciso que não se haja esgotado a competência administrativa com respeito à questão versada. Em suma: cumpre que o objeto da revogação ainda esteja disponível para a autoridade que revoga. Como afirma, a sabendas, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, coincidindo com o pensamento

75. Cf. Renato Alessi, *La Revoca degli Atti Amministrativi*, 2ª ed. revista, Milão, Giuffrè, 1956, p. 80.

de Alessi: “A faculdade de revogar está fundada no poder genérico de agir de dado órgão da Administração Pública. Mas só se encontra onde existe a prerrogativa de modificar ulteriormente a relação jurídica oriunda do ato anterior (...)”.⁷⁶

É que o poder de revogar assenta-se na *disponibilidade atual* sobre o objeto, por envolver competência não exaurida.

123. É fundamental salientar que deve tratar-se de uma competência *discricionária*, isto é, que confira ao agente poder jurídico para resolver, no momento em que revoga, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade. Com efeito, se houvera vinculação atual, o decidido pelo ato anterior seria ainda na atualidade a única decisão legal possível. Então, descaberia modificar o decidido ou eliminar o que tinha e tem que existir em decorrência de imposição da lei, sob pena de ofendê-la, caso em que a revogação seria ilegítima.

Convém ressaltar que um ato pode ter sido expedido vinculadamente *no passado*, mas, por alteração legal, vir a caber apreciação discricionária *posteriormente*. Ressalvados direitos adquiridos e de que exista poder jurídico para reincidir sobre a mesma questão, não fica afastada a hipótese de revogação.

124. Em suma: o fundamento do poder de revogar é a competência que permite ao agente dispor *discricionariamente* sobre a mesma situação que já fora objeto de anterior provimento ou, então, *norma expressa* que defira a algum sujeito o poder de suprimir disposição precedente, mesmo que lhe faltasse o poder de iniciativa para editar o primeiro ato.

Motivos da revogação

125. O motivo da revogação é a inconveniência ou inoportunidade do ato ou da situação gerada por ele. É o resultado de uma repreciação sobre certa situação administrativa que conclui por sua inadequação ao interesse público. É consequência de um juízo feito “hoje” sobre o que foi produzido “ontem”, resultando no entendimento de que a solução tomada não convém *agora* aos interesses administrativos. Pouco importa que o agente entenda que a decisão anterior foi conveniente à Administração.

76. *Princípios Gerais* ..., cit., p. 638.

É irrelevante distinguir se a inconveniência foi contemporânea ou superveniente ao ato que se vai revogar.

Aliás, é um sem-sentido jurídico a suposição de inconveniência originária. Esta só pode ser concebida mediante um juízo estabelecido segundo critérios de Ciência da Administração e sem qualquer calço em face do Direito. Deveras: se o agente, ao editar o ato inicial, fez uma opção exercendo competência discricionária, produziu aquele que era, à época, o interesse que a lei acobertava como sendo o interesse público. É dizer: quem editou legitimamente o ato era o titular da *dicção do interesse público*. No preciso momento em que foi editado o ato não havia outro interesse qualificável como interesse público, senão aquele decidido pelo ato. Se, pelo contrário, ao produzir o ato o agente atuou competência vinculada (tornada discricionária posteriormente, por modificação da lei), a solução contida no ato era, *por definição*, a conveniente ao interesse público, por ser imposta pela regra de Direito.

126. Não interessa em nada para nós a distinção italiana entre revogação (*revoca*) e *abrogazione*, que seria a retirada por inconveniência superveniente. É que dela alguns pretendem extrair, na Itália, eficácia retroativa para a *revoca* (Guicciardi, Romano). Nosso Direito Positivo não dá guarida a tais distinções. Aliás, como observou Renato Alessi, nem mesmo na Itália encontram apoio na legislação.⁷⁷

127. Finalmente, vale notar que não se deve confundir com a revogação os casos em que o agente retira o ato por verificar que fora editado na *errônea suposição* de que existia uma situação de fato permissiva de sua edição ou de que inexistia uma situação impositiva dele. Parte da doutrina italiana, nestes casos, denomina *revocazione* ao ato supressivo.

Em rigor, tais situações procedem de erros de fato, mas que se resolvem em *erros de direito*, gerando por isso ilegitimidade do ato. Onde, o ato de retirada nestas hipóteses configura uma autêntica *invalidação*.

Efeitos da revogação

128. A revogação suprime um ato ou seus efeitos, mas respeita os efeitos que já transcorreram; portanto, o ato revogado tem sem-

pre eficácia *ex nunc*, ou seja, desde agora, diversamente da invalidação, que, embora em certas hipóteses também esteja restrita a estes efeitos (como além se dirá), nas demais opera *ex tunc*, isto é, desde então, retroativamente.

Assim, a revogação não desconstitui efeitos passados. Apenas, ao atingir um ato ainda ineficaz, impede que este venha a gerar efeitos. Ou, então, ao atingir efeitos de um ato eficaz, encerra seu prosseguimento. Faz com que termine um ciclo de consequências jurídicas próprias da relação criada pelo ato. Finaliza a sequência de efeitos por ele produzida. Põe um paradeiro neles ao encerrar aquela relação jurídica.

Isto sucede, consoante se indicou, toda vez que a Administração volta a dispor sobre algo que já fora objeto de anterior provimento. Ao modificar ou simplesmente estatuir que elimina o provido anteriormente, estará efetuando uma revogação.

Não há confundir este tipo de ato, cujo alcance é supressivo, com a suspensão ou interrupção da eficácia do ato, ao respeito da qual deve ser referido o completíssimo trabalho de José Roberto Dromi.⁷⁸

129. Caberia, afinal, perguntar, ante este efeito supressivo do ato revogado: *quid juris* se houver revogação do ato revogado? Isto é, se houver um terceiro provimento que elimina a supressão estabelecida pelo segundo ato? Neste caso há de entender-se que o único sentido do terceiro ato é reconstruir de direito o que resultou do primeiro. É dizer: está implícito nele o alcance de repristinar a situação original, embora, como é inerente à revogação, a partir da emissão do último ato, ou seja, sem efeito retroativo. Seu efeito é recriar o que estava extinto, a partir da última revogação.

Negar-lhe esta consequência corresponderia a considerar o ato um sem-sentido e contestar o que fora pretendido com sua emissão.

Natureza do ato revogado

130. A revogação é ato de administração *ativa*, e não de administração controladora, consultiva, verificadora ou contenciosa. Vale dizer: é ato que gera a criação de utilidade pública, e não ato que apenas concorre para sua produção. É *constitutiva*, pois sua função

77. Ob. cit., p. 31.

78. *Acto Administrativo, Ejecución, Suspensión y Recursos*, Macchi, 1973.

é a de instaurar uma situação nova, ao invés de simplesmente reconhecer ou declarar situação precedente.

131. A revogação exprime um poder *positivo*, idêntico ao do ato revogado (ou que criou a relação revogada). Com efeito, com a revogação, o que se está fazendo, tal como no ato anterior, é decidir sobre a maneira de criar um interesse público. Trata-se de um novo provimento pelo qual se modifica a disposição precedente. O segundo difere do primeiro apenas em que dá solução diferente à mesma questão, mas se parifica com ele em que ambos são decisões expedidas para criar um interesse público.

Ainda quando cinge-se a estatuir que extingue o provido anteriormente, seu alcance é o de repristinar, recriar a situação que existia antes do ato ou relação revogados.

A revogação só é negativa no sentido óbvio de que nega, isto é, termina com a situação precedente. Com efeito, o ato revogado tem a mesma índole do ato revogado ou gerador da situação revogada.

Limites ao poder de revogar

132. Ante tudo que se expôs, verifica-se que há poder de revogar quando:

- a) a lei explicitamente defere esta competência;
- b) a competência administrativa para dispor sobre certa relação não se exauriu com relação a ela ao ser anteriormente exercitada.

Compreende-se, então, por que os atos gerais abstratos (como os regulamentos) são sempre revogáveis e por que o problema dos limites *específicos* ao poder de revogar coloca-se apenas para os atos concretos. É que nos atos gerais e abstratos não se trata de reincidir competência sobre a *mesma relação jurídica*. Tais atos dispõem para o futuro e não interferem com alguma *relação presente*. Não apañam qualquer relação criada. Logo, não correspondem à reiteração de competência sobre a mesma relação. Consistem no simples exercício normal de uma competência deferida em abstrato e que é manifestada tendo em vista o *porvir*. Daí sua "liberdade".

Pelo contrário, no caso dos atos concretos a revogação quer fazer cessar uma *relação presente*, para dispor de outro modo. Respeita os efeitos passados, mas alcança uma relação atual, presente, pondo um termo final em seus efeitos. Portanto, atinge uma concreta relação jurídica já constituída. Eis por que geram situações irrevogáveis:

- a) os atos que a lei declare irrevogáveis, por óbvio;
- b) os atos já exauridos, isto é, em que a relação jurídica, os efeitos do ato, estejam esgotados, pois nada mais haverá a atingir. Neste caso se incluem os que determinam providência material já executada (demolição de uma casa, por exemplo) e os que se exauram *ipso jure*;
- c) os atos vinculados enquanto o sejam, pois descabe modificar ou extinguir uma situação que esteja constituída em termos que inadmitem outra solução perante a lei;
- d) os chamados *meros* (ou puros) atos administrativos (como as certidões, os votos em órgão colegial após formação da vontade coletiva, que em rigor é a vontade do *órgão*), pois os efeitos deles derivam da lei e não de uma criação administrativa, que, por isso, não pode eliminar o que foi criado por determinação legal;
- e) os atos de *controle*, pois a competência, em relação a cada caso examinado, exaure-se uma vez expedido o ato. E que não são atos constitutivos, mas apenas liberadores (como as autorizações prévias) ou confirmadores (como as aprovações *a posteriori*). Não haveria como reincidir sobre eles, por falta de suporte legal.

É que os efeitos de *criação de utilidade pública advêm do ato controlado* e não do ato controlador. Este apenas permite ou libera tais efeitos. São competências diversas e independentes a de praticar o ato que cria a utilidade pública e a de controlá-lo. A competência de controlar *não é de administração ativa*, e o ato *revogador é o ato de administração ativa*.

Por isso não há vedação, em tese, à revogação dos efeitos do ato controlado, mas há vedação a revogar os efeitos do próprio ato controlador. Aliás, estes se esgotam *ipso jure* (hipótese "b", *supra*). Seus efeitos consistem em criar instantaneamente, sem se protraírem no tempo, uma liberação ou uma confirmação. Por meio deles o ato controlado não vai "ficando continuamente liberado" ou "continuamente aprovado". É liberado ou é aprovado, num só átimo, após o ato controlador;

f) atos que, integrando um procedimento, devem ser expedidos em ocasião determinada, pois com o advento do ato sucessivo opera-se preclusão. Fica extinta a competência administrativa para incidir sobre aquela situação;

g) os chamados atos complexos, em que para constituição de um certo efeito jurídico é necessária a integração de vontades de di-

ferentes órgãos administrativos, sendo todas expressões da administração ativa. É que uma só vontade não pode modificar o que a lei fez depender do concurso de mais de uma. É o caso das nomeações, feitas por autoridade, dentre pessoas constantes de lista composta por outro órgão;

h) *os atos que geram direitos adquiridos*, pois estes a Carta Constitucional os declara intangíveis;

i) os atos que consistirem em decisão final do processo contencioso.

Revogação e indenização

133. A revogação, *quando legítima*, de regra, não dá margem a indenização. Com efeito, quando existe o poder de revogar perante a ordem normativa, sua efetivação normalmente não lesa direito algum de terceiro. Contudo, não se pode excluir a hipótese, tanto mais por que, como é sabido, existe responsabilidade do Estado por ato lícito.⁷⁹

Quando, pelo contrário, inexistente o poder de revogar mas a Administração necessita, para atender a um interesse público, reverter situação e afetar relação jurídica constituída, atingindo *direito* de alguém (não meras faculdades ou expectativas), a solução é *expropriá-lo*. O tema está muito bem-exposto na excelente e imprescindível monografia de Daniele Coutinho Talamini sobre revogação do ato administrativo.⁸⁰

134. Não cabe à Administração decidir que revoga e remeter o lesado às vias judiciais para composição patrimonial dos danos. Isto corresponderia à ofensa de um direito e à prática de um ato ilegítimo que o Judiciário *deve* fulminar se o interessado o requerer.

A lei prevê o instituto da *expropriação* quando é irredutível o choque entre um interesse público e um *direito* do administrado. E na desapropriação há um procedimento a observar e há, de regra, necessidade de indenização *prévia, justa e em dinheiro* (cf. o art. 5º, XXIV, da Lei Maior). Esta é a fórmula pela qual se compõem o interesse público e o direito do administrado se entre ambos irromper conflito insolúvel consensualmente. No Estado de Direito, o Poder Público não pode fugir das vias previstas na ordem normativa.

79. Cf. capítulo sobre "Responsabilidade Patrimonial do Estado".

80. *Revogação do Ato Administrativo*. Malheiros Editores, 2002, pp. 232 e ss.

135. É que o interesse público só pode realizar-se na forma da lei. Aliás, *de direito*, inexistente interesse público a não ser *intra legem*. Contra a lei ou fora dela é inconcebível. Sob o ângulo da Ciência da Administração, sob perspectiva extrajurídica, pode-se imaginar certo interesse da coletividade prescindindo-se do que as normas estabelecem e da maneira que estatuem para realizá-lo.

Entretanto, *por definição*, interesse algum é interesse público senão quando confortado pela ordenação normativa, inclusive quanto à forma de efetivar-se.

Por isso é absurdo supor-se possa a Administração aniquilar um direito de alguém sem prévia indenização, a título de "revogar" e invocando um "interesse público". Vai nisso evidente confusão entre os planos do Direito e da Ciência da Administração.

Assim, depois de concedida regularmente uma licença para edificar e iniciada a construção, a Administração não pode "revogar" ou "cassar" esta licença sob alegação de que mudou o interesse público ou de que alterou-se a legislação a respeito. Se o fizer, o Judiciário, em havendo pedido do interessado, deve anular o ato abusivo, pois cumpre à Administração expropriar o direito de construir naqueles termos. Não é o mesmo ter que buscar em juízo uma indenização por danos e ser buscado no Judiciário, *com indenização prévia*. São caminhos diferentes. Desassiste ao Poder Público, através de comportamento abusivo, lançar o administrado em via menos conveniente para ele.

XVI. Coisa julgada administrativa

136. Algumas vezes, com a expressão, muito criticada, "coisa julgada administrativa" pretende-se referir a situação sucessiva a algum ato administrativo em decorrência do qual a Administração fica impedida não só de retratar-se dele na esfera administrativa, mas também de questioná-lo judicialmente. Vale dizer: a chamada "coisa julgada administrativa" implica, *para ela*, a *definitividade* dos efeitos de uma decisão que haja tomado.

O tema diz respeito exclusivamente aos atos "ampliativos" da esfera jurídica dos administrados. O fenômeno aludido só ocorre em relação a este gênero de atos. Trata-se, portanto, de instituto que cumpre uma função de garantia dos administrados e que concerne ao tema da segurança jurídica estratificada já na própria órbita da Administração.

Ressalte-se que a chamada “coisa julgada administrativa” abrange a irrevogabilidade do ato, mas sua significação é mais extensa. Com efeito, nela se compreende, além da irrevogabilidade, uma irretroatividade que impede o questionamento do ato na esfera judicial, ao contrário da mera irrevogabilidade, que não proíbe à Administração impugnar em juízo um ato que considere ilegal e não mais possa rever na própria esfera.

Inversamente, seu alcance é menos extenso do que o da coisa julgada propriamente dita. Com efeito, sua definitividade está restrita a ela própria, Administração, mas terceiros não estão impedidos de buscar judicialmente a correção do ato.

Assim, o atingido por uma decisão produtora de coisa julgada administrativa em favor de outrem e contrária a suas pretensões poderá recorrer ao Judiciário para revisá-la. Além disto, seu questionamento na esfera judicial é admissível sempre que caiba ação popular, ação civil pública ou que, por *fas* ou por *nefas*, haja legitimidade ativa do Ministério Público.

137. A coisa julgada administrativa, consoante entendemos, diz respeito unicamente a situações nas quais a Administração haja decidido contenciosamente determinada questão — isto é, em que tenha *formalmente assumido a posição de aplicar o Direito a um tema litigioso*; portanto, também, com as implicações de um contraditório. Aliás, nisto se exhibe mais uma diferença em relação à simples irrevogabilidade, que, como visto, estende-se a inúmeras outras hipóteses.

Toda vez que a Administração decidir um dado assunto em última instância, de modo contencioso, ocorrerá a chamada “coisa julgada administrativa”.

A ocorrência deste fenômeno é particularmente óbvia em face de decisões de órgãos colegiais em que há participação dos administrados, e que a lei estruturou deste modo para a solução de litígios entre a Administração e os particulares, buscando imparcialidade na apreciação da matéria. Também por isto, diga-se de passagem, deve-se entender que, salvo indisputável ressalva legal em contrário, a autoridade *unipessoal* alocada em patamar superior (não importa quão alto seja seu escalão) não pode rever ou determinar a revisão do decidido pelo órgão colegial, pois a colegialidade e a participação do administrado, evidentemente, foram instituídas na pressuposição de que esta é a estrutura que confere a habilitação ideal para enfrentamento das questões que lhes hajam sido afetas.

138. O fundamento jurídico mais evidente para a existência da “coisa julgada administrativa” reside nos princípios da segurança jurídica e da lealdade e boa-fé na esfera administrativa. Sérgio Ferraz e Adilson Dallari aduzem estes e mais outros fundamentos, observando que: “A Administração não pode ser volúvel, errática em suas opiniões. *La donna è mobile* — canta a ópera; à Administração não se confere, porém, o atributo da leviandade. A estabilidade da decisão administrativa é uma qualidade do agir administrativo, que os princípios da Administração Pública, mais acima referidos, impõem”.⁸¹ Daí por que sustentam, com razão, que só mesmo em um processo administrativo revisional — “verdadeira ação rescisória administrativa, fundada na infração à lei, como até previsto no Código de Processo Civil”, e “com a participação de todos os interessados antes envolvidos” — é que seria possível uma reapreciação da matéria.⁸²

XVII. Invalidez dos atos administrativos

139. Os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. A noção de invalidez é antitética à de conformidade com o Direito (validade).

Não há graus na invalidez. Ato algum em Direito é mais inválido do que outro. Todavia, pode haver e há reações do Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidez. Ou seja: a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo, desparte, uma gradação no repúdio a eles.

É precisamente esta diferença quanto à intensidade da repulsa que o Direito estabeleça perante atos inválidos o que determina um discrimen entre atos nulos e atos anuláveis ou outras distinções que mencionam atos simplesmente irregulares ou que referem os chamados atos inexistentes.

Não há acordo doutrinário quanto à existência e caracterização destas várias figuras. Para alguns, no Direito Administrativo todo ato ilegítimo é nulo. Para outros, a distinção entre nulos e anuláveis, usual no Direito Privado, aplica-se, com as devidas adaptações, ao Direito Administrativo. Outros, ainda, acrescentam aos atos nulos e

81. *Processo Administrativo*, 3ª ed., Malheiros Editores, 2012, pp. 71.

82. Ob. cit., p. 77.

anuláveis os simplesmente irregulares, e há também quem reconheça a categoria dos atos "inexistentes".

Compartilhamos a doutrina que sustenta haver no Direito Administrativo brasileiro tratamentos díspares conforme o tipo de ilegitimidade. Daí a conveniência de se utilizar uma expressão designativa do gênero e outras para referir as espécies. Por isso valem-nos do termo "invalidez" para abranger quaisquer casos de desconformidade com o Direito. Evitamos usar com este fim o *nomen juris* "anulação", já que tal palavra é correntemente manejada para o batismo de uma das espécies.

Outrossim, parece-nos que os termos "invalidez" — antítese de validade — e "invalidação" reportam-se a defeito jurídico e não a problema de inconveniência, de mérito, do ato. Um ato ajustado aos termos legais é *válido* perante o Direito, ainda que seja considerado inconveniente por quem pretenda suprimi-lo. Não se deve, pois, chamar de invalidação à retirada por motivo de mérito.

Por isso é indesejável a terminologia de alguns autores, inclusive nacionais, que usam a voz "invalidação" para referir a retirada tanto por motivo de ilegitimidade quanto por motivo de inconveniência ou inoportunidade (revogação).

140. Pode-se conceituar invalidação do seguinte modo:

Invalidação é a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica.

Sujeitos ativos da invalidação

141. Podem ser *sujeitos ativos* da invalidação tanto a Administração quanto o Poder Judiciário. A primeira, atuando seja por provocação do interessado, seja em razão de denúncia de terceiro, seja espontaneamente. O segundo, apenas quando da apreciação de alguma lide.

Portanto, diferentemente da revogação, que é privativa de autoridade no exercício de função administrativa, a invalidação tanto pode resultar de um ato administrativo quanto de um ato jurisdicional.

Objeto da invalidação

142. O *objeto da invalidação* ora será um ato ainda ineficaz, ora uma relação jurídica, ora um ato e as relações jurídicas que produziu.

Com efeito, já se disse que, em Direito, ato administrativo significa uma fonte, u' a matriz de efeitos jurídicos. Esta fonte que é o ato não se confunde com os efeitos dele nascidos. São coisas distintas o produtor (ato) e o produzido (efeitos). Quando se ataca um ato ineficaz, seja ele ato abstrato ou ato concreto, os efeitos previstos ainda não eclodiram. Estão contidos, porque só devem irromper no futuro. Logo, ainda não há efeitos a serem atacados. O que se quer é suprimir esta virtualidade de produção suposta no ato. Então, o que se fulmina é o ato. Elimina-se aquela fonte da qual dependia o surgimento de efeitos.

143. Diversa é a situação relativa aos atos eficazes.

O ato eficaz também é uma fonte de efeitos. Mas pode sê-lo de dois modos, conforme se trate de ato abstrato ou de ato concreto. Se é ato abstrato, como o regulamento, por exemplo, sua característica específica reside justamente em ser fonte *continua* de efeitos. Isto é, toda vez que se renova a situação abstrata nele prevista, o ato produz novamente um fluxo de efeitos. Em suma: o ato abstrato não se resume a produzir uma dada relação jurídica. Pelo contrário, produzirá tantas relações, ou seja, tantos fluxos de efeitos, quantas vezes se repetir a situação hipotética ali prevista.

Nestes casos a invalidação surge para cumprir um duplo objetivo: impedir que a fonte produtora de efeitos (o ato) continue a gerar novas relações e suprimir as já nascidas. Portanto, ataca cumulativamente o ato e os efeitos, *inclusive os já ocorridos*.

144. Quando o ato é concreto caracteriza-se, em oposição aos abstratos, por ser aplicável uma única vez, pois só se aplicará àquela concreta situação. Vale dizer: o ato se esgota na produção de uma única relação jurídica. Seu significado em Direito, que é o de ser fonte de efeitos, exaure-se de imediato. O ato não será fonte de nada mais. Portanto, *extingue-se*. O que perdura é o fluxo de efeitos que gerou, ou seja: a relação jurídica produzida.

Nestes casos, a invalidação quer eliminar — e com frequência *retroativamente* o que ainda existe: a relação jurídica. Do ato não há mais cuidar, pois desapareceu com sua aplicação concreta, isto é, única.

145. Em síntese: a invalidação quando referida a atos ineficazes tem por objeto o próprio ato; quando referida a atos eficazes abstratos tem por objeto o ato e seus efeitos; e quando referida a atos eficazes concretos tem por objeto apenas os efeitos deles.

Fundamento da invalidação

146. Para a Administração o que *fundamenta* o ato invalidador é o dever de obediência à legalidade, o que implica obrigação de restaurá-la quando violada. Para o Judiciário é o exercício mesmo de sua função de determinar o Direito aplicável no caso concreto.

Motivo da invalidação

147. O motivo da invalidação é a ilegitimidade do ato, ou da relação por ele gerada, que se tem de eliminar. Enquanto na revogação é a inconveniência que suscita a reação administrativa, na invalidação é a ofensa ao direito.

Forma da invalidação

148. Não se anula ato algum *de costas para o cidadão, à revelia dele*, simplesmente declarando que o que fora administrativamente decidido (ou concertado pelas partes) passa a ser de outro modo, sem ouvida do que o interessado tenha a alegar na defesa de seu direito. A desobediência a este princípio elementar lança de imediato suspeita sobre a boa-fé com que a Administração tenha agido, inclusive porque nela se traduz um completo descaso tanto pelo fundamental princípio da presunção de legitimidade dos atos administrativos quanto por aquele que é, talvez, o mais importante dentre todos os cânones que presidem o Estado de Direito — a saber: o princípio da segurança jurídica.

Independentemente de considerações principiológicas, o Direito Positivo brasileiro, de modo expreso e com a mais incontável explicitude, sufraga estas observações. Cite-se, desde logo o art. 5º, LIV, da Constituição Federal, que estatui que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; e o inc. LV, de acordo com o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Mônica Toscano Simões, em obra monográfica que se constitui em trabalho de mão e sobremão precisamente sobre o tema em pauta, averbou que, ao constatar a possível ocorrência de vícios, “não deve a Administração proceder, de imediato, à invalidação do ato. Com efeito, entre a constatação do vício e a invalidação do ato deve

transcorrer o chamado procedimento administrativo invalidador, ao fim do qual poderá ser emitido o ato invalidador. Quer-se com isto dizer que a invalidação de atos administrativos, mesmo quando pronunciada pela própria Administração Pública, deve observar o devido processo legal, sob pena de ofensa frontal ao sistema constitucional brasileiro”.⁸³

Logo em seguida ao excerto colacionado, a ilustre doutrinadora traz à balha o corretíssimo ensinamento de Clarissa Sampaio Silva, também proferido em obra monográfica, segundo o qual: “A invalidação já não pode ser vista como ato único, decisão *one shot*, mas como resultado de um procedimento cujos participantes devem ser aqueles diretamente atingidos por dada medida”.⁸⁴

A mesma Profa. Mônica Toscano Simões prodigaliza, ainda, outras valiosas ensinanças de equivalente teor, quais as de que: “Não se pode admitir que a Administração invalide atos — os quais, vale lembrar, gozam de presunção de legitimidade — sem conceder àqueles que serão atingidos pela decisão administrativa a chance de sustentar, no curso do devido processo legal, que se trata de atos legítimos”. A autora anota que esta linha tem recebido reiterado acolhimento nos Tribunais pátrios, “para os quais afigura-se inviável a anulação do ato administrativo sem a instauração do competente procedimento administrativo que garanta ao interessado o contraditório e a ampla defesa”.⁸⁵ Em nota de rodapé, abonando tal assertiva, menciona numerosos julgados, de que nos servimos para referir também em rodapé.⁸⁶

Derradeiramente, convém aproveitar a transcrição por ela feita da ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal concernente ao

83. *O Processo Administrativo e a Invalidação de Atos Viciados*, Malheiros Editores, 2004, pp. 160 e 161.

84. *Limites à Invalidação dos Atos Administrativos*, Max Limonad, 2001, p. 142.

85. *Ob. cit.*, p. 162.

86. STF: RMS 21.518-DF (rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 10.11.2000, p. 107); STJ: ROMS 10.673-RJ (rel. Min. Francisco Falcão, 26.6.2000, p. 137); MS 7.218-DF (rel. Min. Luiz Fux, DJU 29.4.2002, p. 154); MS 6.737-DF (rel. Min. Laurita Vaz, DJU 13.5.2002, p. 143); MS 7.228-DF (rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 12.8.2002, p. 161); MS 7.841-DF (rel. Min. Luiz Fux, DJU 23.9.2002, p. 218); MS 7.217-DF (rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 28.10.2002, p. 212); MS 7.219-DF (rel. Min. Luiz Fux, DJU 11.11.2002, p. 140); MS 7.978-DF (rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 16.12.2002, p. 241); ROMS 12.726-PR (rel. Min. Vicente Leal, DJU 24.3.2003, p. 281); ROMS 12.821-GO (rel. Min. Vicente Leal, DJU 24.3.2003, p. 282); e MS 7.221-DF (rel. Min. Franciulli Netto, DJU 24.3.2003, p. 133).

RE 158.543-RS, relatado pelo eminentíssimo Min. Marco Aurélio, figura pinacular daquele Tribunal (ora compartilhando esta posição com o Min. Carlos Britto), e que a referida jurista noticia ser o precedente invocado pelo próprio Supremo e pelo Superior Tribunal de Justiça nas suas decisões sobre a matéria, do seguinte teor: "Ato administrativo – Repercussões – Presunção de legitimidade – Situação constituída – Interesses contrapostos – Anulação – Contraditório – Tratando-se de anulação de um ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo dos interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada – Presunção do ato administrativo que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular".⁸⁷

Efeitos da invalidação

149. Os efeitos da invalidação consistem em fulminar o ato violado e seus efeitos, inúmeras vezes atingindo-o *ab initio*, portanto retroativamente. Vale dizer: a anulação, com frequência, mas não sempre,⁸⁸ opera *ex tunc*, isto é, desde então. Fulmina o que já ocorreu, no sentido de que são negados hoje os efeitos de ontem.⁸⁹ Mais além voltaremos com maior detença ao tema dos efeitos da invalidação e dos casos em que opera *ex nunc* (n. 173).

Isto significa recusar validade ao que já se passou. Mas é claro que nem por isso se está invadindo o passado (tarefa impossível até para o Direito), pois é no presente que se recusa validade aos efeitos pretéritos.

De todo modo, percebe-se, neste passo, uma diferença nítida entre os efeitos da invalidação e os da revogação. Enquanto a invalidação muitas vezes suprime seu objeto retroativamente, eliminando as situações passadas, a revogação as respeita, pois apenas lhes tolhe o seguimento para o futuro.

87. *DTU* 6.10.1995, p. 33.135.

88. Nisto modificamos a posição que até a 16ª edição mantínhamos sobre o assunto.

89. Podem ocorrer casos, em nome do princípio da boa-fé e da vedação do enriquecimento sem causa, em que se ressalvam da eliminação alguns efeitos pretéritos de atos nulos e anuláveis.

Classificação da invalidade segundo a doutrina brasileira

150. A ausência de leis administrativas que sistematizem casos de invalidade e seus efeitos propiciou que surgissem três diferentes posições quanto aos atos inválidos no Direito Administrativo brasileiro.

A) Alguns entendem que o vício acarreta sempre a nulidade do ato. É a posição de Hely Lopes Meirelles, por exemplo.⁹⁰

B) Outros, como Tiro Prates da Fonseca⁹¹ e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,⁹² sustentam que a tradicional distinção entre atos nulos e anuláveis aplica-se ao Direito Administrativo. De acordo com este último autor, as espécies mencionadas se contrapõem em que:

a) os atos nulos não são convalidáveis, ao passo que os anuláveis o são. Vale dizer: conhecido o vício, há maneiras de corrigi-lo retroativamente;

b) os atos nulos, em juízo, podem ser fulminados sob provocação do Ministério Público quando lhe caiba intervir no feito, ou *ex officio* pelo juiz, ao passo que os anuláveis dependem desta arguição pelos interessados para serem fulmináveis;

c) os atos nulos só prescrevem *longi temporis*, enquanto os anuláveis prescrevem *brevi temporis*.

C) Seabra Fagundes⁹³ defende uma divisão tricotômica: nulos, anuláveis e irregulares; ressaltando, todavia, que as duas primeiras espécies não correspondem às do Código Civil, nem quanto aos tipos de vício nem quanto aos efeitos deles.

Todos negam relevância jurídica à espécie atos inexistentes, indicando que, de direito, equivalem aos atos nulos.

151. Estribam-se os partidários da primeira corrente em dois argumentos centrais. Pretendem que a distinção do Direito Privado entre atos anuláveis e nulos apoia-se em que os primeiros ofendem interesses privados, disponíveis pelas partes, e os segundos, interesses públicos, indisponíveis. Daí sua inaplicabilidade ao Direito Administrativo, pois a inviabilidade do ato administrativo ofenderá sempre um interesse público e por isso coincidirá com a nulidade.

90. *Direito Administrativo Brasileiro*, 38ª ed., 2012, pp. 182 e 208 e ss.

91. In *Revista de Direito* 13/45-69.

92. *Princípios Gerais* ..., cit., pp. 651 e ss.

93. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1957, pp. 60 e ss.

Ademais, o princípio da legalidade administrativa opor-se-ia à manutenção de atos ilegítimos.

152. Seabra Fagundes, ante a distinta função da teoria das nulidades nos dois ramos do Direito, também rejeita a dicotomia encontrada no Direito Privado. Observa que neste a finalidade é sobretudo "restaurar o equilíbrio individual violado"; daí serem limitados os interesses atingidos pela fulminação do ato. Pelo contrário, no Direito Público são afetados múltiplos sujeitos e interesses. Então, o interesse público ferido por ato ilegítimo às vezes sê-lo-ia mais gravemente com a fulminação retroativa do ato ou até mesmo com sua supressão.

Aduz que os casos de nulidade e de anulabilidade previstos no Código Civil,⁹⁴ pelas próprias razões expostas, são inadaptáveis ao Direito Administrativo e que as consequências dos tipos de vício também não podem ser transpostas. Conclui que a gravidade do vício deve ser apurada *concretamente* em face da repercussão sobre o *interesse público* — o que impede a catalogação *a priori* cogitada no Direito Civil. A luz destas observações, indica que os atos se apresentarão no Direito Administrativo como absolutamente inválidos (ou nulos), relativamente inválidos (ou anuláveis) ou apenas irregulares (defeitos leves), geralmente com defeito de forma. Os primeiros são fulmináveis com supressão total dos efeitos. Nos segundos ressaltam-se os efeitos passados ou alguns deles. Os terceiros perduram.

153. Quanto a nós, sem negar as premissas de ambas as correntes, discordamos das conclusões. Aceitamos que há atos nulos e anuláveis, acompanhando nisto a Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, cujas lições, aliás, permeiam visivelmente todo o exame a que se procedeu dos atos administrativos.

Entretanto, parece-nos que há, além deles, uma categoria de atos viciados cuja gravidade é de tal ordem que, ao contrário dos atos nulos ou anuláveis, jamais prescrevem e jamais podem ser objeto de "conversão".

Além disto, existe direito de resistência contra eles. São os que denominaremos com a expressão rebarbativa (reconheça-se) de "atos inexistentes".⁹⁵

94. O autor, obviamente, estava reportado ao monumento jurídico (e de expressões vernácula) que era o Código anterior; mas suas razões persistiriam as mesmas diante deste outro, ora vigente.

95. Nisto reformulamos nosso pensamento sobre os tipos de atos inválidos expressado até a 3ª edição deste livro (1992), retomando a linha de pensamento que já

Consistem em comportamentos 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*.

Princípios gerais de Direito são vetores normativos subjacentes ao sistema jurídico-positivo, não, porém, como um dado externo, mas como uma inerência da construção em que se corporifica o ordenamento. É que os diversos institutos nele compreendidos — quantos menos considerados em sua complexidade íntegra — revelam, nas respectivas composições, a absorção dos valores substanciados nos sobreditos princípios.

Com efeito, nas palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, tais princípios "se infiltram no ordenamento jurídico de dado momento histórico", traduzindo um "mínimo de moralidade que circunda o preceito legal, latente na fórmula escrita ou costumeira", de sorte que se constituem nas "teses jurídicas genéricas que informam o ordenamento jurídico-positivo do Estado", conquanto não se achem necessariamente expressadas em texto legal específico.⁹⁶

Anote-se que a expressão "atos inexistentes" é polissêmica, por ser igualmente prestante para designar, além dos que vimos de qualificar como tal, também: a) atos inconclusos, como ocorreria com um ato complexo não integrado pelas declarações de mais de um órgão (por exemplo, decreto presidencial publicado sem a assinatura de um Ministro de Estado, requisito constitucional indispensável para a integração de tal ato); b) atos cujo objeto seja materialmente impossível, como, por exemplo, a nomeação de alguém já falecido. Lafayette Pondé, como antes registramos (n. 29), nos oferece ainda outros exemplos.

Os atos aqui nominados como inexistentes encontram-se *fora do possível jurídico e radicalmente vedados pelo Direito*. No Direito Privado serviriam de exemplo um contrato de exploração de lençóis ou o ajuste para que alguém mate determinado indivíduo. No Direito Administrativo valem como exemplos as seguintes hipóteses aventadas por Weida Zancaner, ao categorizar determinados atos como "absolutamente insanáveis": ordem de uma autoridade para que

háviamos, em outro tempo, manifestado (parecer "Prescrição de ato administrativo nulo", RT 504/37 e ss.).

96. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, cit., pp. 420 e 421.

seu subordinado torture um preso, autorização para que alguém explore trabalho escravo, licença para que um estabelecimento funcione como casa de lenocínio, autorização para que sejam saqueadas casas de devedores do Fisco etc.⁹⁷

Tais atos merecem uma catalogação à parte, pois a distinção entre as diferentes espécies de atos viciados só faz sentido se a eles corresponderem diferentes tratamentos jurídicos, *de tal sorte que haverá tantas categorias quantos forem os distintos regimes a que se submetem.*

Assim, em nosso entender são categorizáveis como inválidos (a) os atos inexistentes, (b) os atos nulos e (c) os atos anuláveis.

Registramos, ainda, que parece-nos existirem também — *embora não como atos inválidos* — os assim chamados atos “irregulares”. Estes não são atos inválidos e a eles nos referiremos em seguida, antes mesmo de examinarmos as espécies “inexistentes”, nulos e anuláveis.

Atos irregulares

154. Atos irregulares (v. ns. 48 e 49) são aqueles padecentes de vícios materiais irrelevantes, reconhecíveis de plano, ou incursos em formalização defeituosa consistente em transgressão de normas cujo real alcance é meramente o de impor a padronização interna dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos. Seria a hipótese, *e.g.*, de expedir-se um ato através de “aviso”, inobstante a lei prevísse que deveria sê-lo, “por exemplo”, mediante “portaria”.

Tais regras cumprem *meramente funções internas de uniformização*; não têm, pois, qualquer relevância em relação à segurança e ao conteúdo do ato, à publicidade dele ou às garantias do administrativo. Servem apenas à metodização dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos, isto é, à qualificação das diversas “fórmulas” expressivas dos distintos atos administrativos. Assim, as regras atinentes a tal aspecto não têm relevância jurídica externa, mas puramente interna, razão pela qual a violação delas só pode acarretar sanções administrativas para os agentes que as desatenderam, mas em nada interfere com a validade do ato.

97. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, 3ª ed., 2008, p. 118.

É bem de ver que só se estará perante ato meramente irregular se a substituição de uma fórmula por outra em nada afetar a publicidade do ato, os prazos de impugnação ou quaisquer aspectos interferentes com a garantia de direitos dos administrados.

Comentários às diferentes teorias

155. A diferente função da teoria das nulidades no Direito Privado e no Direito Administrativo reclama, sem dúvida, tratamentos distintos. Sem embargo, tal circunstância não se incompatibiliza com a distinção entre atos nulos e anuláveis, nem com o fato de que a diversidade de tratamento jurídico que lhes corresponda seja similarmente adotada em ambos os ramos do Direito. Já, os atos inexistentes, estes, sim, podem ser vistos com peculiaridades só concebíveis no Direito Público.

A categorização dos vícios no Direito Público e no Direito Privado é que apresenta distinções mais acentuadas; já, as consequências, inobstante alguma desigualdade, são muito próximas.

156. Seguindo, neste lance, ao menos em parte, o magistério de Antônio Carlos Cintra do Amaral,⁹⁸ aderimos à sua tese de que é critério importantíssimo (para o autor tal critério é simplesmente decisivo) para distinguir os tipos de invalidez a possibilidade ou impossibilidade de convalidar-se o vício do ato. Por isso, aliás, o autor citado prefere rejeitar a terminologia “nulos” e “anuláveis”, cifrando-se às expressões atos “convalidáveis” e atos “não convalidáveis”.

Entretanto, dado o fato de que reconhecemos a existência de atos que poderiam ser denominados de “inexistentes”, conforme esclarecido no n. 153 (para aproveitar terminologia já conhecida), entendemos que a possibilidade de convalidação aparta, de um lado, atos anuláveis (que são suscetíveis de convalidação) e, de outro lado, os “inexistentes” e nulos (que são insuscetíveis de convalidação).

157. É de notar que a convalidação, ou seja, o refazimento de modo válido e com efeitos retroativos do que fora produzido de modo inválido, em nada se incompatibiliza com interesses públicos. Isto é: em nada ofende a índole do Direito Administrativo. Pelo contrário.

98. *Extinção dos Atos Administrativos*, dissertação de Mestrado, São Paulo, Ed. RT.

Exatamente para bem atender a interesses públicos é conveniente que a ordem normativa reaja de maneiras díspares ante diversas categorias de atos inválidos.

O excelente administrativista Ricardo Marcondes Martins, nas conclusões de preciosa monografia sobre atos administrativos, faz, entre elas, a seguinte importantíssima observação: "Para editar um ato administrativo, o agente público deve efetuar a ponderação dos princípios incidentes. Com a edição do ato inválido modificam-se as circunstâncias fáticas e jurídicas; consequentemente, para a correção do ato há necessidade de uma nova ponderação. O resultado dessa nova ponderação indica se ainda é possível a correção e, não tendo ocorrido a estabilização do vício, qual o meio de correção deve ser utilizado pelo agente".⁹⁹ Em suma: a invalidação é uma possibilidade, mas não a única.

O grau de intolerância em relação a categorias de atos inválidos

158. O grau de intolerância em relação a eles há de ser compassado com o tipo de ilegitimidade. Se esta é suscetível de ser sanada, recusa-lhe em tese a possibilidade de suprimento é renegar a satisfação de interesses públicos em múltiplos casos.

Com efeito, muitas vezes na relação administrativa estarão em pauta interesses privados puramente patrimoniais dos indivíduos e que são interesses disponíveis. Pode coincidir com o interesse público legalmente assinado o convalidamento de um ato expedido com desconhecimento de direitos do particular se este manifestar ulteriormente sua aquiescência ou se a Administração corrigir o vício retroativamente antes de o interessado resistir ao ato ou impugnar-lhe o vício.

Além disso, como bem o ensina o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,¹⁰⁰ não é desprezável a hipótese de um agente administrativo praticar ato no exercício de competência *discricionária* sob coação (vício de vontade) e ulteriormente concluir ser aquela a providência adequada desde a origem. Por que negar-lhe a possibilidade de ratificar retroativamente o ato?

⁹⁹ Ricardo Marcondes Martins, *Efeitos dos Vícios dos Atos Administrativos*, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 665 (o segundo destaque é nosso).

¹⁰⁰ *Princípios Gerais* ..., cit., vol. I, p. 656.

Ademais, há vícios que pouco ou quase nada afetam o interesse finalístico procurado pelo Direito. É o caso dos defeitos de competência nos atos de conteúdo vinculado. Ao particular é quase indiferente seu autor e ao interesse público importa pouco esta autoria, pois as regras de competência estão postas, neste caso, em razão de objetivos de organização técnico-administrativa e não em atenção ao bem jurídico a ser atendido.

159. Finalmente, vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos, a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais no Direito Administrativo do que no Direito Privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes. Interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior.

Daí que a possibilidade de convalidação de certas situações — não antagonica à de nulidade em seu sentido corrente — tem especial relevo no Direito Administrativo.

Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuperavelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida.

Portanto, não é repugnante ao Direito Administrativo a hipótese de convalidamento dos atos inválidos.

160. De todo modo, não há negar que um ato padecente de vício é invalidável. A possibilidade de convalidação irá categorizá-lo na classe dos anuláveis, em oposição aos nulos e aos inexistentes, no sentido esclarecido no n. 153, mas a menor gravidade do vício não pode significar imunidade contra eventual fulminação. Em suma: qualquer ato inválido é ou não convalidável, mas entre os não convalidáveis alguns são nulos e outros inexistentes, porque estes últimos, como ao diante se dirá, diferem dos nulos tanto porque são insuscetíveis de prescrição quanto porque perante eles existe um "direito de resistência".

Dada a importância que se atribui à convalidação como critério para distinguir entre dois grandes grupos de atos viciados (anuláveis, de um lado, e nulos e inexistentes, de outro), é imprescindível esclarecer o significado e alcance deste instituto.

Convalidação

161. A *convalidação* é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos. Este suprimento pode derivar de um ato da Administração ou de um ato do particular afetado pelo provimento viciado.

Quando promana da Administração, esta corrige o defeito do primeiro ato mediante um segundo ato, o qual produz de *forma consonante com o Direito* aquilo que dantes fora efetuado de modo dissonante com o Direito. Mas com uma particularidade: seu alcance específico consiste precisamente em ter efeito retroativo. O ato convalidador remete-se ao ato inválido para legitimar seus efeitos pretéritos. A providência corretamente tomada no presente tem o condão de valer para o passado.

É claro, pois, que só pode haver convalidação quando o ato *possa ser produzido validamente* no presente. Importa que o vício não seja de molde a impedir reprodução válida do ato. Só são convalidáveis atos que podem ser *legitimamente produzidos*.

162. A Administração não pode convalidar um ato viciado se *este já foi impugnado*, administrativa ou judicialmente. Se pudesse fazê-lo, seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração, e não do dever de obediência à ordem jurídica. Há, entretanto, uma exceção. É o caso da "motivação" de ato vinculado expendida tardiamente, após a impugnação do ato. A demonstração, conquanto serôdia, de que os motivos preexistiam e a lei exigia que, perante eles, o ato fosse praticado com o exato conteúdo com que o foi é razão bastante para sua convalidação. Deveras, em tal caso, a providência tomada *ex vi legis* não poderia ser outra (cf. n. 34).

A convalidação também não pode ter o efeito de expor os administrados que no passado infringiram as disposições do ato viciado a sanções decorrentes desta infringência. É que o descumprimento do ato viciado corresponde à impugnação dele por via de resistência. Ora, conforme deixou-se assinalado, não se pode convalidar um ato que já foi impugnado, com ressalva da exceção referida.

163. A convalidação pode provir de um ato do particular afetado. Ocorre quando a manifestação deste era um pressuposto legal para a expedição de ato administrativo anterior que fora editado com violação desta exigência. Serve de exemplo, trazido à colação por

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,¹⁰¹ o pedido de exoneração feito por um funcionário depois do ato administrativo que o exonera "a pedido" e manifestado com o propósito de legitimá-lo.

Quando a convalidação procede da mesma autoridade que emanou o ato viciado, denomina-se *ratificação*. Se procede de outra autoridade, trata-se de *confirmação*. Quando resulta de um ato de particular afetado, parece bem denominá-la simplesmente de *saneamento*.

164. Não se deve confundir convalidação com a *conversão* de atos *nulos*. Pela *conversão*, quando possível, o Poder Público transpassa, também com efeitos retroativos, um ato de uma categoria na qual seria inválido para outra categoria na qual seria válido. De conseguinte, ao contrário da convalidação, em que o ato inválido tem salvaguardados os *mesmos* efeitos, na conversão o ato produz, retroativamente, efeitos próprios de outro ato: aquele que seria possível. Serve de exemplo, aventado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a conversão de uma nomeação em caráter efetivo para cargo de provimento em comissão em nomeação em comissão.¹⁰² Atos in-existentes jamais podem ser objeto de conversão.

Convalidação e invalidação: poder ou dever?

165. Perante atos inválidos a Administração Pública não tem discricção administrativa que lhe permita escolher com liberdade se convalida um ato viciado ou se deixa de fazê-lo. Também não tem liberdade para optar se o invalida ou se deixa de invalidá-lo. Finalmente, não pode, outrossim, eleger livremente entre as alternativas de convalidar ou invalidar, ressalvada uma única hipótese: tratar-se de *vício de competência em ato de conteúdo discricionário*. Neste único caso, cabe ao superior hierárquico, a quem competiria expedir-lo, decidir se confirma o ato ou se reputa inconveniente fazê-lo, quando, então, será obrigado a invalidá-lo.

166. Acompanhamos, pois, na matéria, os ensinamentos constantes do aprofundado estudo monográfico efetuado por Weida Zan-caner.¹⁰³ Ciframo-nos, aqui, a sintetizar sua valiosa orientação, que assim se pode exprimir:

101. *Princípios Gerais* ..., cit., vol. e pp. cit.

102. *Princípios Gerais* ..., cit., vol. I, p. 663.

103. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

I – sempre que a Administração esteja perante ato suscetível de convalidação e que não haja sido impugnado pelo interessado, estará na obrigação de convalidá-lo, ressaltando-se, como dito, a hipótese de vício de competência em ato de conteúdo discricionário;

II – sempre que esteja perante ato insuscetível de convalidação, terá a obrigação de invalidá-lo, a menos, evidentemente, que a situação gerada pelo ato viciado já esteja *estabilizada* pelo Direito. Em tal caso, *já não mais haverá situação jurídica inválida* ante o sistema normativo, e, portanto, simplesmente não se põe o problema.

Esta estabilização ocorre em duas hipóteses: a) quando já se escoou o prazo, dito “prescricional”, para a Administração invalidar o ato; b) quando, embora não vencido tal prazo, o ato viciado se categoriza como ampliativo da esfera jurídica dos administrados (cf. n. 80) e dele decorrem sucessivas relações jurídicas que criaram, para sujeitos de boa-fé, situação que encontra amparo em norma protetora de interesses hierarquicamente superiores ou mais amplos que os residentes na norma violada, de tal sorte que a desconstituição do ato geraria agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes do ato censurável.¹⁰⁴

Exemplificaria tal hipótese o loteamento irregularmente licenciado cujo vício só viesse a ser descoberto depois de inúmeras famílias de baixa renda, que adquiriram os lotes, haverem nele edificado suas moradias.

167. As asserções feitas estribam-se nos seguintes fundamentos. Dado o princípio da legalidade, fundamentalíssimo para o Direito Administrativo, a Administração não pode conviver com relações jurídicas formadas ilícitamente. Onde, é dever seu recompor a legalidade ferida. Ora, tanto se recompõe a legalidade fulminando um ato viciado, quanto convalidando-o. É de notar que esta última providência tem, ainda, em seu abono o princípio da segurança jurídica, cujo relevo é desnecessário encarecer. A decadência e a prescrição demonstram a importância que o Direito lhe atribui. Acresce que também o princípio da boa-fé – sobreposse ante atos administrativos, já que gozam de presunção de legitimidade – corre em prol da convalidação, para evitar gravames ao administrado de boa-fé.

104. No que atina a esta hipótese de estabilização (situação prevista na letra “b”) nosso entendimento não é sufragado pela administrativista citada.

168. Sendo certo, pois, que invalidação ou convalidação terão de ser obrigatoriamente pronunciadas, restaria apenas saber se é discricionária a opção por uma ou outra nos casos em que o ato comporta convalidação. A resposta é que não há, aí, opção livre entre tais alternativas. Isto porque, sendo cabível a convalidação, o Direito certamente a exigiria, pois, sobre ser uma dentre as duas formas de restauração da legalidade, é predicada, demais disso, pelos dois outros princípios referidos: o da segurança jurídica e o da boa-fé, se existente. Logo, em prol dela afluem mais razões jurídicas do que em favor da invalidação. Acresce que discricionariedade decorre de lei, e não há lei alguma que confira ao administrador livre eleição entre convalidar ou invalidar, conforme oportuna advertência sublinhada por Weida Zancaner, em seu estudo precitado.

Cumpre registrar que a Lei federal 9.784, de 29.1.1999, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”, assim como a congênere lei paulista, que, de resto, lhe é anterior, a Lei estadual 10.177, de 30.12.1998, *recusam caráter obrigatório* à convalidação nos casos em que caiba. Colocam-na, pois, como uma faculdade da Administração (arts. 55 da primeira e 11 da segunda). Estamos em crer, todavia, que tal solução não pode juridicamente prevalecer.

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 composição 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.

Isto posto, cumpre tão só esclarecer por que nos atos de conteúdo discricionário, praticados por agente incompetente, a autoridade administrativa competente para restaurar a legalidade pode, a seu juízo, convalidar ou invalidar. A razão é simples. Sendo discricionário o conteúdo do ato, quem não o praticou não poderia ficar compelido a praticá-lo com fins de convalidação.

Identificação dos atos inexistentes, dos nulos e dos anuláveis

169. Em face do quanto se expôs, dir-se-ão *inexistentes* os atos que assistem no campo do impossível jurídico, como tal entendida a esfera abrangente dos comportamentos que o Direito radicalmente inadmitte, isto é, dos crimes que atentem contra a dignidade humana, como referido nos ns. 129 e 163, valendo como exemplos as hipóteses, já referidas, de "instruções" baixadas por autoridade policial para que subordinados torturem presos, autorizações para que agentes administrativos saqueiem estabelecimentos dos devedores do Fisco ou para que alguém explore trabalho escravo etc.

170. São nulos:

- a) os atos que a lei assim os declare;
- b) os atos em que é racionalmente impossível a convalidação, pois, se o mesmo conteúdo (é dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidez anterior.

Sirvam de exemplo: os atos de conteúdo (objeto) ilícito; os praticados com desvio de poder; os praticados com falta de motivo vinculado; os praticados com falta de causa.

171. São anuláveis:

- a) os que a lei assim os declare;
 - b) os que podem ser re praticados sem vício.
- Sirvam de exemplo: os atos expedidos por sujeito incompetente; os editados com vício de vontade; os proferidos com defeito de formalidade.

Regime dos atos inválidos

172. Os atos inválidos, inexistentes, nulos ou anuláveis não *deviam* ser produzidos. Por isso não *deveriam* produzir efeitos. Mas o fato é que são editados atos inválidos (inexistentes, nulos e anuláveis) e que *produzem* efeitos jurídicos. Podem produzi-los até mesmo *per omnia secula*, se o vício não for descoberto ou se ninguém o impugnar.

É errado, portanto, dizer-se que os atos nulos não produzem efeitos. Aliás, ninguém cogitaria da anulação deles ou de declará-los nulos se não fora para fulminar os efeitos que já produziram ou que podem ainda vir a produzir. De resto, os atos *nulos* e os *anuláveis*,

mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos. Assim, por exemplo, *respeitam-se os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé*. É o que sucede quanto aos atos praticados pelo chamado "funcionário de fato", ou seja, aquele que foi irregularmente preposto em cargo público.

173. Aliás, cumpre aqui discutir os efeitos da invalidação,¹⁰⁵ buscando-se saber se ela sempre, ou nem sempre, tem efeitos *ex tunc* e o que determinará se seus efeitos serão desta espécie ou se e quando serão *ex nunc*.

Reformulando o entendimento que sempre adotamos na matéria, pensamos hoje que o assunto só se resolve adequadamente tomando-se em conta a fundamentalíssima distinção — e que cada vez nos parece mais importante para uma teoria do ato administrativo — entre atos *restritivos* e atos *ampliativos* da esfera jurídica dos administrados, discrimen, este, que funda uma dicotomia básica, influente sobre inúmeros tópicos do Direito Administrativo (como,

105. No texto pusemos em causa somente uma das discussões possíveis quanto aos efeitos do ato invalidador (se serão *ex tunc* ou *ex nunc*). Fizemo-lo por sua óbvia repercussão prática. Aqui, em rodapé, referiremos outras questões puramente teóricas. A primeira delas concerne ao caráter "constitutivo" da invalidação, em que será preciso, desde logo, indagar em que sentido esta expressão estará sendo empregada, para evitar, como muitas vezes ocorre, sermos traídos pela palavra. Assim, começaremos por observar que, ao nosso ver, é importante distinguir duas coisas: (a) a circunstância de algo ser inválido, isto é, produzido em desconformidade com o previsto pelo Direito e (b) o fato de um órgão habilitado pelo Direito, ao reconhecer que algo é inválido, atribuir consequências jurídicas correspondentes ao sobreredito reconhecimento, produzindo, então, só a partir daí, efeitos jurídicos imputáveis à invalidação. Conforme entendemos, a invalidez é o pressuposto jurídico da invalidação. Se não se aceita que ela preexiste à invalidação, o juiz não poderá invalidar o ato viciado, pois não se pode invalidar um ato válido. Se o juiz o fizesse, no exercício de mister jurisdicional, estaria pura e simplesmente efetuando uma revogação — para a qual não está, de direito, habilitado. Pode-se, todavia, dizer que a invalidação é "constitutiva" no sentido de que, a partir dela é que surtirão efeitos correspondentes aos da invalidação. O que se constitui, então, não é (diversamente do que entendia Kelsen) a invalidez do ato, mas os efeitos de negar aplicação às consequências até então reconhecidas como pertinentes ao ato invalidado. Entendemos, ainda — e é esta uma segunda questão teórica —, que quaisquer outros efeitos que se considere desencadeáveis a partir da invalidação, como por exemplo, o de proteger a situação de terceiros de boa-fé, resultam do próprio ato invalidador, o qual faz desencadear consequências previstas em lei, operando, nisto, à moda do que parte da doutrina administrativa italiana chama de "meros" ou "puros" atos jurídicos, categoria que — tal como o fazem os civilistas — opõem aos "negócios jurídicos" (vide ao respeito, por exemplo, Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 3ª ed., Giuffrè, 1960, p. 269).

por exemplo, o da eficácia dos atos administrativos — sua imperatividade e executoriedade —, o dos princípios do procedimento administrativo, o da teoria da vontade do particular no ato administrativo, o da coisa julgada administrativa ou o das consequências da invalidação).

Na conformidade desta perspectiva, parece-nos que efetivamente nos atos unilaterais *restritivos* da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos *ex tunc*, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das consequências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais *ampliativos* da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada.

Com efeito, se os atos em questão foram obra do próprio Poder Público, se estavam, pois, investidos da presunção de veracidade e legitimidade que acompanha os atos administrativos, é natural que o administrado de boa-fé (até por não poder se substituir à Administração na qualidade de guardião da lisura jurídica dos atos por aquela praticados) tenha agido na conformidade deles, desfrutando do que resultava de tais atos. Não há duvidar que, por terem sido inválidamente praticados, a Administração — com ressalva de eventuais barreiras à invalidação, dantes mencionadas (n. 166) — deva fulminá-los, impedindo que continuem a desencadear efeitos; mas também é certo que não há razão prestante para desconstituir o que se produziu sob o beneplácito do próprio Poder Público e que o administrado tinha o direito de supor que o habitava regularmente.

Assim, *v.g.*, se alguém é nomeado em consequência de concurso público inválido, e por isto vem a ser anulada a nomeação dele decorrente, o nomeado não deverá restituir o que percebeu pelo tempo que trabalhou. Nem se diga que assim há de ser tão só por força da vedação do enriquecimento sem causa, que impediria ao Poder Público ser beneficiário de um trabalho gratuito. Deveras, embora não compareça tal fundamento, a solução haverá de ser a mesma se alguém é permissonário de uso de um bem público e mais tarde vem-se a descobrir que a permissão foi inválidamente outorgada. A invalidação deverá operar daí para o futuro. Descaberia eliminar retroativamente a permissão; isto é: o permissonário, salvo se estava de má-fé, não terá que devolver tudo o que lucrou durante o tempo em que desfrutou da permissão de uso do bem.

As soluções indicadas — ressalte-se — não interferem com outro tema, qual o da cabível responsabilização do agente público que haja operado de má-fé em um ou outro caso, independentemente da boa ou má-fé do administrado.

Invalidação e dever de indenizar

174. Na invalidação de atos administrativos há que distinguir duas situações:

- a) casos em que a invalidação do ato ocorre *antes de o administrado incorrer em despesas* suscitadas seja pelo ato viciado, seja por atos administrativos precedentes que o condicionaram (ou condicionaram a relação fulminada). Nestas hipóteses não se propõe qualquer problema patrimonial que despertasse questão sobre dano indenizável;
- b) casos em que a invalidação infirma ato ou relação jurídica quando o administrado, na conformidade deles, *já desenvolveu atividade dispendiosa*, seja para engajar-se em vínculo com o Poder Público em atendimento à convocação por ele feita, seja por ter efetuado prestação em favor da Administração ou de terceiro.

Em hipóteses desta ordem, *se o administrado estava de boa-fé e não concorreu para o vício do ato fulminado*, evidentemente a invalidação não lhe poderia causar um dano injusto e muito menos seria tolerável que propiciasse, eventualmente, um enriquecimento sem causa para a Administração. Assim, tanto devem ser indenizadas as despesas destarte efetuadas como, *a fortiori*, hão de ser respeitados efeitos patrimoniais passados atinentes à relação atingida. Segue-se também que, se o administrado está a descoberto em relação a pagamentos que a Administração ainda não lhe efetuou, mas que correspondiam a prestações por ele já consumadas, a Administração não poderá eximir-se de acobertá-las, indenizando-o por elas.

Com efeito, se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração, ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, *ipso facto*, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. Seria iníquo que o agente violador do Direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as consequências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de quem, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Acresce que, notoriamente, os atos administra-

tivos gozam de *presunção de legitimidade*. Onde, quem atuou arri-mado neles, salvo se estava de má-fé (vício que se pode provar, mas não pressupor liminarmente), tem o direito de esperar que tais atos se revistam de um mínimo de seriedade. Este mínimo consiste em não serem causas potenciais de fraude ao patrimônio de quem neles confiou — como, de resto, teria de confiar.

Aliás, a solução que se vem de apontar nada mais representa senão uma aplicação concreta do disposto no art. 37, § 6º, da Constituição, no qual o princípio da responsabilidade do Estado (v. Capítulo XX) está consagrado de maneira ampla e generosa, de sorte a abranger tanto responsabilidade por atos ilícitos quanto por atos *lícitos* (como o seria a correta fulminação de atos inválidos).

Direito de resistência contra atos inválidos

175. Costuma-se dizer que os atos nulos, diversamente dos anuláveis, podem ser ignorados e desobedecidos por quaisquer pessoas. Trata-se de outro equívoco.

O necessário é distinguir duas espécies de resistência: a resistência simples, em que alguém meramente deixa de cumprir uma determinação administrativa, e a resistência *manu militari*, na qual o administrador opõe *força física* à execução material de um ato pro-cedida pela Administração. Nesta última hipótese, a resistência pode causar verdadeira ruptura do mínimo de ordem e paz social. Reconhecer direito de resistência com tal composição seria erigir o administrador em árbitro, conquanto provisório, da legitimidade do ato administrativo.

Já, quando alguém desobedece a um ato administrativo por mere-descumprimento do que nele está determinado, evidentemente o faz por sua conta e risco. Seja inválido por nulo ou inválido por *anulável*, não há diferença alguma nesta resistência ao ato. O que o administrador resistente estará fazendo é *antecipar um juízo que será feito posteriormente pelo Judiciário sobre a invalidade do ato*. Se os juízos a final se revelarem coincidentes, a resistência será havida como legítima; se se revelarem descoincidentes, a resistência será havida como ilegítima. Não interfere para nada a questão de o ato ser nulo ou anulável.

176. Em suma: não há garantia de um direito à resistência, por descumprimento, contra atos que *podem vir a ser declarados inválidos*. Também não há uma sanção pela resistência *passiva* a atos que

vierem a ser declarados inválidos. Quando um particular desatende a um ato administrativo o faz, como se disse, por sua conta e risco, pois a qualificação do ato como inválido perante o Direito Positivo só vai ser definida *a posteriori*, isto é, quando houver um pronunciamento do órgão jurisdicional, único que possui competência para dizer em definitivo se o ato era ou não inválido. A resistência *passiva* perante um ato administrativo *válido* ou *inválido* (quando *nulo* ou *anulável*) do ponto de vista jurídico tem o *mesmo caráter no momento em que esteja ocorrendo*. A diferença de consequências jurídicas só vai surgir depois: quando houver invalidação do ato pela própria Administração ou decisão judicial que declare a invalidade do ato a que se resistiu. Entretanto, a resistência *manu militari* a atos *nulos* ou *anuláveis* é, em si mesma, um elemento de perturbação da ordem e da paz social, e, por isto mesmo, ilegítima.

177. Já, com relação aos atos *inexistentes*, por se constituírem em comportamentos que prescrevem a prática de crimes e expõem o administrador a sofrê-los, há de ser aceito irrestritamente, isto é, até mesmo *manu militari*, o direito de resistência da vítima.

XVIII. Regime jurídico dos atos inexistentes, dos nulos e anuláveis: comparação

178. Pode-se dizer, então, que, enquanto os atos nulos e anuláveis, de par com aspectos diferenciais em seus regimes, possuem aspectos comuns significativos (como logo se verá), os atos *inexistentes* têm regime sempre muito distinto do regime dos atos nulos e anuláveis porque, diversamente deles:

- a) são imprescritíveis;
- b) jamais podem ser convalidados, ao contrário dos atos anuláveis, e jamais podem ser objeto de “conversão”, ao contrário dos atos nulos, pois estes últimos, em algumas hipóteses, podem ser “convertidos” em outros atos;
- c) é cabível direito de resistência, inclusive *manu militari*, contra eles, diferentemente do que ocorre com os atos nulos e anuláveis;
- d) uma vez proclamado o vício em que incorreram, em nenhuma hipótese são ressaltados efeitos pretéritos que hajam produzido.

179. Atos nulos e anuláveis sujeitam-se a regime igual quanto:

- a) à persistência de efeitos em relação a terceiros de boa-fé, bem como de efeitos patrimoniais pretéritos concernentes ao administrado

que foi parte na relação jurídica, quando *forem necessários para evitar enriquecimento sem causa da Administração e dano injusto ao administrado, se estava de boa-fé e não concorreu para o vício do ato;*

- b) à resistência que os administrados lhes oponham;
- c) à eliminação de seus efeitos, uma vez declarada a invalidade, a qual opera do mesmo modo. A saber: se o ato fulminado era restritivo de direitos, a eliminação é retroativa; se o ato fulminado era ampliativo de direitos, a eliminação produz efeitos *ex nunc*, isto é, desde agora, salvo se demonstrável a má-fé do beneficiário do ato ilegal, com ou sem conluio com o agente público que o praticou. Nisto, pois, modificamos a opinião (expressada até a 16ª edição deste livro) de que a invalidação sempre produziria efeitos *ex tunc*.

180. Atos nulos e anuláveis apresentam regime jurídico diferente quanto a:

- a) possibilidade de convalidação. Só os anuláveis podem ser convalidados; os nulos não; estes podem, apenas — e quando a hipótese comportar —, ser “convertidos” em outros atos;
- b) arguição do vício que possuem. No curso de uma lide o juiz pode pronunciar de ofício ou sob provocação do Ministério Público (quando a este caiba intervir no feito) a nulidade de ato gravado desvício mesmo que o interessado não a argua. O vício do ato anulável só pode ser conhecido se o interessado o arguir.

Não mais sustentamos, como o fizemos até a 11ª edição deste livro, que também se distinguiriam quanto aos prazos de prescrição para o Estado invalidar seus próprios atos ou impugná-los em juízo. Dantes assumíamos a lição segundo a qual, tal como no Direito Privado, seriam prazos longos para os atos nulos e mais breves para os anuláveis. Revendo tal entendimento, conforme razões expostas no Capítulo XXI, n. 12, parece-nos que a regra geral — isto é, na falta de disposição específica que estabeleça de modo diverso — é que o prazo prescricional ou decadencial para que o Poder Público invista contra atos nulos e anuláveis é o mesmo: cinco anos. Anote-se que a Lei federal 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu art. 54, § 1º, sem estabelecer distinção alguma entre atos nulos e anuláveis, estabelece que o direito da Administração de anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos administrados decai em *cinco anos*, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. Assim, é forçoso reconhecer que se atenua a distinção entre atos nulos e anuláveis. Como a lei não indica o prazo prescricional nos casos

de comprovada má-fé, a solução terá de ser buscada na regra geral do art. 205 do Código Civil, o qual prevê o prazo de 10 anos.

Já com relação à prescrição “dos direitos e ações contra a Fazenda Pública”, não haveria mesmo de cogitar sobre qualquer diferença entre nulos e anuláveis. Como bem observou Régis Fernandes de Oliveira,¹⁰⁶ não se pode fundar qualquer distinção de efeitos entre atos nulos e anuláveis quanto à prescrição da ação de terceiros contra a Fazenda. É que o Decreto 20.910, de 6.1.1932, firmou regra geral, estabelecendo-a em 5 anos, sem fazer caso algum de serem nulos ou anuláveis os atos que se queira impugnar. A jurisprudência concluiu que serão 5 anos nos casos de ações pessoais e 20 anos nos casos de ações reais, também sem distinguir entre atos nulos e anuláveis.

181. O autor citado, todavia, conclui que é imprescritível o direito da Fazenda de opor-se aos seus próprios atos, por si mesma ou em juízo, quando inexistir previsão legal específica estabelecendo-a. Discordamos. O estado de pendência eterna parece-nos incompatível com o objetivo nuclear da ordenação jurídica, que é a ordem, a estabilidade. Tal imprescritibilidade só pode ocorrer em relação aos atos que denominamos de *inexistentes* (cf. ns. 139, 153 (sobretudo), 156, 169 e 178).

XIX. Diferenças entre revogação e invalidação

182. As diferenças fundamentais entre a revogação e a invalidação podem ser resumidas no seguinte quadro:

Revogação	Sujeito	Motivo	Extinção dos efeitos
Administração (autoridade no exercício de função administrativa)	Inconveniência ou inoportunidade do ato	Sempre <i>ex nunc</i> (não retroage)	
Administração e Judiciário	Ilegitimidade do ato	<i>Ex tunc</i> ou <i>ex nunc</i>	

106. *Ato Administrativo*, São Paulo, Ed. RT, 1978, pp. 122 e 123.