ATO ADMINISTRATIVO — ANULAÇAO — REVOGAÇÃO — SITUAÇÃO JURÍDICA INDIVIDUAL

— E' intangível o ato administrativo de que resultou um direito subjetivo ou uma situação jurídica individual.

— Praticado o ato discricionário, a discrição desaparece; surge, então, o direito individual, resultante do ato jurídico perfeito, abroquelado na Constituição e na lei.

EXPOSIÇAO

O Professor Jorge Valente, livre-docente da cadeira de Clínica Urológica, da Faculdade de Medicina, da Universidade da Bahia, requereu ao Presidente da República a nomeação de professor vitalício daquela cátedra, vaga com o falecimento do professor catedrático Lafaiette Coutinho de Albuquerque. O requerente fôra classificado em segundo lugar, em concurso, com o professor falecido. O requerente firmou a sua pretensão nas leis 1.711 de 28 de outubro de 1952, e 2.938, de 2 de novembro de 1956; e em casos análogos sôbre os quais tinham opinado os Consultores Gerais da República, Orozimbo Nonato, Carlos Medeiros Silva e Antônio Gonçalves de Oliveira. Além disso alegou que jamais "perdera contácto com o ensino e as atividades da especialidade", pois tivera oportunidade de reger curso equiparado de clínica urológica na Faculdade de Medicina da Universidade da Bahia; era, no momento, em que requereu, Presidente reeleito da Seção de Urologia da Associação Baiana de Medicina; e é Conselheiro do Conselho Regional de Medicina; membro titular da Academia Baiana de Medicina; chefe há muitos anos, do serviço de urologia do famoso Hospital Santa Isabel, onde atualmente está instalada a cátedra de Clínica Urológica da Escola Baiana de Medicina e Saúde Pública, da qual o requerente é cadedrático.

Recebido o requerimentoo, o Presidente ordenou a remessa ao Consultor Geral da República, que examinou o pedido e o enviou ao Ministério da Educação para a audiência de seus órgãos legais. No Ministério seguiu o processo todos os trâmites regulamentares; e o respectivo Consultor Jurídico, depois de examinar o caso sob todos os aspectos e de mencionar os precedentes, concluiu por afirmar que "... os segundos colocados têm sido sempre amparados pelos Tribunais do País" e porisso sugeriu: "a conveniência de submeter-se à alta apreciação do Excelentíssimo Senhor Presidente da República uma das seguintes alternativas: nomeação vitalícia ou interina do Professor Jorge Valente."

Para tal sugestão alternativa firmava-se o Consultor Jurídico no caso referente ao Professor Epaminondas José Pontes.

Com o Parecer do Consultor Jurídico concordou o Ministro da Educação, que, pelo aviso de número 1.132, enviou o processo ao Consultor-Geral, que por sua vez o remeteu ao Presidente da República para a sua decisão definitiva.

O Presidente optou pela primeira alternativa, ao decidir nomear catedrático vitalício o Professor Jorge Valente e neste sentido expediu e fêz publicar o decreto no Diário Oficial de 11 de novembro de 1960.

Era, assim, o decreto um ato jurídico perfeito, criador de uma situação jurídica individual.

Em conseqüência dêsse decreto e em sua execução, o Professor Jorge Valente, a 22 de novembro, isto é, no dia em que lhe chegou às mãos o exemplar do Diário Oficial referido, apresentou-se à Reitoria da Universidade da Bahia e requereu lhe fôssem marcados dia e hora para tomar posse.

Em decorrência dêste requerimento e como condição indispensável para a posse, submeteu-se, no mesmo dia, a inspeção de saúde e foi considerado apto pela junta médica da Universidade, composta pelos Drs. Felinto Borja, Juvenal Cordilho e Sabino Augusto da Silva. Trata-se de um serviço médico permanente, destinado a êste fim.

Mas, a 23 de novembro, depois dêstes atos a que se submeteu o Professor Jorge Valente, foi publicado outro decreto, sem fundamentação nenhuma a que se limita a dizer:

> "O Presidente da República resolve tornar sem efeito o decreto de 11 de novembro de 1960, publicado no Diário Oficial da mesma data, que nomeou Jorge Valente para exercer o cargo de Professor Catedrático, padrão "O", da cadeira de Clínica Urológica da Faculdade de Medicina da Bahia, do Quadro Permanente do Ministério da Educação e Cultura, vago em virtude do falecimento de Lafayette Coutinho de Albuquerque."

Resposta aos Quesitos

Podia o decreto de nomeação para um cargo vitalício ser tornado sem efeito por outro decreto, e não fundamentado?

Em face da exposição acima a resposta negativa impõe-se com sua evidência irresistível. O requerimento do consulente fôra devidamente processado; fundava-se estritamente na lei; tinha em seu favor vários precedentes, como patenteou em seu parecer o Consultor Jurídico do Ministério.

Com êste concordara o Ministro; e o Presidente da República, entre as duas "soluções alternativas" que lhe sugeria o órgão jurídico do Govêrno, exerceu o seu poder discricionário de opção e nomeou o consulente Professor vitalício da cadeira de Clínica Urológica da Faculdade de Medicina da Universidade da Bahia.

Era assim o decreto um ato jurídico perfeito, criador de uma situação jurídica individual.

> *"L'atto amministrativo che ha compiuto il ciclo della sua formazione e che contiene tutti gli elementi di cui ci sismo occupati si chisma atto amministrativo perfeito "d'Alcassio Diritto Amministrativo Italiano" vol. II — pág.* 196."

Mas, se o decreto era um ato administrativo jurídico perfeito, por isto mesmo se tinha tornado invulnerável, em face do § 2.º do artigo 141, da Constituição, que se expressa nestes têrmos: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

Mas, em virtude dêste ato jurídico perfeito, o consulente tinha o direito adquirido de tomar posse, reger a cadeira para que fôra vitalìciamente nomeado e incorporar no patrimônio individual todos os proventos disso decorrentes.

É fora de qualquer dúvida que se a própria lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito da nomeação do consulente nem o seu direito adquirido à posse e regência vitalícia da cadeira, muito menos poderá fazê-lo um simples decreto.

O caso da consulta está, pois, dominado e resolvido pela nossa Constituição.

Mas, o caso em questão já foi por assim dizer prejulgado pelo Supremo Tribunal, no acórdão unânime sôbre o mandado de segurança n.º 4.609, em que foi impetrante o Professor Guilherme Estellita.

O assunto é o mesmo, exatissimamente o mesmo. Varia apenas o nome da pessoa em que o direito se encarnava. O professor Guilherme Estellita, como o consulente, colocado em segundo lugar para a cadeira de Direito Judiciário Civil, fôra nomeado por Decreto Presidencial, posteriormente, por nôvo decreto tornado sem efeito. E' exata, exatissimamente o caso do consulente.

Na justificativa de seu voto, como relator, daquela mandado, assim falava o Ministro Ary Franco: "Não estava obrigado a atender a solicitaçao do impetrante e se o não fizesse não violaria direito algum do impetrante, mas, desde que o nomeou, e com fundamento na lei, criou para o impetrante um direito subjetivo, segundo o entendimento da doutrina e da jurisprudência, como salientei no início, não suscetível de revogação a não ser por ato judiciário."

E no seu voto, assim disse o Ministro Galotti, ao concluir: "Ora, no caso, do ato do Senhor Presidente da República nasceu um direito à posse em cargo vitalício. E não se mostra que o ato tenha violado a lei. Ao contrário, o decreto que o vedaria (33.460, de 1953) como muito bem acentuaram os Ministros relator e Cândido Motta, fôra revogado pela lei n.º 2.938, de 1956."

A decisão unânime do Supremo Tribunal se ajusta como luva ao caso do Conlente. Mas o Supremo Tribunal neste Acórdão unânime outra cousa não fêz senão observar a sua jurisprudência.

No acórdão publicado na Revista de Direito Administrativo, vol. 35, pág. 243, dêste modo se pronuncia o Ministro Nelson Hungria: "A atividade discricionária não pode exercer-se além ou acima da esfera judiciária."

E no Mandado de Segurança 1.424, dêste modo se pronuncia Hanemann Guimarães: "O ato administrativo só é revogável quando dêle não resulta vínculo jurídico, e como relator do acórdão unânime no Rec. Ext. 9.730, dizia o mesmo Ministro: A revogação, porém, fica excluída sempre que em virtude do ato se constitui definitivamente uma situação jurídica, ou por outras palavras, sempre que do ato resultou um direito subjetivo."

E no Mandado 1.490, dêsse modo se enuncia o Ministro Orozimbo Nonato, como relator do acórdão unânime: "Em princípio os atos administrativos, particularmente aquêles de que resulta uma situação individual, não podem ser revogados."

E, muito antes, assim nos ensinava Pedro Lessa, no acórdão a que se refere Sá Filho — Estudos de Direito Fiscal, pág. 261: "O que se veda à administração pública é o poder de revisão de seus próprios atos com a finalidade revocatória por motivo de conveniência ou de oportunidade. E' pacífica porém a exigência de se tratar de vício substancial, de gravíssima infração à lei, de defeito que envolve o próprio ato, cuja contextura independe de demonstração oferecendo evidência de vício fundamental de fundo ou de forma."

E' o que, em outras palavras, diz Orozimbo Nonato, como relator de um acórdão unânime do Supremo Tribunal: "Mas a hipótese é ato sagrado e foi em seu nome e de sua proclamada ilegalidade que a Administração mesma o convolou. Não poderia fazê-lo *ex próprio Marte*, a não ser que se tratasse da venda de patente, de ilegalidade conspícua, de vício fàcilmente verificável. Se se trata de ato administrativo pròpriamente dito, de ato subjetivo, declaratório de direito, sua revocabilidade na mesma esfera administrativa só é possível nas hipóteses acima aludidas de nulidade incontendível."

Ora, o decreto de nomeação do consulente é o oposto de tudo isso, uma vez que resultava de pedido legal, firmado na lei que rege a espécie, como decidiu o

Supremo Tribunal, unânimemente, no caso do Professor Guilherme Estellita.

O pedido do consulente fôra submetido a todos os trâmites do processo administrativo, examinado pelos órgãos jurídicos do Ministério, até que foi remetido ao Presidente da República para optar entre duas alternativas, das quais êle preferiu a do provimento vitalício na cadeira de Clínica Urológica.

A êste decreto rigorosamente legal foi desfeito por um outro que não apresenta nenhum fundamento e se limita exclusivamente a *tornar sem efeito* o ato jurídico perfeito, que a 11 de novembro nomeara o consulente professor vitalício.

Terá o Presidente da República êsse poder?

A resposta a esta pergunta já foi dada há mais de 157 anos, pelo maior dos juízes conhecidos na história dos Estados Unidos. Na sessão da Suprema Côrte de 24 de fevereiro de 1803, e proferindo sua decisão unânime no caso Marbury *versus* Medison, assim falava Marshall: "A Côrte, portanto, opina decididamente que a nomeação está feita quando a comissão está assinada pelo Presidente. Quando um funcionário é removível ao arbítrio do executivo não tem interêsse a circunstância complementar de sua nomeação; porque o ato é revogável a qualquer tempo.

Quando, porém, o funcionário é irremovível, a nomeação é irrevogável e não pode ser nulificada, ela já conferiu legítimos direitos que não podem mais ser eliminados. A discrição do executivo deve ser exercida até que seja feita a nomeação. Tendo, porém, consumado a nomeação, sua competência, em relação ao ofício, se extingue em todos os casos em que por lei o funcionário não é amovível a seu bel prazer. O direito ao cargo existe então na pessoa nomeada e tem ela absoluta, incondicional faculdade de aceitá-lo ou rejeitá-lo."

E mais adiante, em relação, ao Presidente da República: "Quando êle já houver feito qualquer nomeação, é certo que já terá exercido aquêle poder em tôda a sua plenitude e que de todo já terá aplicado ao caso a sua discrição."

Pouco depois: "Porém, como um fato que existiu, não pode de forma alguma ser tido como se nunca tivesse existido, a nomeação não pode ser reduzida a nada; e conseguintemente, se o funcionário não é por lei amovível à vontade do Presidente, os direitos que êle adquiriu são amparados por lei e permanecem fora da alçada presidencial. Tais direitos não podem ser extintos pela vontade executiva e assiste ao funcionário jus e ação para defendê-los do mesmo modo como se derivassem de outra fonte."

Eis aí, é sòmente trocar inamovível por vitalício e a resposta a esta consulta já foi dada pela voz mais alta que a ela poderia responder.

Mas, volvendo ao campo do direito administrativo, nêle é um princípio universal, ainda para os que mais longe distendem a revocabilidade ou anulabilidade dos atos administrativos, pelo seu autor ou pelo seu superior, ainda aí é um princípio assente a intangibilidade do ato administrativo se dêle resulta um direito subjetivo ou uma situação jurídica individual.

A página 204 do seu livro e volume já citados, diz-nos D'Alessio: *"Ed ancora la revoca deve ritener si esclusa intutti quei casi in cui un soggetto estraneo all'amministrazione ha aoquistato un diritto inforza dell'atto."*

E Meuci, em "Diritto Amministrativo", 6.ª edição, depois de apontar as características do ato administrativo "revocabile ed emendabile" acrescenta: *"Se excetua il caso, quando l'atto amministrativo compiuto ha generato un diritto."*

Fleiner, em "Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand", pág. 127: *"La maxime* quieta non novere *et le principe de* "labonne foi" *doivent valoir pour les autorités administratives également. La legislation a par suite dü son-*

ger à limiter ce droit de retrait des dispositions pour les cas ou la consideration de la securité juridique l'exige.
C'est ainsi qu'il a reconnu l'imutabilité notament aux dispositions creatrices des droits ou d'obligations qui ne peuvent être édictéés par l'autorité qu'apres une procédure d'opposition ou d'enquête approfondie."

Jeze, o famoso professor de Paris, dêste modo se expressa, à página 180 do seu "Les Principes Généraux du Droit Administratif", 1.º volume, 3.ª edição. "*La situation juridique individuelle ne peut pas étre modifiée par la loi.*"
e em sua nota (2),

"*Il est inutil d'ajouter ni par le règlement*";

e continua:

"*Lacte juridique qui a crée cette situation ne peut pas être retiré, aporté, modifié, par une loi. Lorsque l'acte juridique a regulièrement donné naissance à une créanos individuelle ou à une obligation individuelle, cette créance, cette obligation ne peuvent pas être touchées par le Parlament, que ce dernier agisse comme lègislateur ou comme autorité administrative.* Elles sont intangible."

Não pensam de outro modo os grandes professôres franceses da atualidade.

Eis, Waline, em "Droit Administratif", pág. 373, depois de observar que a medida "lamentável" deve ser desfeita: "*mais la décision a pu faire acquerir à des tiers des droits donc les benéficiaires seraient lesés par son retrait, et, plus généralement, les situations crées par les décisions administrativas doivent être stables.*" Vedel, "Droit Administratif" — Tomo I, pág. 124: "*Tout le régime juridique du retrait, est dominé par la distinction des décisions ayant conferé des droits et décisions n'ayant pas conferé de droits.*" E Rivero, em "Droit Administratif", edição 1960, págs. 85 e 86: "*Le retrait est soumis a des régles plus strictes, ce qu'explique son caractère retroactif. La disttinction essentielle est entre les actes createurs et non createurs des droits. Parmi les* actes ayant cré des droits, *il faut soustinguer: ceux qui sont réguliers ne peuvent faire l'objet du retrait.*"

No mesmo sentido Velasco — El atto administrativo", pág. 261-262; Bielsa, "Derecho Administrativo", vol. I, pág. 264; Resta Revoca, Degli "Ato Administrativo" pág. 23; Santi, Romano, Corso — "Dir. Amm." pág. 296; Zanobini — in Corso — "Dir. Am." Vol. I — pág. 265.

Nos Estados Unidos, eis o que nos ensina Goodnow, no seu livro clássico "Principles of the Administrative Law", pág. 254: "Em segundo lugar, desde que a autoridade nomeadora fêz a opção, o poder dessa autoridade se exauriu, isto é, se ela não tem o poder de demitir, que é um poder distinto, ela não tem o direito de cancelar a nomeação que tinha feito."

Igualmente, no Brasil, Francisco de Campos e Seabra Fagundes, Themístocles Cavalcanti, Alcides Cruz, Tito Prates da Fonseca, Alcino Salazar, Hermes Lima vão além, e opinam com sua clareza habitual: "Firmada a noção de que o ato administrativo é um ato jurídico, as suas conseqüências são claras: a situação jurídica por êle criada, seja por um contrato, seja por um ato unilateral, é, um princípio, intangível e a administração não pode suprimí-la ou modificá-la."

(Atividades Administrativas do Estado, pág. 57.)

Trata-se, como se vê, de um princípio inconteste universal. Não se cancela, unilateralmente, o ato administrativo criador de um direito subjetivo.

O decreto que se pretende desfazer reconheceu ou declarou um direito, gerando por isso mesmo uma situação individual, que não pode ser atingida pelo ato revocatório.

A autoridade que a constituiu se acha vinculada ao próprio ato que a criou. Ainda, quando o ato fôsse a princípio discricionário, passou, depois de sua con-

sumação, a ser rigorosamente regido pelo direito. A faculdade discricionário estava na possibilidade de optar entre a nomeação interina ou vitalícia, ou de não aceitar nenhuma delas. Mas, uma vez feita a opção, expedido e publicado o decreto, a nomeação é definitiva: o ato jurídico é perfeito, o direito adquirido pelo consulente de reger a cadeira que lhe garante proventos que se incorporam ao seu patrimônio, tudo isto é inatingível pelo arbítrio do poder executivo. Ou então não estaríamos no domínio do direito, mas no campo ilimitado do arbítrio. Porque, já o disse Ihering, num conceito exato, vasado numa forma lapidar: *"O direito no seu sentido pleno e integrq está na fôrça da lei bilateralmente obrigatória."*

Praticado o ato discricionário, a discrição desaparece. Surge então o dirieto individual, resultante do ato jurídico perfeito, abroquelado na Constituição e na lei.

No caso em aprêço, ainda mais injustificável é o segundo decreto, que não se fundamenta em razão nenhuma senão no próprio arbítrio em que se expressa. É que, sob a côr de administrativo, o ato que se pretende desfazer é em substância jurisdicional.

O consulente, firmado na situação de segundo colocado em concurso, e em face da vaga da cadeira, requereu, baseado na Lei n.º 2.938, de 1956, nos precedentes administrativos e nos acórdãos do Supremo Tribunal, o provimento vitalício na cátedra de Clínica Urológica. O processo administrativo seguiu o seu curso normal e, observados todos os trâmites legais, formulado o Parecer do Consultor do Ministério, foram os autos remetidos ao Presidente da República para a decisão definitiva do caso.

Desta sorte o que o Presidente proferiu foi uma decisão, quando resolveu que ao consulente cabia o direito ao cargo de professor vitalício e fêz publicar o decreto competente.

A forma é de um ato administrativo, mas em sua substância, em sua natureza, é jurisdicional; e, por isso mesmo, irrevogável.

No caso do Professor Epaminondas Pontes, concedeu-lhe o Supremo Tribunal mandado de segurança, por considerar que tendo o Presidente, e mediante requerimeneto da parte, lhe conferido por decreto a condição de professor vitalício, não poderia voltar atrás para, por outro decreto, transformá-lo em professor interino.

O caso agora é mais grave, porque nem sequer interino é o consulente nomeado. Mas o ato que se torna sem efeito, efeitos já produzira. E' que o professor Jorge Valente, ao receber, em 21 de novembro, o Diário Oficial com o decreto de sua nomeação, praticou, em seguida, o *ato legal* de requerer a posse da cadeira para que fôra nomeado. E o agente do Poder Público mandou-o à inspeção de saúde, condição indispensável à posse. O corpo permanente do Poder Público, que é a Junta Médica da Universidade, procedeu à inspeção e depois de uma série de exames proferiu o seu laudo, considerando o consulente apto para o cargo. Assim, o consulente e agentes do Poder Público praticaram em decorrência do decreto de 11 de novembro vários atos legais. Como tornar tudo isto desfeito por um nôvo decreto ? !

E o dano material causado ao consulente, depois de tudo isto, atingido ilegalmente por um decreto infundamentado !

E o dano moral decorrente da situação de constrangimento em que o lançou o decreto desarrazoado !

Estou certo de que o Senhor Presidente da República não tinha a mínima notícia daqueles atos levados a cabo pelo consulente e agentes do Podêr Público. Se disso soubesse, estou certo, não teria expedido o segundo decreto.

Isto pôsto, penso que o consulente deve pedir reconsideração do segundo ato ao Senhor Presidente da República.

Não tenho dúvida de que "judicialmente" o caso é de mandado de segurança.

Tenho assim respondido englobadamente aos quesitos.

Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 1960.

João Mangabeira
Advogado no Estado da Guanabara.