

## ATOS ADMINISTRATIVOS E RECOMPOSIÇÃO DA LEGALIDADE

EDMIR NETTO DE ARAUJO\*

1. *Fatos jurídicos voluntários e involuntários. Manifestação e declaração de vontade.* 2. *Manifestação e declaração de vontade do agente do estado.* 3. *Ato jurídico — sentidos amplo e estrito.* 4. *Esquema dos atos jurídicos.* 5. *A omissão e seus efeitos.* 6. *Ato jurídico unilateral e bilateral.* 7. *Os planos de existência, validade e eficácia.* 8. *Capacidade da pessoa jurídica e vontade normativa do estado.* 9. *Unilateralidade e participação do destinatário do ato administrativo.* 10. *Ato administrativo, espécie do gênero ato jurídico.* 11. *Elementos, requisitos e atributos do ato administrativo.* 12. *O ato administrativo caminha do motivo para a finalidade.* 13. *Vícios do ato administrativo.* 14. *Desfazimento e invalidação do ato administrativo.* 15. *Revogação e anulação.* 16. *Convalidação: espécies e limites.* 17. *Controle externo da legalidade.* 18. *Controle da legalidade por mandado de segurança.*

### 1. *Fatos jurídicos voluntários e involuntários. Manifestação e declaração de vontade*

*Fato jurídico* é o fato material, voluntário ou até mesmo da natureza, que produz conseqüências jurídicas. Os fatos materiais, quando não produzem efeitos jurídicos, são irrelevantes para o direito, mas mesmo um fato material, da natureza, pode produzi-los: um incêndio, por exemplo, de causas desconhecidas, se está coberto por um contrato de seguro contra incêndio, será um fato jurídico, pois produz efeitos dessa espécie.

Mas os fatos que mais comumente produzem efeitos jurídicos são os que decorrem da ação humana voluntária, e sobre os quais o ordenamento jurídico ora *prescreve* efeitos jurídicos imediatamente, independentemente do fato de o ser humano desejar ou não tais efeitos, ora *admite* as conseqüências jurídicas que o ser

\* Professor Associado de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Procurador do Estado, Assessor da Assessoria Jurídica do Governo do Estado de São Paulo.

humano, com aquela ação voluntária, deseja produzir. É, portanto, a incidência de certa norma jurídica sobre um fato que lhe atribui a natureza de fato jurídico.

Ou seja, como dizia Kelsen<sup>1</sup>, a atribuição de conseqüências jurídicas a determinado fato que consideramos como fato jurídico significa “*que o conteúdo do acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida*”.

Os fatos decorrentes da vontade humana (atos do homem) em regra produzem (ou podem produzir) efeitos jurídicos, desejados ou não pelo indivíduo.

Os *fatos jurídicos voluntários* compreendem, portanto, as ações humanas, praticadas deliberadamente para a obtenção de certos efeitos jurídicos, que podem ser desejados pelo sujeito da ação, ou assumidos por quem a pratica. Ou, ainda, praticadas deliberadamente (sob o aspecto físico), mas sem que o sujeito deseje ou assuma essas conseqüências jurídicas, as quais, mesmo contra sua vontade se produzem. O mesmo raciocínio pode aplicar-se à omissão de comportamentos, prescritos ou exigíveis, do indivíduo.

O elemento “*vontade*”, é, portanto, de importância essencial para a relação jurídica decorrente da incidência da norma sobre o fato e do “*dever ser*” daí resultante.

*Vontade*, observada do prisma da ciência da Psicologia, é impulso livre do homem, projetado ou não no mundo jurídico. Enquanto for apenas um processo “*volitivo*” interno, não produz efeitos jurídicos, é o que se conhece como *vontade psicológica*.

Uma vez exteriorizada, a vontade poderá projetar-se no mundo ou no “*mundo jurídico*”. Projetada no mundo do Direito, a vontade pode assumir a forma de ato jurídico ou de negócio jurídico, no campo não penal.

Por isso, é importante diferenciar manifestação e declaração de vontade.

Uma coisa é João declarar a José, em conversa informal, que tem intenção de reconhecer Antonio como filho, pois essa é a verdade, e outra, completamente diversa, é declarar a mesma coisa, em Juízo, em ação de investigação de paternidade. Por outro lado, é diferente dizer a José que desejo comprar-lhe o imóvel por tal preço, e ele concorda, e dizer a mesma coisa, em instrumento contratual formal.

Em qualquer dos casos, existem *manifestações de vontade*, que, mesmo similares em essência, têm resultados jurídicos diferentes. Mas quando essas manifestações ocorrem de acordo com certas condições e requisitos formais, admitidos ou prescritos pelo ordenamento jurídico como produtores de determinados efeitos jurídicos, a pessoa estará emitindo *declarações de vontade*, se o faz querendo, admitindo ou assumindo as conseqüências dessas declarações. A declaração na investigação de paternidade, feita formalmente como depoimento pessoal, poderá acarretar a confissão da ação, com o reconhecimento imediato da paternidade. E a declaração, minha e de José sobre seu imóvel, sem testemunhas, nenhum efeito jurídico terá; mas, em instrumento contratual formal, levado a registro, transferirá a mim a propriedade de José.

1 HANS KELSEN. *Teoria pura do direito*. Livr. Martins Fontes, 1985, pp. 3/4.

Manifestação de vontade, portanto, é *gênero* (pois abrange inclusive o silêncio ou omissão), do qual declaração de vontade é *espécie*. Os atos jurídicos compreendem somente declarações de vontade, pois seus efeitos são aqueles desejados, assumidos ou admitidos pelo agente, ao passo que, das manifestações de vontade que não configuram declarações de vontade, podem decorrer efeitos jurídicos, mas não necessariamente os desejados pelo agente.

## 2. Manifestação e declaração de vontade do agente do estado

O agente público, ao desempenhar suas funções, age em nome do Estado, e não em seu próprio nome. Da mesma forma, age aquele que representa a pessoa jurídica privada, ao menos quanto ao fato de que sua manifestação de vontade, em nome de tal pessoa jurídica, configura a vontade de sua representada e não a sua própria. Mas, em um e outro caso, a vontade psicológica do agente pode (e é até mais comum que isso aconteça) coincidir com a da pessoa jurídica, embora isso seja absolutamente irrelevante para a configuração do ato jurídico da pessoa jurídica.

O Estado, assim como a pessoa jurídica privada, declara sua vontade através de indivíduos, pessoas físicas, que o representam. Portanto, de nenhum efeito será o agente manifestar uma vontade *interna, psicológica*, sua, pois o que produzirá efeitos jurídicos será a declaração de vontade, *que é do Estado*, externada pelos meios formais-legais determinados pela legislação pertinente.

Enquanto o particular manifesta a sua vontade imbuído da realização de seus interesses, o administrador público o faz em decorrência do interesse público, rigidamente adstrito ao princípio da legalidade e às regras de competência, pois não pode se afastar ou agir contra o interesse coletivo. Por isso, o processo volitivo interno do agente se resume a querer obedecer os ditames da Administração para realizar o interesse público, como dizia LOPES MEIRELLES<sup>2</sup>: “*na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.*”

Para que o Estado manifeste sua vontade, exige-se, em primeiro lugar, a *capacidade civil*, que é aquele atributo genérico que o ordenamento confere às pessoas, físicas e jurídicas, de adquirir direitos e contrair obrigações. O Estado, como pessoa jurídica que é, já é dotado de tal capacidade; exige-se que também o agente o seja, pois, se não for capaz de declarar sua própria vontade, não poderá também fazê-lo em nome do Estado.

O Código Civil, como se sabe, não diz quem é capaz, mas, residualmente, quem é incapaz (arts, 5º e segs.), como os loucos, menores de 16 anos etc.

Exige-se, também, a *competência*, que é a “*quantidade ou qualidade do poder funcional que a lei atribui às entidades, órgãos ou agentes públicos para executar sua vontade*”<sup>3</sup>. Compreende, portanto, competência do Estado, da pessoa política

2 HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*. Ed. Rev. Tribunais, 1984, p. 60.

3 DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense, 1989, p. 106.

federativa (no Brasil), da entidade e do órgão nos quais o agente está integrado, além da indispensável competência do próprio agente para declarar a vontade do Estado naquela matéria e naquelas circunstâncias. Tais assuntos serão retomados mais adiante.

### 3. *Ato jurídico — sentidos amplo e estrito*

A noção de *ato jurídico* é controvertida, na doutrina brasileira e mesmo na estrangeira. Alguns (doutrina unitarista) consideram ato jurídico sinônimo de negócio jurídico, incluído este último no conceito do primeiro; outros consideram-nos coisas separadas (corrente dualista), e outros ainda nem mencionam ato jurídico em sentido amplo. Além disso, a maior parte dos autores considera ato jurídico apenas o ato *lícito*, atendendo ao disposto em nosso Código Civil (art. 81).

A exteriorização da vontade humana (abrangendo também a omissão, negligente ou propositada), em seu nome ou representando pessoa jurídica, dirigida a um resultado concreto desejado ou ao menos previsível, feita na forma que o ordenamento jurídico prescreve ou admite (declaração, portanto) para atingir esse resultado, determinando então os efeitos jurídicos de acordo com tal ordenamento, é o *ato jurídico*, auto regulação da vontade do agente ou da entidade representada.

No direito positivo brasileiro (art. 81 do Código Civil), “*todo o ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos se denomina ato jurídico.*”

Os efeitos conferidos pelo ordenamento brasileiro consistem, portanto, em *criar* (no sentido de adquirir, transferir e resguardar), *extinguir* ou mesmo *modificar* direitos ou situações jurídicas, e o próprio homem, dentro desses limites, estabelece relações jurídicas próprias, obedecidos os requisitos que o ordenamento prevê para condicionar a produção desses efeitos.

Em certos casos, os efeitos jurídicos *já vêm prescritos*, determinados, explicitados pelo ordenamento jurídico, e se realizarão caso o agente declare a vontade naquela forma prescrita, independentemente de sua vontade: são os *atos jurídicos “stricto sensu”*, sentido estrito, geralmente unilaterais. Em outras hipóteses, o ordenamento *admite* que, externada de certa forma, a declaração de vontade (ou as declarações de vontade) produza os efeitos que o agente desejou atingir com tal declaração, criando situação jurídica nova, inexistente antes das declarações: trata-se, aqui, dos *negócios jurídicos*, geralmente atos bilaterais.

O *sentido amplo* do conceito de ato jurídico abrange as duas hipóteses citadas, e o *sentido estrito*, somente a primeira alternativa.

### 4. *Esquema dos atos jurídicos*

a) *Fatos jurídicos voluntários*: dividem-se em *Atos jurídicos* (efeitos jurídicos voluntários ou prescritos pelo ordenamento (adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir direitos ou situações jurídicas, e, segundo o art. 81 do Código Civil,

apenas atos lícitos), e *Atos ilícitos* (geralmente efeitos jurídicos involuntários, como a pena ou indenização, embora possam, no caso dos crimes dolosos, ser voluntários no sentido de admitidos ou assumidos pelo agente, efeitos esses já prescritos pelo ordenamento jurídico).

b) *Atos jurídicos (sentido amplo)* dividem-se em *Atos jurídicos em sentido estrito ou não negociais* (efeitos jurídicos prescritos pelo ordenamento jurídico, podendo ser atos materiais de acordo com a vontade ou declaração de vontade de acordo com os efeitos prescritos pelo ordenamento, não criando vínculo jurídico não existente anteriormente; os efeitos independem da vontade, embora possam com ela coincidir), e *Negócios jurídicos ou atos jurídicos negociais* (conseqüências jurídicas desejadas pelo (s) agente (s), não prescritas pelo ordenamento, mas por ele admitidas ou reconhecidas; auto-regulação de interesses, criando vínculos jurídicos inexistentes antes das declarações).

## 5. A omissão e seus efeitos

A “Teoria do Silêncio” é capítulo controverso e ainda incerto da ciência jurídica, seja no direito privado, seja no campo do direito público. Caracteriza-se pela inação, pela ausência de exteriorização de vontade ou comportamento, mas mesmo assim, como ato *negativo* ou *omissivo*, pode exprimir vontade, de consentimento ou rejeição, e gerar, por si, efeitos jurídicos. Seu valor jurídico varia conforme o ângulo do Direito que é estudado.

Há casos, especialmente no Direito Civil, em que o valor do silêncio é previamente determinado, como, p. ex. art. 159 (responsabilidade civil), 258/259 (comunhão parcial no casamento, no silêncio), 1374 (prazo indefinido da sociedade, no silêncio do contrato), e outros (949, 1.166, 1.283, 1.376), do Código Civil. Por outro lado, quando certos comportamentos são prescritos ou devidos legalmente, a inação ou ausência de manifestação, na oportunidade ou no prazo legal, significam *decisão implícita de rejeição*, possibilitando o acesso ao Judiciário para a proteção de direitos. No campo do direito privado, a ausência de manifestação geralmente significa assentimento tácito, ao passo que, no âmbito do direito público, adstrito ao princípio da legalidade estrita, significa geralmente denegação da pretensão do interessado, principalmente se há prazo para manifestação.

O que parece claro é que fato jurídico voluntário consiste numa *conduta humana*: ato positivo ou negativo do homem, gerando efeitos jurídicos. Mas não existe regra de direito que atribua, *genericamente*, ao silêncio, valor igual ao da declaração expressa.

Então, o valor do silêncio deve ser legalmente determinado, pois, como lembra VICENTE RÁO<sup>4</sup>, “*quem cala consente é um ditado popular e não uma regra de direito*”.

4 VICENTE RÁO. *Ato jurídico*, Ed. Saraiva, 1979, p. 141/142.

Por isso, cada caso concreto deve ser detidamente estudado: a omissão só produz efeitos jurídicos, na ausência de disciplina legal expressa, quando, pelas circunstâncias, a atitude de quem silencia induz a outra parte, como induziria a qualquer pessoa, em condições normais, à crença legítima de haver o silente revelado, desse modo, uma vontade seguramente identificada.

Isto pode ocorrer no Direito Civil (silêncio na celebração do casamento pode significar assentimento tácito), Constitucional (responsabilidade do Poder Público por omissão de seu agente, art. 37, § 6º), Penal (delito de omissão de socorro) Administrativo (denegação de pretensão, implicitamente), Processual (confissão e revelia), e em outros ramos do Direito.

## 6. Ato jurídico unilateral e bilateral.

De extrema importância para o tema de atos jurídicos e negócios jurídicos, como os contratos, é saber como se irradiam os efeitos jurídicos correspondentes, seja em decorrência do número de partes que declaram a vontade, seja em razão das pessoas que serão afetadas por tais fatos jurídicos.

Primeiramente, deve-se esclarecer que aqui não se emprega o vocábulo “*parte*” no sentido técnico-processual; e, ainda, que o mesmo não significa, necessariamente, uma pessoa que declara a vontade, se utilizado no singular.

*Parte*, tratando-se de atos jurídicos, significa *direção* (também chamada “partido”) adotada pelo interesse ou interesses que motivam a declaração de vontade, podendo, neste aspecto, ser *única e simples*, quando *pessoa singular e parte* são sinônimos, ou então *única e plúrima*, hipótese em que *várias pessoas* singulares emitem declaração de vontade, agindo em conjunto, mas em uma *única direção*, representando um *único interesse*. O mesmo raciocínio se aplica à *outra parte*, singular ou plúrima, afetada pela declaração de vontade, demandando ou não, conforme a natureza do ato jurídico (em sentido amplo) a manifestação de vontade correspondente.

Quanto ao número de partes que intervêm na formação do ato jurídico, este pode ser *Unilateral*, que é ato volitivo proveniente de *um* (“unipessoal”) ou *mais* (“plúrimos”) sujeitos formando a *mesma parte*, ou seja, declaração de vontade na *mesma direção*, colimando o *mesmo objetivo*, ou então *Bilateral* (ou *plurilateral*), quando o ato volitivo é resultado de vontade declarada de *duas* (ou mais) partes, sendo acordo de vontades *opostas* (como no contrato), ou *não opostas*, coincidentes (como nos convênios e consórcios), podendo ser *simples*, quando confere benefício a uma parte e encargo à outra; *sinalgmático*, no caso em que são distribuídos encargos e vantagens a ambas as partes, e *comutativo*, quando a relação entre o encargo e sua contraprestação for de equivalência, ou *aleatório*, no caso contrário<sup>5</sup>.

5 JOSÉ CRETELLA JR., *Curso de Direito Administrativo*, Ed. Forense, 1987, p. 231; MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Ed. Saraiva, 1986, 1ª vol., p. 217; JOSÉ ABREU. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, Ed. Saraiva, 1988, pp. 62/63.

São atos jurídicos unilaterais, a promessa pública de recompensa (C. Civil, arts. 1.505 e segs.) letras de câmbio, notas promissórias, revogação de mandato, renúncia de herança, testamento, e outros, sendo dos bilaterais o mais importante o contrato (vontades opostas), havendo ainda os convênios e consórcios (vontades coincidentes).

A doutrina<sup>6</sup> costuma apontar, ainda, outra classificação de atos jurídicos unilaterais e bilaterais: quanto à *produção de obrigações e encargos* para as partes. Por este aspecto, *unilateral* seria o ato em que a declaração de vontade gera obrigações tão-somente para uma das partes, e *bilateral* aquele em que ambas as partes se obrigam, reciprocamente. Adverte-se que tal classificação pode gerar confusão para os incautos, pois não corresponde, necessariamente o ato unilateral ou bilateral quanto ao número de partes a ato unilateral ou bilateral quanto à produção de obrigações: todavia, para o Direito Administrativo, a classificação adotada é quanto ao número de partes.

### 7. Os planos de existência, validade e eficácia

Para o aperfeiçoamento do ato jurídico como produtor de efeitos jurídicos, é necessário que o mesmo, além de existir, seja válido e eficaz

O ato jurídico *existe* quando se identificam os *elementos*, intrínsecos e extrínsecos, que o qualificam como fato jurídico voluntário: exteriorização da vontade, ocorrida de certa forma, em determinado tempo e lugar, sobre certo objeto e por determinado agente.

Para que o ato existente seja juridicamente apto a produzir os efeitos determinados ou admitidos, deve ser dotado de certos *requisitos*, lhe conferirão *validade* para adentrar o mundo jurídico como tal: agente capaz, objeto lícito e determinado (ou determinável), possível, e forma prescrita ou não vedada pelo ordenamento jurídico. Também deve ser válida a manifestação da vontade.

Existente e válido, deve passar a produzir os efeitos jurídicos que com sua edição se desejou produzir (ou se admitiu fossem produzidos), o que ocorre com a verificação de certos *fatores* que lhe conferirão *eficácia* geral ou própria de cada ato: p. ex., em um testamento, este, apesar de existente e válido, só atingirá a plena eficácia pela morte do testador, sem alteração do referido ato jurídico. Ou, em certas hipóteses, a necessidade de medidas de publicidade dos atos, ou de registro em cartório para valer ante terceiros, e outros fatores.

Os atos jurídicos, em resumo, só atingem sua plena concretização depois de passar, sucessivamente, pelos planos de existência, validade e eficácia<sup>7</sup>.

### 8. Capacidade da pessoa jurídica e vontade normativa do estado

Uma das acepções da noção de “Estado” é a que o considera como *pessoa, capaz de direitos e obrigações*. É o que o Código Civil (art. 14) afirma, estendendo a

<sup>6</sup> JOSÉ CRETELLA JR. Obra citada na nota 5 anterior, p. 231.

<sup>7</sup> ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico. Existência, Validade e Eficácia*. Ed. Saraiva, 1986, pp. 32, 59 e 67 e segs.

personalidade ainda às pessoas políticas federativas e respectivas autarquias, fundações privadas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

*Pessoa*, em sentido jurídico, é todo ente, físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações, sinônimo de *sujeito de direito*, ou sujeito de relação jurídica<sup>8</sup>, o que, por sua vez, significa ser sujeito de *dever, pretensão ou titularidade jurídica*. *Personalidade*<sup>9</sup> é o atributo da pessoa (física ou jurídica) que exprime essa aptidão genérica para adquirir direitos ou contrair obrigações.

*Capacidade jurídica* é a “*medida da personalidade*” e pressuposto de todos os direitos<sup>10</sup> adotando, no campo do Direito Administrativo, também a conotação de “*competência, que é a atribuição legal a entidade, órgão ou agente público do poder de atuar em determinado campo, editar certo tipo de ato jurídico ou desempenhar certa classe de atividade.*”<sup>11</sup>

A personalidade e a respectiva capacidade das pessoas jurídicas (agrupamentos de patrimônios ou de pessoas) para participar da ordem jurídica com individualidade e em nome próprio é fruto do reconhecimento do próprio ordenamento, que, aliás, é que também reconhece tais atributos ao próprio ser humano: a personalidade jurídica humana deriva do Direito, que, assim, pode concedê-la também a tais agrupamentos. De acordo com suas funções, interesses predominantes e âmbito de atuação, são classificadas pelo artigo 13 do Código Civil em pessoas jurídicas de direito privado ou de direito público; estas últimas são de direito público externo ou interno.

A capacidade da pessoa jurídica manifesta-se em todos os campos do Direito, e não apenas na esfera patrimonial. Mas sua própria natureza a diferencia da capacidade humana: falta-lhe titularidade para direitos inerentes ao homem (família, parentesco, liberdade de locomoção etc.), e necessita de representantes (seres humanos) para exprimir sua vontade (vontade jurídica e não psicológica, que só os humanos possuem) e geralmente o fazem através de documentos e órgãos de comunicação, pois está claro que não podem fazê-lo diretamente.<sup>12</sup> A pessoa jurídica pode, p. ex., ser proprietária, locadora, locatária, arrendatária, herdeira, avalista, donatária, autora, ré, assistente, oponente, litisconsorte, ou obrigar-se por contratos em geral, sendo os atos jurídicos praticados em seu nome, mas, concretamente, através de seus agentes ou representantes, na medida de sua capacidade e poderes conferidos pela lei ou estatutos (competência, no caso das pessoas públicas). Pode contratar pela CLT, mas não pode ser contratada por esse regime; pode ser herdeira testamentária, mas não pode testar.

O Estado é uma pessoa político-jurídica de direito público, com a qualificação de externo nas suas relações de soberania e relações jurídicas com outros Estados

8 WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO. *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, Ed. Saraiva, 1968, pp. 58/59.

9 MARIA HELENA DINIZ. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 1<sup>a</sup> vol., Ed. Saraiva, 1986, pp. 81/82.

10 ANTONIO CHAVES. *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 13, p. 2, verbete “capacidade”.

11 EDMIR NETTO DE ARAUJO-Do *negócio jurídico administrativo*, Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 62.

12 MARIA HELENA DINIZ, ob. cit., pp. 110/112.

soberanos. As pessoas políticas que compõem a federação brasileira são pessoas jurídicas de direito público interno, assim como suas autarquias. Já as empresas estatais e fundações privadas, controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público são pessoas jurídicas de direito privado.

A “vontade jurídica” há pouco referida, não é vontade individual ou psicológica, impulso livre do *ser humano*, que o Estado, embora pessoa capaz de direitos e obrigações, não possui. Trata-se de *vontade funcional*, do agente público, correspondente à vontade (também livre) de, no exercício de suas funções, declarar a vontade do Estado (como também o fazem os representantes das empresas privadas), vontade esta que se denomina *vontade normativa* do Estado. A vontade funcional expressa para realizar fins ou interesses de uma coletividade é o que a origina, quase como sinônimo de “vontade coletiva”.<sup>13</sup>

No caso das pessoas jurídicas públicas, ou mesmo nos colegiados, entende-se que há conduta voluntária do órgão ou entidade quando o agente declara validamente tal espécie de vontade, ou seja: agente capaz e competente, objeto lícito, finalidade pública, forma prescrita, ausência de vícios na manifestação e competência do órgão ou entidade. Mas essa vontade exteriorizada pelo agente nada tem de psicológica, pois em virtude de convenção legal, como se viu, se faz a imputação à pessoa coletiva da vontade expressa por seu agente, tratando-se de vontade, como se disse, *normativa*, para cuja declaração quase sempre é irrelevante a vontade individual (psicológica) do agente, embora, na maioria das vezes, possam as mesmas coincidir.

Ou seja, o que interessa, mesmo, ao Direito, é a exteriorização, a *declaração da vontade*, não importando muito, até mesmo, que se trate de vontade normativa: esta desempenha o mesmo papel da *vontade individual* da pessoa física para o *ato jurídico individual*, para o qual não conta a fase psicológica que antecede a declaração (a não ser quando se investigam vícios na declaração da vontade).

A vontade psicológica do agente se corporifica na vontade normativa, e é só esta, *declarada*, que aparece para o Direito, sendo o elemento nuclear de seu conteúdo, e, muitas vezes, todo o seu conteúdo: por isso, o ato administrativo é declaração de vontade *da Administração* e não do agente, que não age em nome próprio, mas *do Estado*.

## 9. Unilateralidade e participação do destinatário do ato administrativo

Outro aspecto relevante sobre as declarações de vontade refere-se à necessidade ou não da participação do destinatário do ato administrativo para que este se aperfeiçoe e produza os efeitos desejados. Ou seja, se é indispensável a declaração de vontade também do destinatário (*bilateralidade*), ou se é suficiente a do Estado (*unilateralidade*), para qualquer classe de atos.

<sup>13</sup> MARCELLO CAETANO. *Princípios fundamentais de Direito Administrativo*, Ed. Forense, 1977, pp. 112/116.

A maior parte dos administrativistas tradicionais<sup>14</sup> conceitua “ato administrativo” como “*manifestação unilateral*” de vontade do Estado, dando maior ênfase ao aspecto da unilateralidade dos atos administrativos (em sentido estrito), mostrando como que um obscurecimento do aspecto bilateral (p. ex., dos contratos). Na maior parte das vezes, a Administração não consulta a vontade dos destinatários do ato para editá-lo e para que se produzam os efeitos jurídicos decorrentes da declaração de vontade do Estado.

Na doutrina, chega-se mesmo a afirmar<sup>15</sup> que “*o traço da unilateralidade é tão típico dos pronunciamentos da Administração que leva o investigador a identificar ato administrativo com ato unilateral*”, colocando em dúvida a existência de atos de outra espécie enquadráveis em tal conceito. Mas, embora no direito público seja característico o ato unilateral, que ocupa lugar de maior destaque no Direito Administrativo do que no direito privado, não se pode eliminar de seu conceito amplo os atos *bilaterais*.

Na verdade, o que ocorre é uma *gradação*<sup>16</sup> da necessidade de *aquiescência* ou de *manifestação de vontade* dos destinatários do ato para que este se operacionalize, ou até mesmo para que seja válido. No direito privado, inversamente, é de maior relevância a *aquiescência* e participação da outra parte, especialmente nos negócios jurídicos contratuais.

Podemos esquematizar essa idéia dizendo que há:

a) *Atos administrativos gerais ou regulamentares* que, para sua formação ou execução, independem da *vontade* dos interessados ou destinatários, ou mesmo da notificação pessoal dos mesmos (p. ex., os decretos regulamentares), mas que, em virtude do princípio da *publicidade* dos atos da Administração (Const. Federal, art. 37), devem ser levados a público, embora de forma geral. Não existem, juridicamente, atos administrativos “*secretos*”.

b) *Atos administrativos unilaterais individuais*, que se aperfeiçoam *sem o concurso* da vontade dos interessados destinatários, mas que, para vigorar, exigem, por disposição legal ou normativa (no Brasil, constitucional, art. 37), a *prévia notificação* dos interessados, quer pessoal, quer por publicação (p. ex., adjudicação em uma licitação).

c) *Atos administrativos unilaterais individuais*, para cujo aperfeiçoamento e operacionalidade exige-se, por disposição legal ou normativa, uma *declaração de vontade* de *aquiescência* por parte do destinatário (p. ex., permissão de uso, a título precário, de bem público).

14 Como, p. ex., JOSÉ CRETELLA JR. *Direito Administrativo Brasileiro*, Vol. I, Ed. Forense, 1983, pp. 243 e 255; HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Rev. Tribunais, 1984, p. 108; CAIO TÁCITO. *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, 1975, p. 65; CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, Ed. Rev. Tribunais, 1987, p. 38, e muitos outros, inclusive estrangeiros (ver *nosso Negócio Jurídico Administrativo*, Ed. Rev. Tribunais, 1992, p. 65, nota 97.)

15 JOSÉ CRETELLA JR. Ob. cit., p. 255.

16 MICHEL STASSINOPOULOS. *Traité des actes administratifs*, vol. I, Atenas, publicado pela Librairie de Droit et Jurisprudence, Paris, 1973, pp. 57/58.

d) *Atos administrativos bilaterais* (sentido amplo), como os contratos administrativos, para os quais exige-se a declaração de vontade de consentimento dos contratantes, seja elegendo as cláusulas que regerão a relação jurídica criada, seja aceitando o contratado as cláusulas padronizadas oferecidas pelo Estado. *Consentimento*, aí, significa livre vontade em contrair o vínculo contratual.

Ainda no aspecto relativo à participação do destinatário, podemos afirmar que, para a formação de certos atos administrativos concorrem, como *pressupostos*, atos *jurídicos* dos interessados que, embora não sendo atos administrativos em sentido estrito (pois não são, especificamente, declarações de vontade *do Estado*), são, entretanto, regidos pelo Direito Administrativo. Tais são, p. ex., o *pedido* do funcionário, nas exonerações “a pedido”; o *recurso* do interessado, em processo disciplinar ou em licitação; a *aceitação* do cargo público do funcionário nomeado, e outros que o indivíduo pode praticar, inserindo-se sob as condições já existentes pelo ato de regramento.

Certos autores equiparam esses atos jurídicos aos atos administrativos, como pressuposto ou condição para a prática ou eficácia do ato *stricto sensu*; outros procuram enquadrá-los na noção de *ato-condição*, justamente invocando tal característica de pressupostos.<sup>17</sup> Mas, não sendo declarações de vontade do Estado, não são atos administrativos, ao menos em sentido estrito, e, por outro lado, o assim chamado *ato condição* também pode ser, intermediariamente, praticado pela Administração, através de seu agente: sendo assim, preferimos considerá-los, genericamente, sob a denominação geral de *atos jurídicos de Direito Administrativo*, por este regidos, inclusive quanto ao regime jurídico concernente aos vícios de vontade e nulidades.

## 10. *Ato administrativo, espécie do gênero ato jurídico*

*Ato jurídico* não é figura peculiar a direito privado ou direito público, mas categoria jurídica, cuja conceituação vem da teoria geral do Direito. Entretanto, nem todo ato jurídico para cuja formação concorre a Administração é ato administrativo, mas somente aqueles editados em matéria administrativa.<sup>17</sup> Mas ato jurídico é gênero do qual ato administrativo é espécie.

Todas as atividades desempenhadas pela Administração podem ser englobadas na designação genérica de *Atos da Administração*. Tais atividades podem ser jurídicas ou não jurídicas.

Atividades não jurídicas são *atos materiais* dirigidos à realização, em concreto, da atividade administrativa, em seus aspectos técnicos ou operacionais. Alguns

17 No primeiro caso, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Ed. Forense, 1969, p. 415; no segundo, dentre outros, HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros Editores, 1992, p. 159; JOSÉ CERTELLA JR., *Tratado de Direito Administrativo*, vol. II, Ed. Forense, 1966, p. 39; e CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo* citado, p. 137. Também tratamos do assunto em nosso *Do negócio jurídico administrativo*, Ed. Rev. Trib., 1992, pp. 103/111.

autores denominam esses atos como *Atos de administração*, outros, como *atos administrativos*.

Já a atividade jurídica do Estado se realiza através de declarações de vontade, exteriorizadas por seus agentes, destinadas a produzir efeitos jurídicos objetivados, mas atendendo a certos requisitos de forma e fundo, dirigindo-se a finalidade de interesse público e editados em matéria administrativa, sem o que serão atos jurídicos, em sentido amplo, idênticos aos que se praticam no campo do direito privado.

Portanto, *Ato DA Administração* é gênero de que *Ato de administração* e *Ato jurídico DA Administração* são espécies. O *primeiro* é todo ato oriundo da Administração (com “A” maiúsculo), jurídico ou não; o *segundo* engloba todas as operações materiais de administração (com “a” minúsculo); o *terceiro* todos os atos jurídicos, unilaterais ou bilaterais, praticados pela Administração. Se este último não for editado em matéria de direito privado (como, p. ex., locação, direitos autorais etc.), mas em matéria administrativa, com o Estado em posição de supremacia, receberá o qualificativo de *Ato administrativo*, em relação de espécie e gênero

Em resumo: Ato jurídico da Administração em sentido amplo e Ato administrativo são as espécies do gênero “Ato jurídico da Administração”. A noção é aplicável também aos atos bilaterais, como p. ex., os contratos “DA” Administração e os contratos administrativos.

## 11. *Elementos, requisitos e atributos do ato administrativo*

Como qualquer ato jurídico, o ato administrativo, como se viu, possui *elementos*, intrínsecos ou extrínsecos, que determinam sua *existência*; *requisitos*, que condicionam sua *validade*; e *atributos* ou fatores que propiciam sua *eficácia*.

*Elementos intrínsecos*, que se contém *dentro* do próprio ato administrativo, são a *ação ou abstenção humanas* (atos comissivos e omissivos), que tomam alguma *forma* (escrita, oral, mímica, gestos, silêncio, inação, omissão etc.), que é a declaração de vontade do Estado, e o *objeto* ou *conteúdo*, que é a matéria de interesse público, ou seja, a relação jurídica administrativa sobre o que o ato administrativo dispõe.

Alguns autores<sup>18</sup> sugerem que se considere *objeto* a relação jurídica a que o ato se refere (p. ex., exoneração de servidores), e *conteúdo*, aquilo que, concretamente, o ato dispõe (p. ex., exoneração de fulano e beltrano, que são os servidores). Mas é difícil separar e distinguir esses conceitos: não estaríamos mentindo se afirmássemos que o objeto é o efeito prático que se pretende alcançar, ou mesmo, “*é a própria substância do ato, seu conteúdo*”.<sup>19</sup>

Já os *elementos extrínsecos*, que são visualizados *fora* do ato, mas igualmente indispensáveis à sua existência, são o *agente público*, que em nome do Estado declara

<sup>18</sup> CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. *Ato administrativo e direitos dos administrados*, Ed. Rev. Tribunais, 1981, p. 34; HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro* citado, p. 114.

<sup>19</sup> JOSÉ CRETILLA JR. *Direito Administrativo Brasileiro* citado, p. 299.

sua vontade normativa, e o binômio *tempo e lugar*, sem os quais não há nem mesmo *fato* jurídico, quanto mais ato administrativo. Poderíamos, ainda, classificar os elementos de existência em essenciais (gerais ou particulares), ou inderrogáveis; naturais e acidentais (que são, de regra, derogáveis).<sup>20</sup>

O ato administrativo existente deve também ser *válido*, ou seja, juridicamente apto a produzir os efeitos desejados, sejam estes determinados ou simplesmente admitidos pelo ordenamento jurídico.

Para isso, agregam-se aos elementos de existência os *requisitos de validade*, que são visualizados como elementos *exteriores* ao ato, mas indispensáveis à sua existência *válida*. Aliás, alguns autores tradicionais<sup>21</sup> os denominam elementos pressupostos, ou elementos estruturais, residindo a suposta diferença entre elementos e requisitos no enfoque estático dado aos primeiros (agente, objeto e forma) e dinâmico (agente capaz e competente, objeto lícito e possível, forma prescrita ou não vedada) dado aos segundos.<sup>22</sup>

Tais requisitos são: *capacidade e competência* do agente, da pessoa jurídica e do órgão; *declaração válida* (não viciada) de vontade; *objeto lícito, possível* e conforme ao interesse público concretamente existente; *forma legalmente prescrita*, ou não vedada, como os requisitos do ato jurídico em geral<sup>23</sup>. No caso específico do ato administrativo, acrescentam-se *motivo* existente e conforme ao interesse público, e *finalidade simétrica* a esse motivo: enquanto no direito privado, o motivo e a finalidade não têm o relevo que lhes dá o direito público, no Direito Administrativo motivo e finalidade compõem a legalidade interna ou subjetiva do ato.<sup>24</sup>

Finalmente, o ato jurídico (e também sua *espécie*, *Ato administrativo*) existente e válido se aperfeiçoa *quando sobre ele incidem determinados fatores que o tornam apto para produzir efeitos, principalmente os efeitos jurídicos objetivados com a declaração de vontade*<sup>25</sup>, ou seja, quando é *eficaz*, percebendo-se assim que “*eficácia*” não é o *próprio* efeito jurídico desejado, mas atributo concreto que para a produção desse efeito contribue.<sup>26</sup>

É comum que os momentos de perfeição e eficácia dos atos administrativos *coincidam*, embora a eficácia possa, pela norma jurídica ou pelo acordo de vontades (este último caso, mais raro no Direito Administrativo) ser atribuída *retroativamente*, ou mesmo mediante verificação de evento ou condição, *no futuro*. Também é comum que se apontem, como fatores de eficácia *própria* do ato ou de eficácia *extensiva*, os mesmos apontados em relação aos atos jurídicos em geral (consulte-se o ítem 7: “Os planos da existência, da validade e da eficácia”).

20 Ver nosso “*Negócio jurídico administrativo*” citado, p.p. 75/78.

21 VICENTE RÁO. *Ato jurídico*, Ed. Saraiva, 1979, p. 97/100; ou SILVIO RODRIGUES-*Direito Civil*, vol. I, Ed. Saraiva, 1981, p. 161.

22 JOSÉ CRETELLA JR. *Tratado de Direito Administrativo*, vol. II, Ed. Forense, 1966, pp. 145/146.

23 ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico-Existência, validade e eficácia*-Ed. Saraiva, 1986, pp. 53 e 55/56.

24 CAIO TÁCITO. *Direito Administrativo*. Ed. Saraiva, 1975, p. 59.

25 nosso *Negócio Jurídico Administrativo*, citado, p. 93.

26 MÁSSIMO SEVERO GIANNINI. *Corso de diritto amministrativo*, Ed. Giuffré, Milano, 1967, vol. III, p. 145.

A diferença surge da análise dos *fatores gerais de eficácia* dos atos administrativos, pois além daqueles dos atos jurídicos em geral (p. ex., verificação do evento), o ordenamento dota os atos administrativos de certos fatores de eficácia geral desconhecidos das relações entre particulares, fundamentados no interesse público. Esses fatores, que alguns<sup>27</sup> denominam *atributos* (e realmente o são), configuram-se principalmente pela *imperatividade*, pela *presunção de legitimidade* e pela *auto-executoriedade* dos atos administrativos, todos decorrentes do *princípio da supremacia do interesse público*.

*Imperatividade*: os comandos administrativos são obrigatórios a todos os que na hipótese se enquadrem, porque tais atos presumem-se legítimos e verdadeiros até prova definitiva em contrário, uma vez que o Estado só pode agir conforme a lei e o interesse público (*presunção de legitimidade*). Fundamentando-se nesses dois atributos, o ato administrativo, ao contrário dos atos jurídicos privados, é auto-executável (*auto-executoriedade*), de imediato, pela Administração, até mesmo coercitivamente, uma vez que a realização do interesse público, que sobrepuja os interesses privados, muitas vezes não pode e não deve sujeitar-se à participação dos destinatários ou de outros Poderes para concretizar-se, invertendo o ônus da prova e mesmo da provocação judiciária a quem alega a invalidade (ainda a *presunção de legitimidade*): a Administração executa imediatamente, independentemente de declaração de validade ou aquiescência, as atividades necessárias e o particular que se sentir prejudicado é que deve acionar o Judiciário, se assim o desejar.

Percebe-se claramente que a imperatividade não está presente nos atos meramente enunciativos ou declaratórios, e que a *hetero-executoriedade*, regra dos atos jurídicos privados, no Direito Administrativo é matéria de *direito estrito*, decorrente de expressa disposição legal (p. ex., desapropriações, execuções fiscais etc.), pois se a Administração recorrer ao Judiciário para fazer cumprir decisões auto-executórias, falta-lhe legitimidade "*ad causam*", uma vez que a auto-executoriedade é *poder-dever*, e não simples faculdade do agente público<sup>28</sup> que poderá sujeitar-se até mesmo a processo administrativo ou criminal em caso de negligência na realização do interesse público a que o ato auto-executório se refere.

## 12. O ato administrativo caminha do motivo para a finalidade

O ato administrativo, como o ato jurídico privado, percorre um itinerário lógico em direção à efetiva realização do interesse público que impulsionou seu nascimento, presidiu sua formação e condicionou seu objeto. Na verdade, caminha, com as cores do interesse público, do motivo para a finalidade, em perfeita simetria.<sup>29</sup>

*Motivo* é o que provoca o impulso volitivo que condicionará a formação do ato, sua execução e sua eficácia, porque a Administração só pode agir de acordo com o

27 HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro* citado, p. 117/122.

28 DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *Curso de Direito Administrativo* citado, p. 112.

29 ROGER BONNARD. *Precís de droit administratif*, Ed. Sirey, Paris, 1935, pp. 34 e 65 (ao rodapé).

interesse público, conforme a lei determina ou permite. Assim, ao contrário do que ocorre com o ato jurídico privado, o motivo, que se situa *fora* do ato, deve ser *existente* e ter, ele próprio, uma *causa*, ambos relacionados com um interesse público concretamente existente. O objeto e a finalidade do ato administrativo devem ser *simétricos* a esse motivo

*Ainda fora* do ato, está o *agente*, que, competente, capaz e legitimado, perceberá esse motivo e o transformará, em certo tempo e lugar, em impulso volitivo para atendê-lo “*ex-officio*” (vontade normativa do Estado, vontade funcional do agente). Entre o motivo e a intervenção do agente, podem ocorrer diversos eventos ou providências (pressupostos de fato) para caracterizar a existência do motivo e a validade da manifestação

*Já dentro* do ato, ocorre a *declaração de vontade* do Estado, que é o núcleo do ato administrativo. Emitida de forma válida, por agente competente e capaz, em certo tempo e lugar, deve versar sobre um *objeto*, que é a configuração de fato ou de direito imediatamente produzida pela declaração. Esse objeto, além de *lícito e possível*, deve resultar em um *interesse público*, mas não um qualquer, e sim aquele interesse público que constitui o motivo que impulsionou a manifestação de vontade do agente. *Ainda dentro* do ato, a declaração de vontade deverá observar a *forma prescrita* ou *permitida* pela lei.

Os *fatores de eficácia*, que se agregam ao ato administrativo, são por isso visualizados *fora* do mesmo, contribuindo para a realização concreta de seu objeto.

Em conclusão, o ato administrativo existente, válido e apto a operacionalizar-se pela agregação dos fatores de eficácia, concretiza-se (ou, na linguagem do art. 6º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, *consuma-se*) com a efetiva realização de sua *finalidade*, que é a real verificação dos efeitos que, em razão de certo motivo de interesse público, o Estado, por seu agente capaz e competente, declarou, no objeto do ato (e pela forma legal), que queria ver acontecidos. Normalmente, como já vimos, perfeição, eficácia e consumação são coincidentes, embora os efeitos possam recuar a situações pretéritas ou prorrogar-se para o futuro.

*A finalidade, portanto, assim como o objeto, vincula-se ao motivo de interesse público que provocou o ato, devendo observar perfeita simetria entre si, sob pena da ocorrência de vício de desvio de finalidade.*<sup>30</sup>

Estes são os componentes do ato administrativo que, sem a preocupação de enquadramento em elementos de existência, requisitos de validade ou atributos, configuram claramente uma *estrutura básica* para o estudo dinâmico deste instituto. Preferimos denominá-los “*elementos*”, apesar da referência a elementos de existência dos atos jurídicos em geral poder causar alguma confusão, porque, etimologicamente, elementos são “*as partes que compõem um todo*”.<sup>31</sup>

São, portanto, os *elementos estruturais* do ato administrativo, em ordem lógica: *motivo, agente, objeto, forma e finalidade*.

<sup>30</sup> EDMIR NETTO DE ARAUJO. *Da convalidação do ato administrativo ilegítimo*, Tese de concurso, USP, 1994, p. 40.

<sup>31</sup> AURÉLIO BUARQUE DE HOLLANDA FERREIRA, *Novo Dicionário Aurélio*, Ed. Nova Fronteira, 1990.

### 13. Vícios do ato administrativo

Atos administrativos existentes e válidos (perfeitos), e, além disso, eficazes, são aqueles que, a partir de interesse público concretamente existente (motivo), caminharam “incólumes” por todos os estágios de sua formação (pressupostos, agente, declaração de vontade, objeto, conteúdo, forma e fatores de eficácia), da maneira prescrita ou admitida pelo ordenamento jurídico para a produção dos efeitos jurídicos específicos desejados, atingindo assim sua finalidade de interesse público, simétrica ao motivo. A antítese da normalidade jurídica citada é representada pelos *atos administrativos viciados* que, em razão de certos defeitos ocorridos em sua estrutura ou formação, poderão ser inexistentes, imperfeitos ou ineficazes.

*Vício*, etimologicamente, é “*defeito grave que torna uma pessoa ou coisa inadequadas para certos fins ou funções*”, ou, mais especificamente, “*defeito que pode invalidar um ato jurídico*”.<sup>32</sup>

*Ato viciado* é, portanto, o ato defeituoso ou imperfeito que não contém ou não percorreu todos os estágios de existência e validade preceituados pelo ordenamento, podendo tais defeitos atingi-lo nos elementos estruturais ou nos requisitos de validade, e, assim, causar sua *retirada* (invalidade) do mundo jurídico, quer por declarar-se sua nulidade absoluta, quer por anular-se o ato anulável, ou, ainda, por caracterizá-lo como inexistente. Segundo parte da doutrina<sup>33</sup>, *vício* seria o defeito nos elementos ou requisitos do ato, e *defeito*, genericamente, seria a pura ausência de elementos de existência.

*Ato inexistente* é caracterizado pela ausência de elementos essenciais de existência, como no caso do usurpador de função pública (falta o agente público). A maioria dos administrativistas brasileiros prefere equiparar o ato inexistente ao absolutamente nulo, ao invés de aventurar-se por esta discutida noção negativa (“não-ato”), ou melhor, de valores negativos, pela qual o ato, por falta de elemento essencial, não chega nem mesmo a formar-se.<sup>34</sup> Mas não se trata da mesma noção: o ato nulo, mesmo invalidado, com efeitos retroativos (“*ex-tunc*”) pode produzir efeitos em relação a terceiros de boa fé, e entra no mundo jurídico, sendo depois retirado em razão da verificação de defeitos que o tornam não válido; já o ato inexistente não deveria, em tese, produzir efeitos, pois do “nada” jurídico, “nada” derivaria. Reconhecemos, no entanto, que é no mínimo imprudência levar-se ao pé da letra tal afirmativa.

*Invalidade* é palavra genérica que se refere ao estudo dos atos *absolutamente* inválidos (atos *nulos*), dos atos *relativamente* inválidos (atos *anuláveis*) ou simplesmente *irregulares*, com defeitos de pequena monta que geralmente não levam à invalidação.

<sup>32</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>33</sup> FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, vol. IV, Ed. Borsoi, 1954, p. 213.

<sup>34</sup> EDUARDO LOBO BOTELHO GUALAZZI. *Ato administrativo inexistente*, Ed. Rev. Tribunais, 1980.

Anula-se o ato administrativo, portanto, por *nulidade*, que é a desconformidade do ato com os requisitos legais. *Anulabilidade* é a possibilidade de reconhecimento dessa invalidade através de decisão que reduza a nada o ato jurídico e seus efeitos. A ato de anular (declaração de nulidade) é providência que pode ser tomada pela própria Administração (controle interno de legalidade), no exercício de seu poder-dever de “*auto-tutela*”, ou pelo Poder Judiciário (controle externo jurisdicional de legalidade), quando acionado pelo administrado prejudicado ou mesmo pelo Ministério Público.

De acordo com a gravidade do defeito e a possibilidade de recuperação, os atos viciados classificam-se em:

*Atos nulos* (ou *absolutamente inválidos*), com pelo menos um dos elementos essenciais atingido, mas de forma que os atos se tornam irrecuperáveis para o Direito, sem possibilidade de repetição convalidadora, geralmente não produzindo efeitos, a não ser em relação a terceiros de boa fé, em certos casos, como nos contratos. A declaração de nulidade absoluta produz efeitos “*ex-tunc*”, desconstituindo “*ab-initio*” a relação jurídica e seus efeitos, como determina a Súmula STF nº 473: dos atos nulos “*não se originam direitos*”.

*Atos anuláveis* (ou *relativamente inválidos*): a possibilidade de complementação da classificação em atos anuláveis depende do autor admitir<sup>35</sup> ou não admitir<sup>36</sup> a possibilidade de *não decretar* a nulidade de atos administrativos eivados de vícios menos graves, que não acarretem a nulidade absoluta, ou *conservar* a validade desse tipo de atos (conversão, reforma, ratificação), embora permanecendo o *dever* de recompor a ordem jurídica ferida, pela anulação dos atos absolutamente nulos, ou pela convalidação, quando o prejuízo ao interesse público for relevante se optarmos pela anulação ou repetição do ato, nos casos de nulidade relativa.

Nesse caso, seria aplicável o sistema de nulidades previsto pelos artigos 145 e seguintes do Código Civil, evidentemente adaptado às peculiaridades do direito público.<sup>37</sup> Na verdade, a própria Súmula nº 473 do STF, que aparentemente vedaria a possibilidade de convalidação dos atos administrativos e obrigaria ao administrador público a sempre decretar a anulação em qualquer caso de nulidade, não o faz efetivamente: “*A Administração pode (faculdade, portanto, e não dever) anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos. . . . .*”.

a) *Vícios relativos ao sujeito*:

De acordo com a lei civil brasileira, os atos jurídicos serão nulos, em relação às pessoas, quando praticados por agente absolutamente incapaz (artigos 5º e 145), e anuláveis quando o forem por agente relativamente (artigos 6º e 147) incapaz. No Direito Administrativo, acrescentam-se as noções de *competência* do agente e tam-

35 A maioria dos autores nacionais, como, p. ex., José Cretella Jr., Celso Antonio Bandeira de Mello, Caio Tácito, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella di Pietro, Tito Prates da Fonseca, Miguel Reale, Régis Fernandes de Oliveira.

36 Como Hely Lopes Meirelles, obra citada.

37 TITO PRATES DA FONSECA. *Direito Administrativo*, Liv. Freitas Bastos, 1939, p. 388/389.

bém da entidade ou órgão a que pertence. A competência, como se sabe, não se presume (requer texto legal expresso), é improrrogável e intransferível, salvo previsão legal ou disposição hierárquica, é de exercício obrigatório (portanto, irrenunciável e intransigível, pelo princípio da indisponibilidade do interesse público) não podendo ser objeto de pactos que a reduzam ou impeçam seu exercício.<sup>38</sup>

São apontados os casos de *usurpação de função* (ausência de poder legal para agir em nome do Estado = caso de nulidade absoluta) e as várias hipóteses de *incompetência*, como *abuso* ou *excesso* ou *desvio* de poder, *invasão de função* (absoluta ou relativa) *incompetência em razão da matéria* (da pessoa jurídico-política, da entidade ou do órgão), em razão do *grau hierárquico*, em razão do *lugar do ato*, em razão do *tempo do ato*, e, ainda, em razão de *defeito pessoal do agente*, o que, na verdade, refere-se à *capacidade* civil ou *habilitação* do agente (ou também de terceiro, no caso de ato bilateral) e ainda à regularidade da existência jurídica da entidade.

Devem ser consideradas, na pesquisa da competência, as noções de *suplência* (exercício da plena competência pelo suplente, nos casos de afastamento eventual ou definitivo do titular), *delegação* (ato específico de investidura em competências não privativas de um determinado cargo, feita pelo superior) e *substituição* (designação específica ou por “quadro de substituição”, de substituto, com competência plena do titular, por afastamento eventual).

#### b) *Vícios relativos ao objeto.*

A *ilicitude* do objeto do ato administrativo se configura quando este está em *desacordo* com *normas jurídicas* pertinentes, ou então, quando não corresponde ao *interesse público* que *motivou* a declaração de vontade, motivo este que, se *ilícito* ou *inexistente*, comunicará o defeito à finalidade.<sup>39</sup>

Haverá, portanto, objeto viciado quando se faz a declaração sobre objeto *ilícito* (concessão para jogos proibidos, p. ex., ou para geração de energia atômica), *impossível* (nomeação de pessoa inexistente, p. ex.), ou *indeterminado* (como nomeação de alguém para cargo não especificado, ou decreto expropriatório sobre área sem contornos determinados). Mas deve-se ter em conta que quando se faz declaração sobre objeto ilícito, provavelmente, a não ser em caso de coação, erro ou fraude, o agente terá tido sua vontade desvirtuada já ao valorar o interesse público e transformá-lo em motivo, por dolo ou negligência; por outro lado, deve-se ter cautela ao caracterizar certo objeto como impossível, pois em outra época poderá não sê-lo mais.

#### c) *Vícios relativos à forma:*

A exigência da observância das formalidades e formas é garantia dos administrados contra a arbitrariedade, e fator de credibilidade e estabilidade das relações jurídicas. No direito brasileiro, ao contrário do que ocorre em outros países, a nulidade absoluta é determinada pela inobservância de forma essencial, como tal descrita pela lei (artigo 145, III e IV, do Código Civil).

38 cf. nosso *Negócio Jurídico Administrativo* citado, pp. 84/85.

39 JOSÉ CRETILLA JR. *Do ato administrativo*, Ed. José Bushatsky, 1977, pp. 169/170.

Além disso, considera-se essencial levando-se em conta o fato de a inobservância ou preterição de forma prescrita levar a resultado diverso do que a observância levaria, dando-se o valor devido (e não exagerado, para não incidir em “formalismo”) a formalidades meramente burocráticas para a formação da declaração da vontade.<sup>40</sup>

*Formas* dizem respeito à própria declaração de vontade, e *formalidades* (também consideradas formas, para esse fim) podem referir-se a solenidades, procedimentos ou pressupostos intermediários indispensáveis para a formação da declaração.

No direito positivo brasileiro, tanto é nulidade uma declaração de utilidade pública para fins de desapropriação feita através de “*resolução*” ou “*portaria*” ao invés do “*decreto*” que a lei exige, como uma contratação administrativa consumada sem a precedente licitação (exceto nos casos legais de dispensa, inexigibilidade ou vedação de licitação), em ambos os casos por vício de forma indispensável. Não se olvidem, ainda, a exigência constitucional de publicidade dos atos administrativos, bem como a forma *escrita*, como regra.

d) *Vícios relativos ao motivo.*

Para o ato administrativo, ao contrário do que ocorre no direito privado, a inexistência de um motivo, atribuível à Administração ao cuidar do interesse público, determina a configuração de vício insanável, pela inexistência, exatamente, de interesse público que determine sua finalidade, da mesma forma, quando o motivo é existente, mas falso (o que levará à caracterização de desvio de poder, p. ex.), ou, ainda, ilícito ou não correspondente ao interesse público que sua finalidade representa. O *motivo* é a verificação do interesse público concretamente existente em relação a determinado fato, evento ou situação jurídica, a determinar a tomada de certa providência (ato administrativo) que exija declaração de vontade do Estado, por seu agente. É, portanto, “*o suporte fático do ato*”<sup>41</sup> ou seja, “*a realidade objetiva e externa do agente, antecedente exterior ao ato*”<sup>42</sup>, ao passo que a *finalidade* é nada menos que a realização *efetiva* do interesse público indicado pelo motivo.

Por isso, o motivo deve referir-se a interesse público existente, o qual deve ser o mesmo a que se remetem o objeto e a finalidade (*simetria*), e não *outro* motivo, ainda que também de interesse público.

*Móvel* não é o mesmo que motivo: é “*representação subjetiva, psicológica, interna, do agente, e corresponde àquilo que o agente (realmente) deseja*”, ou seja, é a “*intenção, propósito do agente que pratica o ato.*”<sup>43</sup>

*Motivação* é a “*explicitação dos pressupostos fáticos que levaram a Administração a editar o ato administrativo*”.<sup>44</sup> A motivação é obrigatória para os atos administrativos *vinculados* ou quando a lei ou outra norma jurídica assim o determine

40 MARCELLO CAETANO. *Tratado elementar de Direito Administrativo*, Coimbra Editora, 1943, p. 263.

41 JOSÉ CRETTELLA JR. *Controle jurisdicional do ato administrativo*, Ed. Forense, 1992, p. 266.

42 CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. *Elementos de Direito Administrativo*, Ed. Rev. Trib., 1991, p. 97.

43 CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, Idem, *ibidem*.

44 nosso *Negócio jurídico administrativo* citado, p. 90.

(apesar da tendência dos doutrinadores em indicá-la também para as demais classes de atos administrativos), sendo dispensada para os atos discricionários. Entretanto, se o agente motivar ato que, por ser discricionário, não estava obrigado a fazê-lo, aos motivos invocados para a prática desse ato se vinculará (*Teoria dos motivos determinantes*.<sup>45</sup>), pois “*integram-se no motivo as razões que inspiraram o ato*”.<sup>46</sup> Se, ao exonerar o ocupante de cargo em comissão (ato discricionário), a Administração resolver expor os motivos porque o faz, sujeita-se à comprovação desses motivos, oferecendo-se ao interessado as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, o que pressupõe a garantia, também constitucional, do *devido processo legal*. Na verdade, transforma-se a exoneração (que não é penalidade), em demissão (que é), sendo esta última possível só por infração disciplinar apenada com demissão.

Em suma, motivo e finalidade são as duas faces diferentes da mesma moeda, que é o interesse público concretamente existente, por isso devem ser simétricos.

e) *Vícios relativos à finalidade.*

*Finalidade* é o elemento teleológico do ato administrativo, diferenciando-se do motivo no sentido de que representa, na realidade, “*o resultado final que o objeto deve atingir, ou seja, o resultado que determina o efeito jurídico produzido pelo ato.*”<sup>47</sup>

Ou então, como dizia BONNARD<sup>48</sup>, embora tão interligados, um é causa, e outro, efeito; um é ponto de partida, e outro, ponto de chegada.

Além disso, a finalidade deve ser específica do serviço e do interesse público considerado, de acordo com a regra de competência, e não qualquer finalidade, embora igualmente de interesse público, sob pena de desvio de finalidade e, geralmente, vício de incompetência.<sup>49</sup>

Entendemos que, por ser *resultado* da ação do agente público, a finalidade pode ser *viciada*, mas não é, geralmente, *nesse momento* do ato administrativo que ocorre o vício; quando se constata um (assim chamado) defeito de finalidade, o vício *já ocorreu* em algum outro momento *anterior* da formação do ato: móvel/motivo, agente e sua declaração, conteúdo do objeto e sua forma de exteriorização, distorção dos fatores de eficácia. Só existirá, mesmo, defeito propriamente dito referível à finalidade, por *erro ou dolo* quanto à valoração do interesse público de que se trata, ou quando, no lapso entre a formação do ato e a realização efetiva de sua finalidade, tal interesse público deixar de existir, ou deixar de ser válido.

Mas é verdade que a *constatação* dos vícios do ato se dá geralmente através da *estudo* da finalidade, que, *como resultado* do ato, é o que aparecerá com maior certeza aos olhos do observador. A *violação da finalidade* se constata quando o

45 GASTON JÈZE. *Les principes généraux du droit administratif*, Ed. Giard & Brière, Paris, 1936, vol. III, p. 210)

46 JOSÉ CRETELLA JR., *Controle jurisdicional do ato administrativo* citado, p. 266.

47 JOSÉ CRETELLA JR. *Direito administrativo brasileiro*, Ed. Forense, 1983, vol. I, p. 307/308.

48 ROGER BONNARD, *Le détournement de pouvoir*, Revue du droit et de la science politique, vol. 55, p. 138.

49 nosso *Negócio jurídico administrativo* citado, p. 89.

agente público persegue um fim: 1) proibido em lei; 2) de interesse geral, mas que não é de sua competência; 3) de interesse geral e lícito, e ainda dentro de sua competência, mas por meios jurídicos ineptos, segundo a lei, para obter tal resultado; 4) que não é (o fim) de interesse geral.<sup>50</sup>

A matéria relaciona-se com o estudo dos sintomas denunciadores de desvio de poder, que também pode ser sinônimo de desvio de finalidade, quando a esta se refere.<sup>51</sup>

#### 14. *Desfazimento e invalidação do ato administrativo*

O ato administrativo vai buscar na lei sua força obrigatória.

Por isso, parece claro que tal força desmorona quando lhe falta a base legal ou quando contraria aqueles preceitos que presidiram a formação do ato. Por tender a produzir efeitos diferentes do comando da lei é que, em princípio, o ato ilegal é nulo.

A Administração não pode conviver com a ilegalidade de seu ato, em qualquer de seus aspectos (inclusive abuso, desvio ou excesso de poder), e é por essa razão que se instituem sistemas de controle da legalidade do ato administrativo, visando *expungir* do mundo jurídico o ato ilegal, através de um reexame da sua legalidade, em todos os seus elementos estruturais, ou seja, em todas as fases de sua formação. É comum que isso aconteça pelo chamado *controle externo*, exercido pelo Poder Legislativo, com auxílio dos Tribunais de Contas, ou, mais comumente ainda, pelo Poder Judiciário, detentor (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal) do monopólio *jurisdicional* desse reexame, mas sempre através de provocação contenciosa dos interessados.

Mas sendo o Estado também o *guardião da legalidade*, não interessa à Administração aguardar a provocação externa do reexame da legalidade, procedendo então à chamada “*auto-revisão*” do ato administrativo<sup>52</sup>, pelos mecanismos de *controle interno*, que vão desde as auditorias administrativas até o reexame individual de cada caso pelas próprias autoridades competentes na hierarquia funcional.

Essa revisão fundamenta-se em princípio cardinal da atividade administrativa, que é o da “*autotutela*” da Administração, cujo conceito, formulado e desenvolvido pela doutrina italiana<sup>53</sup> significa, exatamente, esse poder da Administração de prover o interesse público sem recorrer a autoridade a ela estranha, *abrangendo também os poderes de anular, reformar, corrigir e revogar atos administrativos*, seja *ex-officio*, seja por provocação de particulares interessados ou outras entidades. Na realidade, é exercício de um “*poder-dever*” do agente público.

50 GASTON JÈZE, *Précis*. . . . . cit., p. 239.

51 JOSÉ CRETELLA JR. *Sintomas denunciadores do desvio de poder*, Revista da Procuradoria Geral do Estado nº 9, São Paulo, 1976, pp. 27/44.

52 JOSÉ CRETELLA JR. *Dos atos administrativos especiais*, Ed. Forense, 1995, pp. 437/438.

53 FEDERICO CAMMEO, *Corso de diritto amministrativo*, Firenze, 1928, p. 652. ; SANTI ROMANO, *Annullamento degli atti amministrativi*, Novissimo Digesto Italiano, vol. I, UTET, Torino, 1958, p. 644; SALVATORE MASTROPASQUA, *La conversioni degli atti amministrativi*, Tip. Baldazzi, Roma, 1967, p. 30.

Mas, como estamos observando, esse poder não se limita a expulsar do mundo jurídico os atos administrativos inválidos, mas, também, os atos que, embora existentes e válidos, na valoração interna do agente em confronto com o interesse público, se revelam *inoportunos* ou *inconvenientes* a esse mesmo interesse (pois deixariam de atendê-lo, por razões circunstanciais ou materiais), inviabilizando a concretização da finalidade que os inspira. No entanto, a competência para desfazer atos válidos por razões de oportunidade ou conveniência é *exclusiva* ou *privativa* da Administração, porque é desta a valoração interna que configura o mérito do ato administrativo. O princípio da separação dos poderes (art. 2º da Constituição Federal) é que fundamenta essa exclusividade.

É como o assunto é tratado pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil:

*“Súmula STF nº 346: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos próprios atos.”*

*“Súmula STF nº 473: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.”*

Convém ressaltar que a tendência inicial da Administração, em razão principalmente do princípio da *restritividade*<sup>54</sup> (ou *legalidade estrita*), segundo o qual *“o agente público só pode fazer o que a lei determina ou autoriza”*, ao contrário do particular, que pode fazer tudo o que a lei não proíbe, é retirar imediatamente do mundo jurídico os atos administrativos ilegais, inoportunos ou inconvenientes. Mas a melhor solução para o interesse público, em certos casos, pode não ser essa.

Essa atividade da Administração, quer nos casos de constatação de ilegalidade, quer nos de reavaliação do mérito, é designada por alguns autores brasileiros como *“retirada”*<sup>55</sup>, por outros, como *“desfazimento”*<sup>56</sup> do ato administrativo, com suas várias hipóteses, fugindo da designação geral de *“invalidação”*<sup>57</sup> que, além de *inexata* (revogar não é invalidar o ato porque, no caso, este não perde a validade, mas a eficácia, por isso seus efeitos *“ex-nunc”*), refere-se apenas a uma das hipóteses de desfazimento ou retirada, fundamentada em vício de validade: a anulação. Pelo mesmo motivo, não se deve usar o termo *“desconstituição”* do ato, como gênero.

## 15. Revogação e anulação

*Revogação e Anulação* são instrumentos da mesma atividade da Administração: a supressão ou desfazimento de atos administrativos viciados, inconvenientes ou inoportunos ao interesse público.

54 ver nosso *Negócio jurídico administrativo*, citado, p. 79.

55 CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. *Elementos.....* cit., p. 130, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, 1994, p. 194.

56 DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *Curso.....* cit., p. 153; JOSÉ CRETELLA JR. *Controle Jurisdicional.....* cit., p. 304.

57 HELY LOPES MEIRELLES. *Direito Administrativo Brasileiro.....* cit., p. 158, dentre outros.

Mas seus fundamentos são diversos, portanto não se confundem, nem podem ser empregados esses termos indistintamente, embora isso seja comum aos menos informados, já tendo acontecido até mesmo em decisões judiciais no Brasil.<sup>58</sup>

*Semelhanças:*

a) Ambas são atos administrativos unilaterais específicos (declarações de vontade) e não complementares, da Administração.

b) Ambas objetivam a mesma coisa, que é a supressão de um ato administrativo anterior, ou de todo um procedimento (ou parte dele), embora por razões diversas.

c) Essas duas formas de supressão podem ser efetuadas pela Administração, quer por iniciativa própria (*ex-officio*), quer como resultado de iniciativa do administrado interessado em geral (recursos administrativos, representações, denúncias) ou até mesmo de agentes estranhos à respectiva relação jurídica (representações, denúncias etc.).

*Diferenças:*

a) A revogação é medida *privativa* da Administração, observadas as regras de competência e as relações de hierarquia e subordinação. Já a anulação pode se dar por medida da Administração (autotutela da legalidade), no exercício de seu poder de vigilância, ou pelo Poder Judiciário, mediante provocação do interessado.

b) O fundamento objetivo da revogação só pode ser o reexame do *mérito* do ato, com vistas à oportunidade ou conveniência de sua manutenção no ordenamento; o fundamento da anulação é sempre sua *ilegitimidade*, quando o ato apresenta vícios que configuram sua desconformidade explícita com o ordenamento, ou desvio de poder. Só se revogam atos legítimos e aperfeiçoados, só se anulam atos ilegais, ilegítimos.

c) A revogação é ato administrativo unilateral *desconstitutivo*, que objetiva suprimir total ou parcialmente os *efeitos* de ato *legítimo* anterior; a anulação é ato *declaratório* do vício de legalidade ou até mesmo da inexistência do ato administrativo anteriormente editado, apontando esse defeito, sempre preexistente à anulação.

d) A anulação pode ser efetivada pelo Poder Judiciário, através de sentença declaratória de nulidade, desconstituindo o ato e seus efeitos; a revogação não pode ser determinada pelo Judiciário à Administração, ou mesmo decretada diretamente pelo primeiro à segunda, porque, tratando-se de consideração discricionária, significaria um Poder substituir-se a outro em julgamento do mérito.

Porisso, a revogação se dá sempre *ex-officio*, no sentido de que é ato praticado pela própria Administração, em qualquer caso, sem a participação do Judiciário, embora possa resultar, como anteriormente explicado, de iniciativa da própria Administração, ou de provocação do administrado. A anulação, como se viu, se dá *ex-officio* (no sentido acima), ou por decisão judiciária.

<sup>58</sup> HELY LOPES MEIRELLES, em seu *Direito Administrativo Brasileiro* citado, arrola (p. 158, nota de rodapé 1) algumas decisões judiciais que empregam um vocábulo pelo outro: STF, em RDA 53: 166, 42: 230, 51: 277; TFR, em RDA 54: 294; TJDF, em RDA 54: 304; TJSP, em RF 96: 307.

e) Quanto aos efeitos, uma vez que a revogação é uma consideração unilateral e discricionária que *desconstitue* uma relação jurídica *legítima*, seus efeitos (recorrem-se a Súmula STF nº 478, e o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal) devem respeitar os anteriores, operando somente da edição da revogação *em diante* (efeitos “*ex-nunc*”). Já a anulação, que tem efeito *declaratório*, e presume uma situação jurídica *viciada* (nulidade) preexistente, se dirige ao passado: suprime, retroativamente em princípio, todos os efeitos que o ato viciado já produziu, operando, portanto, *desde a edição* do ato anterior (efeitos “*ex-tunc*”), ressaltando-se, entretanto, certos efeitos em relação a terceiros de boa fé, inclusive em relações contratuais.

f) Quanto ao ato administrativo complexo: pode ser anulado a qualquer tempo pelo órgão que lhe deu nascimento ou órgão superior, ou ainda pelo Judiciário.

No que concerne à revogação, se ainda não se aperfeiçoou por faltar o concurso de vontades que o caracteriza, pode simplesmente ser tornado “sem efeito”. Mas se já se aperfeiçoou, com o concurso de declarações, só pode ser revogado, em princípio, seguindo-se o processo inverso da formação do ato, com as declarações das mesmas autoridades ou de autoridades equivalentes (princípio do *paralelismo das formas*<sup>59</sup>), a não ser que o ordenamento jurídico disponha *expressamente* de outra forma.

g) Limites de aplicabilidade dos dois institutos:

A *anulação*, declaratória de ilegalidade de atos dos quais, em princípio, não decorrerão efeitos jurídicos regulares, tem como únicos limites a legalidade do ato anterior e a do anulatório, especialmente no que diz respeito às regras de competência.

Prazo para anulação: a qualquer tempo, mas observado o prazo prescricional<sup>60</sup>, ressaltando-se que, quanto à anulação judicial, nem mesmo a coisa julgada constitui óbice, pois pode o ato ser desfeito por rescisória civil, revisão criminal ou mesmo mandado de segurança, quando se ataca a regularidade na *formação* do julgado.<sup>61</sup>

Já quanto à *revogação*, é óbvio que não é poder que possa se exercitar sem limites. Basta lembrar que os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada não podem ser desrespeitados nem pela lei, nem mesmo quando se trata de emendas constitucionais. Portanto, a lei e os *direitos subjetivos públicos* constituem óbice intransponível para o poder revocatório.<sup>62</sup>

Alguns autores<sup>63</sup> costumam dizer que os atos administrativos são, em princípio, revogáveis, que esse “*princípio da revogação*” é até um dos pontos que distinguem

59 JEAN RIVERO. *Direito Administrativo*, Ed. Almedina, Coimbra, tradução de Rogério E. Soares, 1981, p. 123; vejam-se, também, STF, em RDA 53: 216, 54: 275 e 53: 224.

60 JOSÉ CRETILLA JR. *Controle jurisdicional*..... cit., p. 317. Vejam-se, também, além das Súmulas STF 346 e 473, as decisões STF, em RDA 155: 61, 78: 200, 98: 112, 104: 250, 105: 210.

61 nosso *Da convalidação do ato administrativo ilegítimo*, Ed. Rev. Tribunaís, p. 130 e 170/173; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*, Ed. Saraiva, 1978, p. 77.

62 JOSÉ CRETILLA JR. *Dos atos administrativos especiais*, Ed. Forense, 1995, p. 410.

63 JOSÉ GUIMARÃES MENEGALE, JOSÉ FREDERICO MARQUES, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, dentre outros.

o ato administrativo do ato jurídico privado. Mas a própria existência desse princípio é, no mínimo, questionável: a revogabilidade não seria, justamente, a *exceção*? Os atos administrativos, que são dotados de imperatividade, presunção de legitimidade e auto-executoriedade, não seriam, em princípio, por causa da estabilidade das relações jurídicas, *irrevogáveis*?

É claro que se excluem da impossibilidade de revisão pela Administração os atos que não geram situações jurídicas individuais, e aqueles que, por sua própria natureza, devam ser periodicamente revistos.

No entanto, há uma série de situações em que os atos administrativos tornam-se, sem dúvida, irrevogáveis para a Administração<sup>64</sup>, tais como:

a) Os atos que geraram *direito subjetivo* aos beneficiários (Súmula STF nº 473);

b) Os atos *vinculados* também não podem ser revogados, pois sendo a revogação uma consideração *discricionária*, a vinculação elimina a discricionariedade;

c) São irrevogáveis os atos de *efeitos instantâneos* e, pela mesma razão, os que *já exauriram* seus efeitos: se a revogação visa estancar, a partir de sua edição (*ex nunc*) os efeitos do ato, seria ridículo revogar-se o que *já produziu* efeitos.

d) No caso mais específico do processo disciplinar, excluem-se do poder de revisão da Administração os casos de absolvição ou decisão mais favorável ao funcionário, em processo administrativo regular; os atos atingidos pela prescrição e aqueles cujo prazo de decadência para acionar o controle jurisdicional já se exauriu. Assim, se a Administração já havia proferido decisão favorável ao funcionário em processo administrativo, a demissão, no mesmo processo, é nula.

e) São ainda irrevogáveis<sup>65</sup>: os atos que a lei assim o declare; os atos administrativos complexos (por apenas um dos órgãos ou pessoas); os “*meros*” ou “*puros*” atos administrativos, que não contenham decisão exteriorizada (como certidões, pareceres, votos em colegiados, opiniões etc.); os atos de procedimentos sobre os quais já se operou a preclusão e os assim chamados “atos de controle”.

Em conclusão: diante de ato administrativo *ilegal* ou *inoportuno/inconveniente*, colocam-se para o administrador público dois caminhos: “tratamento” (*convalidação*) do ato, se este ainda é oportuno ou conveniente ao interesse público e pode ser convalidada sua irregularidade de pequena monta (atos *inexistentes* ou *nulos* não podem ser convalidados), ou “supressão” do ato do mundo jurídico, por *anulação* ou *revogação*, quando esta última, pelas razões apontadas, não é vedada.

## 16. Convalidação: espécies e limites

Diante da ocorrência, na formação do ato administrativo, de algo que não se acomode ao modelo legal (*vício*), além da faculdade revocatória descrita no item

<sup>64</sup> nossos *Decisão administrativa e coisa julgada administrativa*, Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, Dezembro de 1989, p. 622; e *Da convalidação*..... cit., p. 131.

<sup>65</sup> CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. *Elementos de direito administrativo*... cit., p. 139/141.

anterior, o agente público terá, conforme *o grau* de irregularidade encontrado: a) a *obrigatoriedade inquestionável* de anular o ato, se o vício for insanável, nulidade absoluta; b) a *possibilidade* de escolha (poder discricionário), por critérios seus mas vinculados ao interesse público *in concreto*, entre anular o ato ou reorganizá-lo para que continue a produzir os efeitos colimados, ou passe a produzir efeitos de interesse público conexos, no caso de irregularidades sanáveis, nulidades relativas.

Deve-se deixar bem claro, portanto, ao estudar o tema da convalidação: *a obrigação indisponível, do administrador público, diante de vício do ato administrativo, é RECOMPOR a legalidade ferida, e não exclusivamente ANULAR o ato, que é apenas uma das formas de providenciar essa recomposição.*

É claro que só comungam destas assertivas aqueles administrativistas que admitem a possibilidade de “tratamento” (“sanatória”, ou “conservação”, através de “convalidação”) dos atos administrativos irregulares, classificando-os em atos nulos e anuláveis.<sup>66</sup> Na verdade, é essa a orientação que o STF traça, como se lê da ementa da Súmula 473, pela qual a Administração “*pode*” (faculdade, portanto) anular seus próprios atos ilegais, a indicar que o agente público, em irregularidade menos grave, impulsionado pelo interesse público (princípio da conservação dos valores jurídicos) pode entender que não se trata de caso de anulação obrigatória, exigível (pelo próprio STF<sup>67</sup>, inclusive) nos casos de nulidades absolutas, podendo optar pela convalidação.

Por outro lado, ao contrário do que entende certa parte da doutrina<sup>68</sup> não é exigida expressa autorização legal para a discricionariedade do agente em invalidar ou não o ato viciado por nulidade relativa (pois deixaria de ser discricionariedade: a contradição nos termos a classificaria como discricionariedade “*vinculada*”), e, pelo mesmo motivo, não há a *obrigatoriedade* de convalidação quando se fazem presentes os elementos que a tornam cabível. Realmente, se não há lei alguma que confira ao Administrador livre eleição entre invalidar e convalidar, também não há lei alguma que obrigue o agente a convalidar e não invalidar: tudo depende da possibilidade convalidatória e da avaliação do agente sobre qual alternativa (invalidar ou convalidar) melhor atende o interesse público no caso concreto.

Repetimos, portanto: o dever do agente público é *restaurar* a legalidade ferida, o que se faz pela anulação (nulidade absoluta), ou então (nulidade relativa), pelas alternativas de anular ou convalidar.

“*Convalidação é o suprimento da invalidade de um ato, com efeitos retroativos.*”<sup>69</sup>

66 Na atualidade brasileira, a maioria, como JOSÉ CRETTELLA JR., CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, CAIO TÁCITO, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, e muitos outros (obras citadas). No direito francês e italiano, essa posição é predominante. Em contrário, no Brasil, HELY LOPES MEIRELLES e alguns (poucos) outros.

67 Consultem-se: STF, em RDA 108: 276, 54: 296, 129: 704, 70: 172.

68 CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. *Elementos*..... cit., p. 153; WEIDA ZANCANER. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, pp. 45, 53 e segs.

69 CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. *Elementos*..... cit., p. 149.

a) *Limites à convalidação.*

I-De sua própria definição, portanto, decorre o primeiro limite à possibilidade de convalidação: configura-se este pela impossibilidade não diríamos só jurídica, mas até *lógica*, de convalidar atos que não sejam inválidos. Assim, não se convalidam atos válidos e nem atos inexistentes.

II-Também não podem ser convalidados atos passados que não possam ser validamente reproduzidos no presente. Tais são aqueles que a lei declare absolutamente nulos, os que tragam vício da ilicitude de seu objeto (quando não possa este ser parcialmente alterado por conversão), os atos praticados comprovadamente com abuso de poder ou desvio de finalidade<sup>70</sup>.

III-A *prescrição* é um *fato* sanatório, por inação da Administração, e não *ato* sanatório. Uma vez que os efeitos do ato já teriam sido assegurados com o decurso do tempo, a convalidação seria incabível e desnecessária, mesmo.<sup>71</sup> A *prescrição externa*, ou judiciária, é válida para obstar a revisão de qualquer ato jurídico, em qualquer sede (prazos: C. Civil, CPC, legislação fiscal, penal, trabalhista etc.), e a *prescrição interna* ou administrativa (leis administrativas) impedem a Administração de rever seus próprios atos somente na esfera administrativa.<sup>72</sup>

IV-Também é impeditiva da convalidação a *impugnação*, judicial ou administrativa, porque não se permite *inovar* sobre situação jurídica contestada ou mesmo resistida.

V-São inconvalidáveis os atos absolutamente nulos. No caso de vício de competência, a jurisprudência e a doutrina<sup>73</sup> têm entendido como nulidade absoluta a violação de competência indelegável, que a lei atribua com exclusividade a certa autoridade, e também a incapacidade absoluta civil (art. 145, I, do C. Civil), caso em que o ato administrativo é nulo inclusive como ato jurídico, do qual é espécie.

VI-É também impeditiva da convalidação a não utilização de forma que a lei considere essencial à validade do ato (C. Civil, art. 145, III), integrando esta noção de forma também o procedimento necessário (devido processo legal), a motivação do ato vinculado (solenidade imprescindível), o edital de concursos e licitação.

VII-Atos que não representem decisões (pareceres, opiniões, etc.) não são convalidáveis, nem anuláveis ou revogáveis. Mas uma declaração (certidão, atestado, etc.) falsa pode ser anulada, com seus efeitos.

VIII-Atos que já geraram direito subjetivo ao beneficiário, decisões favoráveis ao funcionário em processo disciplinar, e atos de efeitos instantâneos, como vimos, não podem mais ser revistos pela Administração, pois, estando resguardados os efeitos, a convalidação de eventual nulidade seria dispensável. Mas o dolo do beneficiário na nulidade pode impedir a convalidação, encaminhando a decisão do agente para a anulação, especialmente em caso de prejuízo ao Erário.<sup>74</sup>

70 Idem, ibidem, p. 150; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO. *Direito Administrativo ... cit.*, p. 203/204.

71 DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO. *Curso..... cit.*, p. 170.

72 Ver, dentre outros, HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo..... cit.*, p. 164; CELSO A. B. DE MELLO, *Elementos..... cit.*, p. 155/156; DIOGO F. M. NETO, *Curso..... cit.*, p. 172.

73 JOSÉ CRETELLA JR. *Do ato administrativo..... cit.*, p. 298, dentre outros.

74 MARIA SYLVIA Z. DI PIETRO, *Direito..... cit.*, p. 203.

*Atos administrativos convalidáveis* são os que não se enquadram nos mencionados limites, embora tal relação não esgote as hipóteses, e esta assertiva configure conceituação *residual*, à qual somos particularmente refratários.

b) *Espécies de convalidação.*

Convalidação, para nós, é gênero que se subdivide nas espécies *ratificação*, *conversão* e *reforma*.

I-*Ratificação* é a única modalidade de convalidação que tem menção expressa (art. 148 e segs) no C. Civil brasileiro, embora com sentido diverso do que tem no D. Administrativo.

No direito público, *ratificação é convalidação de ato viciado, relacionada à competência, para confirmar, mediante declaração expressa do próprio autor do ato, se competente for, ou da autoridade competente, a legitimidade e a validade de um ato anulável, seja suprimindo requisito ausente, seja sanando vício existente, ou ainda considerando-o íntegro desde a origem, neste último caso sem nada acrescentar ou excluir.*<sup>75</sup>

Não se admite a ratificação no caso em que a lei estabelece a competência exclusiva ou indelegável de certa autoridade, o que resulta em nulidade absoluta.<sup>76</sup>

II-O princípio da conservação dos valores jurídicos já editados, que fundamenta as espécies de convalidação, tem guarida no art. 153 do C. Civil brasileiro: as nulidades parciais de um ato, se não absolutas, não prejudicam a validade das partes legítimas, se separáveis (como se dizia no direito romano, “*utile per inutile non vitiatur*”.)

*Conversão é o procedimento mediante o qual se procura reaproveitar os elementos válidos de um ato ilegal para, com eles, estruturar um novo ato, mas legal, reorganizando-o sem convalidar os elementos inválidos do primeiro.*<sup>77</sup>

Trata-se, na verdade, de reutilização<sup>78</sup> de um mesmo ato jurídico inválido, objetivando eliminar um procedimento de reprodução do ato, para atender a similar ou idêntico interesse público, conservando-se os valores jurídicos existentes.

III-Dá-se a *Reforma quando, através de ato idôneo, se suprime de certo ato administrativo sua parte viciada, ilegal, mantendo-se a eficácia da parte não comprometida pela ilegalidade.* É claro que a reforma de um ato inválido só é possível se a parte não afetada do ato puder subsistir sem a parte afetada, além do atendimento aos demais requisitos exigidos na estruturação do ato administrativo, como competência, forma etc.

## 17. *Controle externo da legalidade*

Estudamos, nos ítems 14, 15 e 16, precedentes, os meios de controle *interno* da legalidade (e mesmo do mérito) dos atos administrativos, por medidas tomadas pela

75 Idem, ibidem, p. 186; JOSÉ CRETELLA JR. *Controle.....* cit., p. 299/300.

76 JOSÉ CRETELLA JR., *Dos atos administrativos especiais. . . .* cit., p. 416.

77 Idem, ibidem, p. 418 e segs.

78 UMBERTO FRAGOLA, *Gli atti amministrativi*, UTET, Torino, 1952, p. 143 e segs.

própria Administração, seja *ex-officio*, seja por provocação dos interessados, mas sempre por ato próprio da Administração. No âmbito do *controle externo*, só cabível quanto à *legalidade* (princípio da separação dos poderes), estuda-se o reexame do ato administrativo pelos outros Poderes (Legislativo e Judiciário) nos termos e limites traçados pela Constituição Federal.

#### a) Controle do Poder Legislativo

O assim chamado “*controle legislativo*” da Administração se exerce em decorrência do próprio princípio da separação dos Poderes, atribuindo ao Poder Legislativo a competência para fiscalizar atos peculiares à esfera do Poder Executivo, examinando-os sob o aspecto geral da legalidade, e conveniência ao interesse coletivo.<sup>79</sup>

Esta atividade encontra guarida em nosso direito constitucional positivo, mais especificamente pelo artigo 49, X, da Constituição da República, que atribui ao Congresso Nacional a competência para “*fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta*”.

Vários são os meios utilizados para isso, como autorizações indispensáveis (cf. art. 49, II, III, XV, XVI, XVII) aprovações (art. 52, III e suas alíneas) convocações de autoridades para depoimentos e esclarecimentos (art. 50), autorização para instauração de processos contra o Presidente, Vice, Ministros, por crimes comuns (art. 51), processo contra essas mesmas autoridades por crime de responsabilidade (art. 51), e outras medidas, especialmente o exame da legalidade dos atos administrativos geradores da despesa pública, inclusive sua modalidade mais importante, que são os contratos, atividade essa que é exercida (art. 71 e seus incisos da Constituição Federal) pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União.<sup>80</sup>

Os mesmos dispositivos, guardadas as peculiaridades, são reproduzidos nas Constituições dos Estados-Membros, e mesmo nas Leis Orgânicas dos Municípios brasileiros, assinalando-se que aqueles que não possuem Tribunal de Contas municipal, são fiscalizados pelos próprios Legislativos e pelo respectivo Tribunal de Contas estadual.

Deve-se notar que o campo de atuação dos Tribunais de Contas tem sido bastante ampliado após a Constituição de 1988, considerando os especialistas tal fato como fortalecimento do Poder Legislativo, em sua faina moralizadora da Administração.<sup>81</sup>

O que deve-se deixar claro, entretanto, é que os Tribunais de Contas *não fazem parte do Poder Judiciário* (são, como a Constituição diz, órgãos auxiliares do Poder Legislativo), não são um *quarto Poder*, e suas decisões não são *jurisdicionais*, pois não fazem *coisa julgada* no sentido processual do termo, estando sujeitas a controle judicial. Para que tal situação jurídica seja modificada, como propugnam seus membros, devem ser alterados, na Carta Magna, os artigos 71 (que os define como órgão auxiliar do Legislativo); 92 (que discrimina os órgãos do Poder Judiciário) e o artigo

79 JOSÉ CRETELLA JR. *Dos atos administrativos especiais*..... cit., pp. 442/443.

80 ANTONIO AUGUSTO QUEIROZ TELLES, *Introdução ao Direito Administrativo*, Ed. Rev. dos Tribunais, 1995, pp. 368/370.

81 *Idem*, *ibidem*, p. 369.

5º, XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (monopólio jurisdicional do Judiciário).

*b) Controle judicial da Administração.*

Como vimos anteriormente, o sistema jurisdicional brasileiro (art. 5º, XXXV, da Const. Federal) é o da *jurisdição una*, que consagra o monopólio jurisdicional do Poder Judiciário, ao contrário de outros países (como a França, p. ex.) em que, através do “*contencioso administrativo*”, a Administração também *julga* (no sentido processual do termo, com força de *coisa julgada*) a legalidade de seus próprios atos. Tal atividade significa geralmente controle “*a posteriori*” da legalidade formal ou presumida do ato da Administração (também os materiais, não só os atos jurídicos), especialmente dos atos administrativos vinculados, mas também quanto aos demais atos, em seus aspectos *competência, finalidade e forma*, que são elementos *vinculados* até mesmo nos atos discricionários.

Nesse controle da legalidade, no qual o Estado se coloca no polo passivo das lides provocadas pelos administrados que tiveram seus direitos ou interesses atingidos pela ação da Administração, dois aspectos imediatamente sobressaem: a posição do Estado em relação ao *princípio da igualdade das partes* no processo, e a *extensão (e limites)* do campo sujeito ao controle jurisdicional.

I) -No primeiro aspecto, o tratamento às partes em Juízo é necessariamente idêntico e imparcial. Mas, em razão da própria natureza, a Administração, ao integrar a lide, goza de certas prerrogativas concernentes a prazos, representação processual, ônus de provas etc., que aparentemente constituiriam privilégios operacionais, mas jamais tratamento como “*parte privilegiada dentro da lide.*”<sup>82</sup>

Exemplos de tais prerrogativas<sup>83</sup> podem ser apontados: juízos privativos (União: arts. 106/109 da Const. Federal; Estado de S. Paulo e Município da Capital e outros: art. 36 do Código Judiciário) prazos processuais ampliados para contestar e para recorrer (art. 188 do CPC), sentença condenatória sujeita a duplo grau de jurisdição (art. 475 do CPC), prazo prescricional quinquenal de ações contra o Poder Público, dentre outros, a maior parte de tais prerrogativas extensíveis às autarquias.

II) -Já quanto à *extensão e limites* ao controle jurisdicional, a *incidência do controle é a regra, e a discricionariedade é o limite.*

A imunidade do controle é quanto ao mérito, ou seja, sobre a livre valoração interna do ato pelo agente público, pela livre determinação do objeto do ato e avaliação dos motivos. Mesmo assim, essa faixa discricionária está sujeita ao interesse público concretamente existente e aos elementos *vinculados* competência finalidade e forma (veja-se o quanto dissemos sobre abuso, excesso ou desvio de poder ou de competência).

Ou seja, ao examinar o ato administrativo, ao Judiciário “*cumpra apenas o patrulhamento da legalidade ou legitimidade do ato. Contrariou texto expresso de lei? Foi editado o ato desatendendo-se a alguns dos requisitos exigidos em sua*

<sup>82</sup> JOSÉ CRETTELLA JR. *Dos atos administrativos especiais*..... cit., p. 446/447.

<sup>83</sup> ANTONIO AUGUSTO QUEIROZ TELLES. Ob. cit., p. 371/372.

*estrutura ou arquitetônica? Encerra algum vício que o desnature, tornando-o suscetível de nulidade ou anulabilidade? Feriu direito líquido e certo do cidadão?”*<sup>84</sup> Por outro lado, o *mérito* está fora de seu policiamento, como tudo o que diga respeito à oportunidade ou conveniência da medida adotada.

Já os assim chamados *atos políticos* (ato político não é conceito jurídico, são atos como quaisquer outros) estão sujeitos ao controle judiciário se causarem lesões a direitos individualizados.

III) - Quanto aos efeitos, geralmente o Judiciário *nega vigência ou efeito* ao ato no caso concreto, podendo determinar prática ou abstenção de ato ou fato, mas *sem substituir-se* à Administração (esta deverá cumprir a decisão judicial irrecorrível, sob pena de incidir o agente em crime de desobediência).

IV) - *Atos sujeitos a controle comum* = É o controle judicial geral e normal, com o Poder Judiciário atuando regularmente como tal, em ações ordinárias ou especiais. Não confundir com “*meios comuns*” de controle, que são as ações ordinárias.

V) - *Atos sujeitos a controle especial* = O controle especial é aquele que não se realiza ordinariamente pelo Judiciário, pelos meios normais. Por exemplo, a perda ou cassação de mandato de agentes políticos, as infrações político-administrativas, os crimes “de responsabilidade”, são objeto de procedimentos especiais, inclusive fora do Judiciário. Mas a representação de inconstitucionalidade de leis em tese ou de leis de efeitos concretos, ao contrário, enquadram-se no controle comum.

VI) - *Meios de controle jurisdicional* = As *representações* de inconstitucionalidade e similares, embora meios especiais, inserem-se no controle comum. Os interesses *da coletividade*, em geral difusos, possuem meios especiais de controle para sua defesa, como a Ação Popular ou a Ação Civil Pública, no âmbito do controle jurisdicional comum.

Já os direitos e interesses *individualizados*, possuem, como meio especial na esfera penal, o *habeas corpus*, e, na área civil, as *ações ordinárias* (meios comuns) e as *ações especiais* (meios especiais), como possessória, nunciação de obra nova, consignação, cautelares, *habeas data*, mandado de injunção e o mandado de segurança, para defesa imediata e urgente de direitos e interesses que não podem ser prejudicados pela demora na prestação jurisdicional.

## 18. Controle da legalidade por mandado de segurança

BIBLIOGRAFIA DESTE ITEM: CELSO AGRÍCOLA BARBI. *Do mandado de Segurança*, Ed. Forense, 1984; HELY LOPES MEIRELLES. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”*, Malheiros Editores, 1992; JOSÉ CRETELLA JR. *Os “writs” na Constituição de 1988*, Ed. Forense Universitária, 1989; SÉRGIO FERRAZ. *Mandado de Segurança (individual e coletivo). Aspectos polêmicos*, Malheiros Editores, 1992; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO. *A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança*-Ed. Revista dos Tribunais, 1991

<sup>84</sup> JOSÉ CRETELLA JR. *Dos atos*..... cit., p. 448.

### 1) Histórico do Mandado de Segurança.

No início da República, havia a “ação sumária especial”, que podia propiciar a suspensão imediata dos atos administrativos, mas, a partir daí, não oferecia condições para solução rápida do litígio. Por isso, desenvolveu-se o que se convencionou chamar de “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, para a defesa de tais direitos ofendidos pela Administração, uma vez que a Constituição Federal de 1891 o instituiu para “proteção de direitos”, sem falar especificamente em liberdade individual ou de locomoção. Mas a Emenda Constitucional de 1926 proibiu tal utilização.

O mandado de segurança para proteção de direitos individuais líquidos e certos feridos foi instituído, sob a inspiração do *Juicio de amparo* mexicano ( e não dos *writs* ingleses ou americanos<sup>85</sup>, dos quais herdou só o apelido de *writ of mandamus*, pois não são iguais ao nosso), pela Constituição Federal de 1934. Mas a Carta outorgada de 1937 o relegou à condição de lei ordinária, e o proibiu contra atos do Presidente, Ministros, Governadores e Interventores, tendo o CPC de 1939 vedado sua impetração contra lançamento de impostos e taxas.

Na Constituição de 1946, volta a ser garantia constitucional, tendo sido editada a Lei nº 1. 533, de 31. 12. 51, em vigor até hoje, com algumas modificações, inclusive pela edição do CPC de 1973, que revogou o de 1939, que era restritivo. A última modificação relevante no instituto ocorreu com a Constituição de 1988, que passou a admitir o “mandado de segurança coletivo” (art. 5º, LXX) para defesa de direitos de classes, não apenas individuais, portanto. Mas ainda assim exige-se que tais direitos sejam *individualizados*, e não difusos.

### II) Conceito de Mandado de Segurança

O direito positivo *não define* mandado de segurança, apenas conceitua seu objeto: a defesa do administrado contra atos do Poder Público em geral ou de pessoas jurídicas prestadoras de serviços públicos, que firam efetivamente ou possam, com justo receio atual e iminente, vir a ferir (MS preventivo) direito líquido e certo seu.

A Constituição Federal de 1988 não derogou a Lei nº 1. 533/51, apenas admitiu, a mais, o MS coletivo: assim, não se fala mais em direito individual apenas, mas *individualizado*, que pode ser também coletivo, de classes.

Critica-se, na redação legal, além da referência excludente de atos passíveis de *habeas corpus* e de *habeas data* (o que resulta em uma conceituação *residual*), a subjetividade da menção a abuso de poder, que é uma ilegalidade relativa a delimitação de competência.

Os atos do Poder Público sujeitos a controle através de MS podem ser *materiais*, *jurídicos* (em geral) ou *jurídico-administrativos* (especificamente), de autoridade ou agente de qualquer dos três Poderes, Administração direta, autarquias, fundações (públicas ou privadas), empresas (estatais ou não) e até de sociedades ou associações, que a qualquer título desempenhem *serviços públicos* ou “atribuições” de Poder Público, bem como dos partidos políticos. Esses atos também podem ser *omissivos*:

<sup>85</sup> Como afirma ANTONIO A. Q. TELLES, ob. cit., p. 373.

a omissão administrativa, especialmente quando há prazo legalmente determinado para ação do agente, também se sujeitam a MS.

*Direito líquido e certo* quer dizer comprovação *imediate*, “de plano”, normalmente por prova *documental* pré-constituída, não se admitindo *dilação probatória*, dos *atos e situações* referidos na inicial pelo impetrante, devidamente enquadrados no *direito* alegado, sendo porisso mesmo operante e aplicável no momento da impetração. O *direito*, se existente, *é sempre líquido e certo*.

Com essas noções, poderíamos assim conceituar:

*“Mandado de segurança é ação judicial constitucional, de rito sumário específico e objeto próprio, que é a proteção de direito líquido e certo de qualquer pessoa, física ou jurídica, privada ou pública, ou de qualquer órgão ou entidade com capacidade processual reconhecida pela Constituição, para si ou para seus membros, relativamente aos interesses comuns que os une em associação; ou ainda de universalidade legalmente reconhecida; direito esse ilegalmente lesado ou ameaçado de lesão por ato ou omissão de autoridade pública, qualquer que seja, ou de agente de entidade privada no exercício de atribuições do Poder Público, desde que não amparado o direito por habeas corpus ou habeas data.”*

### III) Regime jurídico

a) *Natureza jurídica* de ação judicial de rito sumário específico.

b) Característica de *celeridade*, em três momentos: fases cautelar, cognitiva sumária, e executória imediata e indireta.

c) Ato de autoridade: ato *decisório* que lesa ou impede a fruição de direito; *omissão* administrativa; *razoável presunção* da iminente prática de atos prejudiciais, muitas vezes irreparáveis.

d) Agentes de órgãos ou entidades públicas, ou de entidades privadas no exercício de atribuições e serviços públicos, ou ainda de colegiados, que detenham *poder decisório* (competência) para cumprir ou fazer cumprir a ordem judicial eventualmente concedida.

e) Direito líquido e certo geralmente comprovado *de imediato* por prova documental pré-constituída, exceto no caso (art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 1. 533/51) de documento em poder de repartição ou do próprio impetrado, hipótese em que deverá ser requisitado, já na inicial. O fato do direito não ser líquido e certo *não impede* que seja defendido por *outros meios judiciais*.

f) O ato de autoridade coatora (geralmente ato administrativo), para se submeter a controle por MS, deve ser *ilegal* (formalmente ilegal) ou *abusivo* (abuso, excesso, desvio de poder ou de competência), no último caso quando a autoridade age contra, a mais, diferentemente, por forma diversa, ou com finalidade diversa do que a lei determina ou permite. O mesmo se aplica a atos “*não administrativos*” de autoridade ou de agente (materiais ou jurídicos), inclusive atos *jurisdicionais* (decisões interlocutórias, terminativas, sentenças ou acórdãos) ou *legislativos* (leis de efeitos concretos).

Quando se impetra pelo justo receio, atual, iminente e devidamente comprovado, de lesão (MS *preventivo*) a decisão se dirige à *abstenção* da prática de ato ou fato.

#### IV) *Cabimento do Mandado de Segurança*

a) *Regra Geral*: é o *cabimento*, contra ato de autoridade, omissão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, seja qual for a autoridade ou agente, desde que haja comprovação de plano da situação alegada.

b) A primeira *exceção* vem da própria instituição do MS pelo art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição Federal: não cabe quando o direito for amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*; quando esse direito não for líquido e certo, demandando portanto dilação probatória; ou não for individual, no sentido de próprio, ou de classe, no caso do mandado de segurança coletivo. A violação a esse direito (por ato ou omissão) devem ocorrer com ilegalidade ou abuso de poder (que também é ilegalidade).

c) *Exceções da Lei 1.533/51*: Não cabe MS de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; de despacho ou decisão judicial quando haja recurso previsto nas leis processuais, ou que possa ser modificado pela via da correição; de ato disciplinar, salvo quando praticado por autoridade incompetente ou com inobservância de formalidade essencial (art. 4º, I, II e III).

As autoridades dos três Poderes praticam atos administrativos (inciso I), inclusive disciplinares (inciso III). Atos judiciais podem ser atos administrativos do Judiciário, atos (também administrativos, *lato sensu*) da jurisdição não contenciosa, e atos jurisdicionais. Mas, obviamente, as situações dos incisos I e III ocorrem mais no âmbito do *Poder Executivo*.

No caso do recurso suspensivo (I), tal efeito deixa subsistente o *status quo*, evitando o prejuízo, na maioria dos casos. Mas, no caso de omissão, a simples previsão de recurso administrativo com efeito suspensivo não impede a impetração imediata.

Já na hipótese de ato disciplinar (que é comum, nos três Poderes, e mesmo nas corporações militares), deve-se deixar claro que o que fica fora do controle jurisdicional por MS é a *faixa discricionária* da punição (justiça ou injustiça, dosagem, etc.). A ilegalidade (p. ex., penalidade inexistente, ou contra a lei) e os vícios nos elementos competência, finalidade e forma (que, como vimos, são vinculados mesmo nos atos discricionários), ensejam o controle por MS. No conceito forma, incluem-se as noções de formalidades e de procedimentos exigíveis.

No âmbito do *Poder Judiciário*, é cabível o MS contra atos *materiais e administrativos*. mas no caso de jurisdição voluntária (subrogação de vínculo, registros, proclamas de matrimônio, inventário não contencioso etc) só cabe, face ao inciso II citado, quando não houver recurso judicial previsto (geralmente há).

No caso de atos *jurisdicionais* (*judiciais* são todos os atos emanados do Judiciário, *jurisdicionais* só as decisões prolatadas em processos judiciais contenciosos), só cabe MS quando o ato não puder ser corrigido por recurso processual ou correição. Mas no caso de ato sujeito a recurso *sem* efeito suspensivo, cabe MS para *atribuir-lhe* esse efeito, se houver *periculum in mora* e for relevante o fundamento do pedido

Contra decisão *transitada em julgado*, é possível o MS nos casos em que se ataca a regularidade *na formação* do julgado (p. ex., suspeição do juiz, incompetência

etc.). E, contra ato jurisdicional *penal*, só é cabível o *writ* se o direito alegado não se relacionar direta e imediatamente com liberdade física individual, caso em que será amparado por *habeas corpus*.

No *Poder Legislativo*, não cabe MS contra “*lei em tese*” (comando geral e abstrato que obriga todos que se enquadrem na hipótese normativa), nos termos da Súmula STF nº 266. Também não cabe contra atos *interna corporis* (decorrentes da aplicação do Regimento Interno, p. ex.), mas só no que concerne à *economia interna* da Instituição: portanto, atos materiais, administrativos, atos administrativos materiais e leis de efeitos concretos (pseudo leis em tese), ou, ainda, regularidade na formação da medida legislativa (inclusive processo legislativo), sujeitam-se ao controle por MS.

d) *Prazo de decadência*: Não cabe MS depois de 120 dias (corridos) contados da data da ciência (por publicação no órgão oficial, ou pessoal, se a lei exigir), pelo interessado, do ato impugnado. Esse prazo decadencial é *fatal*, não se interrompe ou suspende, iniciando-se com tal ciência, mas só quando o ato se torna operante para o Poder Público (p. ex., recursos, efeito suspensivo, condição etc.), com a exceção do MS preventivo, justo receio de ato ainda não praticado.

No caso da *omissão*: se há prazo legalmente estabelecido, é do fim deste que começa a correr o “*dies a quo*”, pois caracteriza-se uma *decisão implícita de rejeição* da Administração; se não há, o prazo decadencial *não se inicia*, embora a Jurisprudência venha reconhecendo que o interessado tem direito a uma manifestação, positiva ou negativa, da Administração. Não é difícil concluir que haverão muitos casos insolúveis.

#### V) *Partes no Mandado de Segurança*:

a) *Impetrante*: é o titular do direito líquido e certo, *individual* (pessoas físicas ou jurídicas com direito próprio, individualizado, órgãos, entidades ou universalidades com capacidade processual) ou *coletivo* (partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituídas, em funcionamento há pelo menos um ano, na defesa de interesses dos associados).

b) *Impetrado*: autoridade coatora, com capacidade decisória, por cuja ordem o ato é praticado ou por cuja omissão não o é. Pode pertencer a qualquer dos três Poderes e partidos políticos, administração direta, indireta, entidades, pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos ou no exercício de atribuições públicas.

O que se exige é que o impetrado tenha competência para *cumprir* ou *fazer cumprir* a ordem judicial que eventualmente venha a ser concedida. Cabem em MS as figuras de *litisconsorte* e *assistente*: a Fazenda Pública *integrará* obrigatoriamente a lide, pois será ela quem suportará o ônus patrimonial decorrente de decisão concessiva.

O *Ministério Público* também é parte, só para velar pela correta aplicação da lei, podendo *nessa matéria* até interpor recursos. Mas o *direito em exame* não é seu, por isso não pode desistir, transigir etc.

VI) *Inicial*: Requisitos do CPC (arts. 282/283), mais os documentos, que devem ser juntados já com a impetração, a não ser se estiverem em poder do coator ou da repartição. Poderá ser indeferida, se não for caso de MS (art. 8º da Lei 1.533/51), ou nos casos do art. 295 do CPC. Recurso contra o indeferimento: apelação

VII) *Liminar*: é a defesa “pronto-socorro” contra a auto-executoriedade do ato administrativo, consistindo em *ordem imediata* de abstenção de ato ou fato, suspensão de seus efeitos, restabelecimento do *status quo*, se houver *periculum in mora*, for relevante o fundamento do pedido e não se verificarem as hipóteses legais de não concessão, como liberação de mercadorias contrabandeadas, concessão de vantagens a servidores etc. (Leis 2.770/56, 4.348/64, 5.021/66, 8.076/90).

É *ato administrativo discricionário* do juiz, não cabendo recurso quanto ao mérito da não concessão. Mas o Tribunal competente para o exame do recurso pode *cassá-la*, nas hipóteses previstas como de interesse público pelo art. 4º da Lei 4.348/64.

VIII) *Sentença*: será de mérito ou de carência da impetração. Sua execução será *in natura*, sem possibilidade de condenação alternativa em perdas e danos. Sujeita-se a toda uma sistemática de recursos prevista na Constituição, leis processuais e de organização judiciária.

No MS fazem coisa julgada *material* (não se pode mais discutir a *relação jurídica*) as sentenças que decidirem o *mérito* ou que pronunciarem a *decadência* ou *prescrição* do *direito* em discussão. A decadência do direito *de impetrar MS* em 120 dias faz coisa julgada apenas *formal* (não se pode mais discutir *no processo* em exame), pois o direito *substancial* pode ser defendido por outra ação judicial. Fazem ainda coisa julgada formal: sentenças de carência de MS, que julgam ilíquido e incerto o direito, que indeferem liminarmente a inicial (art. 8º da Lei 1.533/51), e as terminativas que não apreciam o mérito. A coisa formal não impede ação própria, e nem mesmo, em certos casos, se ainda no prazo decadencial, a impetração de novo MS, ou MS sucessivos (recordem-se os MS para liberação de “cruzados”, no Governo Collor).

A competência originária para julgamento é determinada pelo critério territorial, combinado com funcional: O assunto vem tratado nas Constituições Federal e estaduais, CPC, Código Eleitoral, Lei Orgânica da Magistratura, Lei Orgânica da Justiça Federal, Leis de organização judiciária locais, regimentos internos dos Tribunais, especialmente o RISTF.

## Conclusão

O ordenamento jurídico brasileiro coloca, ainda, à disposição do administrado outros meios de defesa e controle jurisdicional dos atos administrativos, podendo ser utilizados, como ações específicas, o Mandado de Injunção, o *Habeas Data*, a Ação Popular, a Ação Civil Pública<sup>86</sup>, e mesmo, com esse objetivo, a “Ação de

86 ANTONIO AUGUSTO QUEIROZ TELLES, Ob. cit., pp. 384/405.

Inconstitucionalidade por omissão”, constante dos arts. 102/103 da Constituição Federal. Mas limitamo-nos ao exame do Mandado de Segurança, por ser, ao lado das ações ordinárias, o instrumento por excelência do controle externo judiciário dos atos administrativos, de que tratamos neste ítem.

### *Bibliografia*

ABREU, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. Editora Saraiva, 1988.

ARAUJO, Edmir Netto de-*Da convalidação do ato administrativo ilegítimo*. Tese de concurso, FADUSP, 1994.

ARAUJO, Edmir Netto de. *Decisão administrativa e coisa julgada administrativa*. Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, São Paulo, Dezembro de 1989.

ARAUJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. Editora Revista dos Tribunais, 1992.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico. Existência, Validade e Eficácia*. Editora Saraiva, 1986.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. Editora Revista dos Tribunais, 1981.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio-*Elementos de Direito Administrativo*. Editora Revista dos Tribunais, 1987, 1991 e 1992.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Editora Forense, 1969.

BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*. Editora Forense, 1984.

BONNARD, Roger. *Le détournement de pouvoir*. Revue du droit et de la science politique, Vol. 55. Paris.

BONNARD, Roger. *Precis de droit administratif*. Ed. Sirey, Paris, 1935.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais de Direito Administrativo*. Editora Forense, 1977.

CAETANO, Marcello. *Tratado elementar de Direito Administrativo*. Coimbra Editora, Coimbra, 1943.

CAMMEO, Federico. *Corso de diritto amministrativo*. edição litografada, Florença, 1928.

CHAVES, Antonio. *Enciclopédia Saraiva de Direito, vol. 13*. Editora Saraiva.

CRETELLA JR., José-*Controle jurisdicional do ato administrativo*. Editora Forense, 1992.

CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense, 1987.

CRETELLA JR., José. *Direito Administrativo Brasileiro-Vol. I*. Editora Forense, 1983

CRETELLA JR., José. *Do ato administrativo*. Editora José Bushatsky, 1977.

CRETELLA JR., José. *Dos atos administrativos especiais*. Editora Forense, 1995.

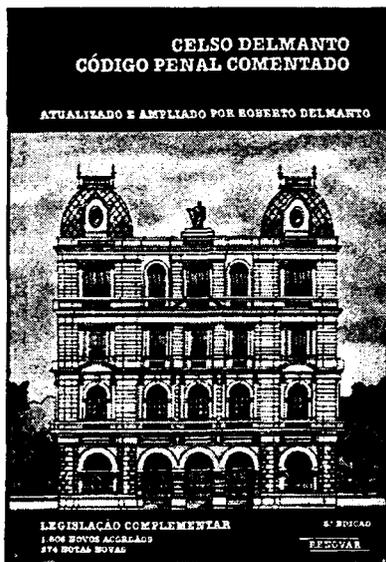
CRETELLA JR., José. *Os “writs” na Constituição de 1988*. Editora Forense Universitária, 1989.

- CRETELLA JR., José. *Sintomas denunciadores do desvio de poder*. Revista da Procuradoria Geral do Estado, São Paulo, 1976.
- CRETELLA JR., José. *Tratado de Direito Administrativo, Vol. II*. Editora Forense, 1966.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Editora Atlas, 1994.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, 1ª vol.* Editora Saraiva, 1986.
- FERRAZ, Sérgio. *Mandado de Segurança (individual e coletivo) Aspectos Polêmicos*. Malheiros Editores, 1992.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo Dicionário Aurélio*. Editora Nova Fronteira, 1990.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *A autoridade coatora e o sujeito passivo do mandado de segurança*. Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- FONSECA, Tito Prates. *Direito Administrativo*. Livraria Freitas Bastos, 1939.
- FRAGOLA, Umberto. *Gli atti amministrativi*. Unione Tipografico Editrice Torinese, Turim, 1952.
- GIANNINI, Máximo Severo. *Corso de diritto amministrativo, Vol. III*. Ed. Giuffrè, Milão, 1967.
- GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Ato administrativo inexistente*. Editora Revista dos Tribunais, 1980.
- JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Ed. Giard & Brière, Paris, 1936.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Livraria Martins Fontes, 1985.
- MASTROPASQUA, Salvatore. *La conversione degli atti amministrativi*. Tipogr. Baldazzi, Roma, 1967.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Editora Revista dos Tribunais, 1984, e Malheiros Editores, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data"*. Malheiros Editores, 1992.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil — Parte Geral*. Editora Saraiva, 1968.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense, 1989.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, Vol. IV*. Editora Borsoi, 1954.
- RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*. Editora Saraiva, 1988.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Editora Almedina, Tradução de Rogério Erhardt Soares, Coimbra, 1981.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, Vol. I*. Editora Saraiva, 1981.
- SANTI ROMANO, *Anullamento degli atti amministrativi*. Novissimo Digesto Italiano, Unione Tipografica Editrice Torinese, Turim, 1958.
- STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des actes administratifs, Vol. I*. Librairie de Droit et Jurisprudence, Atenas, Paris, 1973.
- TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. Editora Saraiva, 1975.

TELLES, Antonio Augusto Queiroz. *Introdução ao Direito Administrativo*. Editora Revista dos Tribunais, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. Editora Saraiva, 1978.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. Editora Revista dos Tribunais, 1990.



Ref. 0008  
Cartonado  
850 págs.  
Form. 16x23  
1991

# CÓDIGO PENAL COMENTADO

*Celso Delmanto*

Um instrumento de trabalho que serve, ao mesmo tempo, tanto para o estudo da matéria, como para a aplicação prática do Direito Penal. Toda a parte especial do Código Penal (arts. 121 a 361) foi adaptada à nova filosofia e aos recentes institutos criados pela reforma penal de 1984 e os comentários da parte geral foram totalmente reescritos e nela incluídas as noções básicas necessárias ao estudo e prática do Direito Penal.