

**A&C**  
***Revista de Direito***  
***Administrativo & Constitucional***

**Ano 2 – N. 7**

**1ª edição – 2ª tiragem**



**EDITORA AFILIADA**

---

Visite nosso *site* na Internet  
[www.jurua.com.br](http://www.jurua.com.br)  
e-mail:  
[editora@jurua.com.br](mailto:editora@jurua.com.br)

---

ISSN: 1516 – 3210



**Matriz / Curitiba:** Av. Munhoz da Rocha, 143 - Juvevê  
CEP: 80.035-000 - Fone: (0--41) 352-1200 - Fax: 252-1311  
**Representação / Rio de Janeiro:** Excelência Assessoria Editorial  
Av. Rio Branco, 257 gr. 410/12 – CEP: 20040-009 - Fone: (0--21) 220-2096

**Editor:** José Ernani de Carvalho Pacheco

---

R454 Revista de Direito Administrativo & Constitucional.  
/1ª ed., 2ª tir./ Curitiba: Juruá, 2002.  
228 p.

1. Direito Administrativo – Periódicos. 2. Direito  
Constitucional – Periódicos. I. Título.

CDD 342  
CDU 342.951

---

# O ATO ADMINISTRATIVO E RELAÇÃO JURÍDICA ADMINISTRATIVA

*Rogério Leal<sup>1</sup>*

---

## 1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente ensaio pretende abordar o tema do ato administrativo a partir de uma perspectiva crítica e social, no sentido de concebê-lo como elemento integrador de uma ação política e pública do Estado ou de quem faz as vezes dele, tendo, assim, os interesses comunitários como referência necessária à avaliação de sua legalidade e legitimidade. Tal abordagem implica uma revisão de posicionamentos da doutrina e casuística sobre a matéria, em especial no Brasil.

## 2 FENÔMENO, FATO E ATO JURÍDICO: UMA PERSPECTIVA DA CIVILÍSTICA CLÁSSICA

É comum termos no âmbito da Teoria do Direito Positivo uma preocupação em demarcar, através de conceitos pretensamente precisos e claros, os sentidos dos signos jurídicos, tanto em nome da construção de uma linguagem adequada à ciência a que ela diz respeito, como também em face da função ordenadora a que se propõe.

Na verdade, em termos históricos, desde o século XV até o XVII, a ciência jurídica vai contar com o que se denominou de Era do Direito Racional, caracterizando-se pela influência dos sistemas racionais na teoria jurídica. *Auctoritas* e *Ratio* haviam dominado o pensamento jurídico medieval cujo caráter dogmático assinala um

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito, advogado e professor universitário junto à Universidade de Caxias do Sul, UNISINOS e UNISC.

respeito pelos textos a serem interpretados como pontos de partida das séries argumentativas.

O saber jurídico europeu moderno, por exemplo, embora tendo como escopo fundante a ordenação das relações sociais no presente, nasceu a partir do apego a textos de épocas passadas, investigados e estudados por meio de formalismos filológicos<sup>2</sup>.

Já referimos em trabalhos anteriores que, desde a Idade Moderna, tem imperado na produção do conhecimento jurídico ocidental o que denominamos de argumentos de autoridade dogmática, sustentado por uma lógica interna ao sistema jurídico que emerge de sua natureza técnico-formal. A lei, a partir desta perspectiva (kelseniana), dá lugar a um formalismo normativista que não se preocupa tanto com o conteúdo das normas, mas fundamentalmente com a sua forma técnico-jurídica. Em outras palavras, a ciência jurídica moderna se abstrai dos conteúdos e da análise valorativa das normas para recuperar a estrutura dogmática do Direito na sua pura forma. Podemos admitir que aqui se tonifica o processo de laicização do discurso jurídico e a matriz de dogmaticidade do direito contemporâneo<sup>3</sup>.

Em outras palavras, a teoria jurídica européia, que até então era caracterizada por se fundar em uma teoria da exegese e da interpretação de textos singulares, passa a receber um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura dominou e mesmo domina os códigos e comportamentos jurídicos contemporâneos<sup>4</sup>.

Assim, a Teoria do Direito na modernidade, se de um lado quebra o elo entre a jurisprudência e o procedimento dogmático fundado na autoridade dos textos romanos, de outro, não rompe

---

<sup>2</sup> Neste sentido a obra de KANTOROWICZ, Hermann. **Las épocas de la ciencia del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 35. Com esta situação, o humanismo renascentista modifica a legitimação do Direito Romano, purificando e refinando o método da interpretação dos textos e, com isto, abre as portas para a entrada da ciência moderna na teoria jurídica.

<sup>3</sup> Abordamos este tema em nosso livro: LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e Direito: considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999, 2. ed.

<sup>4</sup> Talvez um dos marcos históricos mais importantes desta fase venha a ser o Código Napoleônico de 1804.

com o caráter dogmático que, ao contrário, tenta aperfeiçoar ao dar-lhe uma qualidade de sistema que se constrói a partir de premissas, cuja validade repousa na sua generalidade racional, indicadora dos padrões éticos eleitos.

Configura-se, assim, o caminho para a ciência jurídica no estilo moderno, como um procedimento empírico-analítico, num sentido eminentemente pragmático, em que os modelos do Direito Natural são entendidos não como hipóteses científicas a verificar, mas como um exemplo, um paradigma que se toma viável na experiência. A Teoria do Direito consegue, a par disso, transformar o conjunto de regras que compõem o direito em regras técnicas controláveis na comparação das situações vigentes com as situações idealmente desejadas.

*O teórico do direito, como alguém capaz de reproduzir em laboratório – na sua razão – o próprio direito, o qual assume a forma de um sistema de enunciados cabais e que funcionam politicamente, toma uma nova função. A reconstrução racional do direito, que passa a ser entendido como um conjunto, um sistema de enunciados respaldados na razão, adquirindo validade por meio de uma posição divina, põe-se a serviço de um processo de conexão entre **dominium** e **societas**, a unidade do Estado e a sociedade, que ocorre entre os séculos XVI e XVII, o que equivale à burocratização do domínio nos modernos aparelhos estatais<sup>5</sup>.*

Esse cenário de idéias só contribui para negar ao Direito sua natureza fenomênica, pois o direito reconstruído racionalmente – no âmbito da matriz teórica referida – não reproduz a experiência concreta do direito na sociedade, criando uma distância entre a teoria e a práxis, o que oportuniza o debate sobre a cientificidade ou não do conhecimento jurídico bem como o surgimento de reflexões políticas e filosóficas ponderando que o direito se afigura como um fenômeno histórico, sujeito às contingências da cultura de cada povo.

A despeito de não ter fim o debate de temas tão polêmicos, insistimos com a tese de que o direito é uma força cultural. Sua

---

<sup>5</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 69. Esta reconstrução racional equivale a uma espécie de física geral da socialização.

função histórica é de impor normas de conduta ou padrões de comportamento social sobre a vontade individual. Cada norma isolada tem de ser explicada e elucidada, porque muito freqüentemente elas aparecem em formas obscuras. As diferentes normas têm de ser colocadas em correlação umas com as outras, porque seu verdadeiro significado aparece, regra geral, somente por comparação e contraste; ademais, as normas de conduta incluídas no direito não são algumas vezes expressas diretamente, mas somente mencionadas indiretamente em outras normas, ou mesmo, elas possuem conotações das mais diversas (ideológicas, políticas, econômicas etc).

De qualquer sorte, algumas categorias clássicas do Direito são instituídas a partir da preocupação racionalista referida, tal como a de fato e ato jurídico, já que elementos constitutivos da relação jurídica *lato sensu*<sup>6</sup>.

Por mais que a dogmática jurídica positivista tente negar ou diminuir a natureza fenomênica das relações jurídicas e dos instrumentos normativos, a sua historicidade revela que os fatos jurídicos são necessariamente sociais, sejam eles singelos e rotineiros, ou relevantes ao convívio social, contando com a participação, voluntária ou não, de diversos atores/interlocutores e conformando o plexo societal que caracteriza cada cenário comunitário específico<sup>7</sup>.

Veja-se que, também desde a Idade Moderna, o princípio da liberdade – mais do que o da igualdade – tem imperado no meio político e social regulado pela lógica do mercado, aplicando-se fundamentalmente à capacidade laboral e negocial do *homo faber*, enquanto artífice de uma nova história calcada na produção e crescimento econômico, a fim de abandonar tempos de escassez de recursos e de marginalidade social<sup>8</sup>. Com esse *espírito*, importa assegurar ao homem livre todas as condições para o seu desenvolvimento, o que significa – ao menos nos primeiros passos da filoso-

---

<sup>6</sup> Por óbvio que não se compreende essa relação enquanto fenômeno, acontecimento humano que está, ou não, vinculado à vontade humana e que é alcançada por regras sociais institucionalizadas ou não, mas como matéria inteiramente regulada/controlada pela norma.

<sup>7</sup> Nesse sentido ver o texto de SALDANHA, Nelson. *Velha e Nova Ciência do Direito*. Recife: Editora da Universidade de Recife, 1974, p. 20 e s.

<sup>8</sup> Nesse sentido a obra de HOBBSAWM, Eric. *O Mundo do Trabalho*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

fia liberal clássica – estar ele obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo somente em virtude de lei, enquanto que para o Estado Liberal a lógica é inversa, sendo autorizado a agir somente quando permitido por lei.

Assim é que se pensa, nesse período e com tais pressupostos, garantir o maior grau e amplitude de facilidades para a maximização daquele projeto, liberando as ações de mercado de exigências e formalidades desnecessárias. Por certo que há aqui uma base filosófica bem elaborada no sentido de concepção de homem e de mundo que tem como centro de irradiação a capacidade humana de criar, transformar e evoluir a sua espécie, o que justifica a inexistência, o máximo possível, de amarras e obstáculos a tal mister.

Entretanto, como se impõem à natureza humana algumas limitações naturais e sociais de comportamentos individuais, em face exatamente de assegurar a adequada ordem, harmonia e segurança social, para que *todos* possam usufruir do mercado, tanto a filosofia como a teoria do direito modernas concordam com a necessidade de as relações humanas contarem com uma regulação (para uns máxima, para outros mínima)<sup>9</sup>.

É assim que um conceito preliminar de fato jurídico vai dizer respeito à demarcação normativa de uma possibilidade fática, um *vir-a-ser* no mundo das relações sociais, que se transformará em direito após a ocorrência da possibilidade prevista, que converte a potencialidade de um interesse em um direito individual<sup>10</sup>.

Pontes de Miranda traz, em face do que até agora foi explanado, um conceito bastante claro sobre a matéria:

*Já vimos que o fato jurídico é o que fica do suporte fático suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. Tal precisão é indispensável ao conceito de fato jurídico. Vimos, também, que no suporte fático se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contém fatos jurídicos. Fato*

---

<sup>9</sup> Para não nos estendermos muito aqui em referências bibliográficas outras, podemos citar as contribuições de Imanuel Kant e Hans Kelsen como referências teóricas dessa perspectiva.

<sup>10</sup> Nesse sentido PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 37. Ainda aqui sem qualquer consideração eficaz sobre o fato em si.

*jurídico é, pois, o fato ou o complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimanava, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanava, eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade*<sup>11</sup>.

Nesse diapasão é que a doutrina civilista tem insistido na tese de que o *fato jurídico* é constituído, em face do próprio nome, por um *fato*, ou seja, uma eventualidade de qualquer espécie, que se erige em causa atuante sobre o direito, e por uma *declaração do ordenamento jurídico* que atribua *efeito* àquele acontecimento. Sem tal *declaração*, o fato não gera direito (subjeto); sem o acontecimento, a lei permanece em absoluto estado de mera potencialidade<sup>12</sup>.

Na dicção científicista de Carnelutti, os fatos em sentido estrito são aqueles que contam com causa exterior, conforme são ou não dependentes da vontade humana. Assim,

*A vontade é a aptidão do pensamento para constituir a causa e uma modificação exterior. Esta aptidão manifesta-se na medida em que o pensamento atinge a tensão necessária para determinar a sua descarga na ação, isto é, para desferir uma força física capaz de vencer uma resistência, ou em outros termos, para pôr o corpo em situação de realizar tal capacidade. Por tal razão, a vontade pode contrapor-se, como força humana causal, à força humana vital*<sup>13</sup>.

No desenvolvimento de seu raciocínio, ainda aduz o autor italiano que, na linguagem jurídica, os fatos nominados de voluntários se afiguram como verdadeiros atos – *agere* –, destacando exatamente o homem como causador de uma ocorrência na realidade social. Aos fatos não voluntários, os chama simplesmente de fatos.

<sup>11</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. V. I. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 82.

<sup>12</sup> Nesse sentido PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. I, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

<sup>13</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Generale del Diritto**. Milano: Dallosio, 1997, p. 84. Tradução nossa.

Com tais elementos podemos entender, à luz dos referenciais dogmáticos ora utilizados, que do tão só direito objetivo (norma jurídica posta) não defluem direitos subjetivos, eis que necessária uma *força* de propulsão nominada de fato jurídico – *lato sensu* – para viabilizar o plano de existência da norma/direito<sup>14</sup>. É este fato que, ancorado no direito objetivo, oportuniza a institucionalização da relação jurídica, submetendo determinado interesse/objeto ao poder/disposição de um sujeito de direito. Eis a configuração do direito subjetivo<sup>15</sup>.

Ao lado desses fatos jurídicos *lato sensu*, podemos vislumbrar ensaios jurídicos doutrinários – de igual forma científicas – dando conta de outra modalidade de fatos jurídicos, a saber os *stricto sensu*, enquanto modalidades de fatos que se apresentam como independentes do elemento volitivo humano, mas produtor de efeitos previstos pela norma jurídica<sup>16</sup>.

*A doutrina privativista, que construiu a teoria do fato jurídico, costuma referir, antes da aludida classificação, aquela que aparta os suportes fáticos em naturais e humanos, considerada a mais relevante de todas. Correspondem os primeiros aos fatos jurídicos em sentido estrito.*

---

<sup>14</sup> Ver GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Forense: Rio de Janeiro, 1996, p. 228.

<sup>15</sup> Importa referir que o tema dos direitos subjetivos não é novo no debate jurídico ocidental. Lembra-nos CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos Atos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 17 e s., que o direito subjetivo ora tem sido concebido como um poder, manifestação da vontade, concedido pela ordem jurídica (Windscheid); ora deduzindo que é o interesse e não a vontade que constitui o substrato desse direito, configurando-se como um interesse juridicamente protegido por uma ação, um meio coercitivo – Estado (Ihering); ora ainda como um poder da vontade humana que, reconhecida e protegida pela ordem jurídica, tem por escopo um bem ou um interesse (Jellinek). Assim, há no mínimo três elementos configuradores do direito subjetivo: vontade, proteção jurídica e interesse.

<sup>16</sup> Não pretendendo nos alongar nesse tema, podemos apresentar como exemplificação os fatos jurídicos nominados de ordinatórios (morte, nascimento, maioridade, prescrição aquisitiva etc); extraordinários (caso fortuito ou força maior, caracterizados pela inevitabilidade do evento e ausência de culpa na produção do ocorrido). Conforme LOPES, Miguel Maria Serpa. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, p. 361.

to; os segundos, aos atos jurídicos. Para que um fato entre na última categoria reclama-se seja voluntário<sup>17</sup>.

Explicitada a noção de fato jurídico, decorre dele o conceito de ato jurídico (*lato e stricto sensu*<sup>18</sup>), enquanto exteriorização consciente da vontade dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não-proibido<sup>19</sup> e possível<sup>20</sup>.

Seguindo a orientação dos civilistas ocidentais modernos, podemos, pois, afirmar que não são todas as ações humanas que constituem *atos jurídicos*, mas tão-somente aquelas que traduzem conformidade – ou desconformidade<sup>21</sup> – com a *ordem jurídica* vigente. Veja-se que, aqui, a vontade individual tem o poder de instituir resultados ou gerar efeitos jurídicos, sendo os *atos jurídicos* – enquanto expressão volitiva das partes – verdadeiras *fontes de direitos*.

Conclui-se, pois, que todo o *ato jurídico* se origina de uma emissão de vontade, mas nem toda a declaração de vontade constitui um *ato jurídico*. De qualquer sorte, é através da autonomia da vontade em conformidade com a lei que o indivíduo – *homo faber* – é livre para criar direitos e contrair obrigações, sempre *ex lege*,

<sup>17</sup> ALBUQUERQUE, Ronaldo de Medeiros e. Ato Administrativo, Ato-Fato Administrativo. In *Revista Trimestral de Direito Público*. V. 23. Malheiros: São Paulo, 1998, p. 56.

<sup>18</sup> Tradicionalmente, o ato Jurídico *lato sensu* tem sido entendido como abrangendo tanto as ações humanas obedientes à ordem constituída – determinantes de conseqüências *ex lege* – desejadas ou não, quanto aquelas declarações de vontade com escopo determinado, hábeis a produzir efeitos jurídicos predeterminados. A esta segunda categoria, constituída de uma declaração de vontade dirigida no sentido da obtenção de um resultado, é que a doutrina mais festejada chama *ato jurídico stricto sensu* e a moderna, de *negócio jurídico*. Nesse sentido as obras mais clássicas do Direito Privado brasileiro, já referidas anteriormente.

<sup>19</sup> Destaca-se aqui o princípio da liberdade de agir ao indivíduo, enquanto *homo faber*, garantida pela economia de mercado vigente. A lógica para o Estado é inversa, como já referimos.

<sup>20</sup> Conforme MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 116.

<sup>21</sup> O ato ilícito se afigura também como ato jurídico, pois vem albergado no sistema jurídico, mesmo que de forma negativa, enquanto repreendido por ele.

em nome da ordem pública (entenda-se a ordem estabelecida pelo mercado), com escopo de viabilizar *a vida em sociedade*<sup>22</sup>.

É de se notar que é a própria legislação, no caso brasileiro, que internaliza tal perspectiva conceitual de ato jurídico, necessariamente dirigido à obtenção de um resultado protegido ou não vedado pelo ordenamento vigente (lícito e possível). Nesse sentido, a dicção do art. 81 do Código Civil pátrio, asseverando que *todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico*.

A despeito de a disposição normativa não tratar objetivamente do elemento volitivo do ato jurídico, apenas realçando os requisitos de sua externalidade, importa reconhecer que esse também pode produzir efeitos jurídicos, principalmente, por exemplo, quando afeta a própria manifestação da vontade (haja vista o tema dos vícios do consentimento). Compreende, pois, o caráter de licitude do ato exatamente a conformidade que ele mantém com o ordenamento válido e vigente. Sobre o assunto, assim se manifesta Carvalho Santos:

*Para que a manifestação da vontade colha a figura de ato jurídico, é preciso que a declaração parta de agente capaz, recaia sobre objeto lícito e se produza em forma prescrita ou não defesa em lei. A simples vontade ou resolução não bastam, para que o ato exista: será necessário que essa deliberação se manifeste de modo válido. Mas, justamente para que essa declaração se realize validamente é que se requerem capacidade, o objeto lícito e a forma*<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> A forma extremada de abstração desses conceitos faz que as questões atinentes à sua concretude social desconsiderem os elementos conjunturais do cotidiano, que efetivamente explicitam as profundas diferenças materiais que atingem os sujeitos de direito alcançados pelo sistema e ordenamento jurídico.

<sup>23</sup> SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985, p. 266. Vide art.82 do Código Civil Brasileiro. Os tribunais brasileiros têm dado relevo para estas questões, principalmente quando elas dizem respeito a quaisquer tipos de nulidades (CCB, arts.145 e 147): *COMPRA E VENDA – BENS DE MENORES – FORMALIDADE ESSENCIAL – DEPÓSITO DO PREÇO E ASSISTÊNCIA DO MP – DESCUMPRIMENTO – NULIDADE – EFEITOS – CC, ARTS. 82 E 130 – É nulo o contrato de compra e venda de imóvel de propriedade de menor, em razão da inobservância de formalidade essencial, prescrita em decisão judicial: o depósito do preço em cader-*

Daí é que diferem os institutos do ato *stricto sensu* e do negócio jurídicos. Este assenta-se na idéia de um pressuposto de fato ou querido pela vontade de um sujeito de direito albergada pelo ordenamento vigente e válido, centrado, portanto, na cognição volitiva do agente propulsor do negócio, surtindo direitos e obrigações consecutórias<sup>24</sup>. De outro lado, o ato jurídico ora referido se apresenta como não-negocial, pois a vontade que lhe dá origem tão-somente se adapta à modalidade jurídica permissiva, respeitando os ditames expressos pela norma, o que minimiza a autonomia da vontade dos interessados.

Cumprido avaliar, então, se os conceitos até agora apresentados se prestam para o enfrentamento do conceito e operacionalidade contemporânea do ato administrativo.

### 3 ATO JURÍDICO E ATO ADMINISTRATIVO

A tarefa de conceituar o ato administrativo não é das mais fáceis, tanto em razão do que a doutrina mais tradicional disciplina, como em face das formas mais variadas com que os operadores do direito o vêm tratando, em regra como uma tão-somente espécie do gênero ato jurídico (sob a perspectiva tratada pelo direito privado).

Lucia Valle Figueiredo demarca um conceito bastante preliminar de ato administrativo ao dizer:

Ato administrativo é a norma concreta, emanada pelo Estado, ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações

---

*neta de poupança e a assistência do MP. A nulidade do primeiro ato invalida os atos subsequentes de transmissão de domínio, inclusive a hipoteca constitutiva de ônus, ressalvando-se indenização a terceiros de boa-fé. Relevância do princípio forma dat esse rei, positivado nos arts. 82 e 130, do CC. (TRF 1º R. – AC 89.01.00504-2 – MG – 3º T. – Rel. Juiz Vicente Leal – DJU 03.12.92) (RJ 187/79).*

<sup>24</sup> Por óbvio que a validade do *negócio jurídico* está na contingência de se sujeitar ao que a lei prescrever e evitar o que ela positiva como defeso. É na falta de uma ou outra imposição que as partes estão livres a transigir, porém, desrespeitando as mesmas, uma vez exigidas, provocarão a *nulidade* ou a *anulabilidade* do *negócio jurídico*, nos termos dos já citados arts. 145 e 147 do Código Civil Brasileiro.

jurídicas entre este (o Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário<sup>25</sup>.

Veja-se que este conceito de Ato Administrativo contempla não somente os atos praticados pelo Executivo, Legislativo e Judiciário, mas também aqueles atos praticados no exercício de função administrativa, como os levados a cabo pelos delegados de serviço público, o que, de uma certa forma, já vem contemplado pelo amplo alcance dado à responsabilidade do Estado no parágrafo sexto do art.37 da Constituição Federal de 1988<sup>26</sup>.

De outro lado, seria despiciendo fazer aqui a distinção entre fato administrativo e ato administrativo, matéria já exaustivamente explorada pelo direito privado e anteriormente que, em certa medida, pode ser aplicada para esta ocasião<sup>27</sup>, porém, somente em certa medida.

A partir do que já referimos, a natureza fundacional do ato jurídico como elemento nuclear do objeto do conhecimento e da normatividade jurídica, desde os Romanos, sempre esteve ligado à idéia de manifestação da vontade e disponibilidade dos interesses envolvidos nesse ato, enquanto que o ato administrativo, na condição mesmo que preliminar de comportamento do Estado/governo, obedeceu (também em nível de história) a uma outra lógica: à do Poder Político (não raro representante dos interesses comunitários)<sup>28</sup>.

De pronto, assim, podemos perceber – ao menos no âmbito de nossa abordagem<sup>29</sup> – uma distinção de natureza que pode ser destacada entre o ato jurídico e o ato administrativo, pois o pri-

---

<sup>25</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros: São Paulo, 1998, p. 125.

<sup>26</sup> A jurisprudência pátria vai nesse sentido:

<sup>27</sup> O trabalho de ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo**. *Op. cit.*, ressalta muito as diferenças do ato e do fato administrativo, no que tange aos seus aspectos volitivos e de ajustes entre as partes.

<sup>28</sup> A despeito dos índices e formas de exclusão social que isso, por vezes, implicava. Nesse sentido ver o texto de BORDEAU, Ferdinand Dietrich. **Histoire du droit administratif**. Paris: PUF, 1997, p. 234-235.

<sup>29</sup> Importa lembrar que tal abordagem, de forma absolutamente consciente de nossa parte, diz respeito às finalidades e mesmo origens que defendemos possuir o Estado e a Administração Pública enquanto tal, e em especial no Brasil.

meiro tem como pressuposto constitutivo a deliberação de vontade de um sujeito de direito sobre objetos/interesses que podem receber destinação/finalidade consoante suas manifestações volitivas, desde que não violem norma jurídica válida e vigente. Enquanto isso, o ato administrativo conta com outro pressuposto de base, a saber, institucional, voltado à natureza do poder político e seu exercício<sup>30</sup>, a despeito de também estar vinculado à dicção normativa válida e vigente.

Tal distinção, todavia, não autoriza a tese de que carecem de vontade os atos estatais administrativos. Pelo contrário, eis que

*O Estado exerce as suas funções através de manifestações de sua vontade, quer em relação a outras pessoas públicas, quer em relação aos particulares, pessoas de direito privado, e nesta qualidade se apresenta como parte nas relações jurídicas que daí decorrem*<sup>31</sup>.

Entretanto, a vontade a que se refere o Estado vem já demarcada pelo interesse que a funda, autoriza e lhe dá legitimidade, a saber: o interesse público, aqui enquanto equivalente ao interesse da comunidade (corpo vivo de todos os cidadãos, e não de parte deles). Na perspectiva institucionalista do autor, tais interesses devem estar insertos no sistema jurídico vigente, constituindo um

---

<sup>30</sup> É de se assinalar que não estamos ainda abordando o tema desses institutos sob a perspectiva da Idade Moderna, mas no plano mesmo da história geral de conformação do conceito de ato jurídico e ato administrativo. Com tal postura, não concordamos que a matéria só tenha recebido tratamento no Estado Moderno, como quer OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O pressuposto lógico do ato administrativo. *In Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 19. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 81, mas esteve presente sempre que se discutia o problema do exercício do poder no Ocidente.

<sup>31</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 22. Destacamos, aqui, a consciência da concepção demasiadamente institucionalista de Cavalcanti, pois, em outra passagem, aduz que: *a noção de direito subjetivo é puramente metafísica, não tem reflexo na realidade, nem na ciência positiva. A existência de um sujeito, titular de um direito, emana do direito objetivo. A posição do sujeito, na relação jurídica é passiva diante da norma legal, da regra de direito*. p. 20. Por óbvio que com tal compreensão do fenômeno jurídico, as conclusões do autor vão na direção de que centra-se no Estado a competência de demarcação do que é possível reconhecer como direito subjetivo a ser tutelado pela ordem jurídica.

plexo de prerrogativas/direitos nominados de *direitos subjetivos públicos*<sup>32</sup>.

Significa dizer, com Alessi, que os atos administrativos – caracterizados aqui como estatais – se de um lado dizem respeito aos comportamentos oficiosos da Administração Pública, na condição de detentora do *ius imperii*, de outro lado, apresentam-se como condutas (omissivas ou comissivas), instrumentos e mecanismos necessários à persecução dos interesses públicos previamente dispostos pelas normativas institucionais – constitucionais e infra-constitucionais<sup>33</sup>.

A par desse conceito amplo de ato administrativo, somos obrigados a reconhecer que medidas como os regulamentos administrativos, os atos políticos dos agentes públicos, os atos internos e os praticados pelo Estado ou seus representantes, regidos pelo direito privado, também se apresentam como suscetíveis de enquadramento na condição de ato jurídico<sup>34</sup>.

Importa frisar, todavia, até em termos de responsabilidade agravada do Estado, que, no conceito de ato ora esposado, inclui-se também o ato ilícito, principalmente no que tange aos seus efeitos.

Nessa direção toma relevo o conceito moderno de Ato Administrativo, pois, pelo fato de produzir efeitos protegidos pelo sistema jurídico ou ter condições para tanto, é que a sua sindicabilidade pelo Poder Judiciário vem tomando maior relevo<sup>35</sup>, flexibilizando um conceito ortodoxo e rígido da teoria dos freios e contrapesos tão festejada pela cultura jurídica ocidental. De tal sorte, o comportamento administrativo tipificado como ato oficioso não tem o condão de eternizar a medida levada a cabo pelo Poder Pú-

---

<sup>32</sup> Como quer BONARD, Roger. *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*. Paris: Dalloz, 1979, p. 63, esses direitos se apresentam como resultado do enfrentamento que ocorre entre interesses privados e interesses sociais, estabelecendo uma relação de prioridade entre os interesses gerais sobre os individuais.

<sup>33</sup> ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. *Op. cit.*, p. 274.

<sup>34</sup> Alertamos para este fato em face de existirem alguns posicionamentos administrativistas no sentido de conceberem tais atos com natureza distinta da do ato administrativo, eis que constituíam ato abstrado e geral. Nesse sentido o trabalho de OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *O pressuposto lógico do ato administrativo*. *Op. cit.*, p. 84.

<sup>35</sup> Nesse sentido a jurisprudência:

blico, mas o sujeita à revisibilidade pelo judiciário, nos termos do inc. XXXV do art.5º da Constituição Federal<sup>36</sup>.

No que diz respeito à perfeição, validade e eficácia do ato, estes conceitos e efeitos são inconfundíveis. O ato perfeito é o que já existe no mundo jurídico eis que esgotou o seu ciclo de formação, necessariamente previsto em norma jurídica cogente<sup>37</sup>. A validade do ato, por sua vez, tem a ver com os aspectos de justiça às disposições normativas vigentes e apropriadas para o caso.

A eficácia, por fim, é o momento em que o ato encontra-se em condições de produzir todos os seus efeitos, ou seja, o ato não está sujeito a qualquer tipo de controle prévio (de legalidade ou de mérito), e tampouco está dependendo de condição suspensiva, termo ou encargo<sup>38</sup>.

De qualquer sorte, a despeito do alto grau de tecnicidade dado a tais particularidades do Ato Administrativo, ainda resta um campo de subjetividade que possibilita ao intérprete da norma e do ato redefini-lo no âmbito das possibilidades de sua concreção.

#### 4 TRANSPARÊNCIA E PUBLICIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO: CONDIÇÕES DE LEGITIMIDADE

A Carta Política brasileira em vigor, em seu art. 37, *caput*, constitucionalizou a moralidade, cognada com a publicidade, dos atos e decisões administrativos. Esta, a publicidade, é mero corolário daquela, a moralidade. Sem a obrigatoriedade da publicação daquilo que realiza a Administração, seriam inócuas não só a juridicização da moralidade, elevada à condição de princípio constitucional, como inúmeras outras providências, e um verdadeiro instrumental de natureza processual postos à disposição da sociedade, a que a Constituição Federal outorga a fiscalização da atividade administrativa.

<sup>36</sup> Que dispõe: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

<sup>37</sup> Ver o trabalho de CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos Atos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

<sup>38</sup> Neste sentido também disciplina FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. *Op. cit.*, p. 129.

É de se destacar que a publicidade preconizada é corolário do direito de informação (art. 5º, XXXIII), porquanto, pela dicção do preceito constitucional, todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações do seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade.

Conforme Geraldo Ataliba<sup>39</sup>, toda pessoa, todo cidadão tem direito a informar-se e, portanto, saber as coisas que estão sendo decididas pelo Estado. Daí a fundamentação política e jurídica da publicidade como critério de transparência dos atos do Poder Político (de todo ato administrativo).

Veja-se que não só a todos é assegurado acesso à informação (CF, art. 5º, XIV) como, evidentemente, de modo especial, informações ligadas aos negócios públicos, às atividades dos servidores públicos, seja qual for a esfera federativa ou os agentes públicos envolvidos.

A publicidade transformou-se, assim, em condição de legalidade e legitimidade dos atos e das decisões administrativas. Antes da publicação, os atos e decisões inexistem; sem a publicação e com a completude indispensável ao conhecimento da sociedade, como um todo, são ineficazes, nulos, sem qualquer efeito jurídico<sup>40</sup>. E quando se interligam aos atos as decisões administrativas, é porque estas estão contidas no preceito constitucional (art. 37), já que o que a Lei Maior pretendeu preservar não foram algumas mas a totalidade das atividades da Administração Pública.

O princípio da publicidade, dessa forma, obriga a Administração Pública a expor todo e qualquer comportamento que lhe diga respeito e que não verse sobre aquelas matérias cujo *sigilo seja imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado*. É esse princípio que confere certeza às condutas estatais e segurança aos administrados.

---

<sup>39</sup> ATALIBA, Geraldo. Eficácia do Ato Administrativo. *In Revista de Direito Público*, n. 99, p. 18-19.

<sup>40</sup> Conforme SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

A publicidade resulta, no Estado Democrático Brasileiro, do princípio popular segundo o qual, sendo o poder do povo (CF/88, art. 1º, parágrafo único) e, conseqüentemente, sendo o Estado o próprio povo reunido e constituído sob determinado modelo de Direito, para atingir seus objetivos definidos sistematicamente, tudo o que a pessoa estatal faça ou deixe de fazer, enfim, todos os seus comportamentos, deve ser do conhecimento público.

Considerando-se que a democracia que se põe à prática contemporânea conta com a participação direta dos cidadãos, especialmente para efeito de fiscalização e controle da juridicidade e da moralidade administrativa, há que se concluir que não se pode cuidar de exercerem os direitos políticos sem o conhecimento do que se passa no Estado<sup>41</sup>.

Não se podem aceitar assim, decisões administrativas implícitas ou secretas, ou, ainda, eivadas de omissões ou incompletudes que as tornem incompreensíveis, em seu conteúdo, à coletividade. Se o objetivo maior da publicidade é o de levar ao conhecimento de todos os cidadãos o que se realiza no âmbito dos órgãos administrativos, cujas atividades, de modo geral, devem se revestir da mais límpida transparência, publicar-se uma decisão ou um ato administrativo sem um mínimo de justificação que possibilite a compreensão de seu conteúdo, equivale a não publicar<sup>42</sup>.

Estão, pois, submetidos ao princípio da publicidade, como condição de validade e legitimidade, atos e decisões de qualquer natureza: os contratos administrativos, os atos gerais e individuais, de gestão, vinculados ou discricionários, normativos, de provimento e desprovimento de cargos, licitatórios, punitivos, portarias,

---

<sup>41</sup> MORAIS, Marília Mendonça. O Princípio da Publicidade. In **Princípios Informadores do Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 253. Poderíamos referir aqui que tal postura se afigura como condição ativa de cidadania.

<sup>42</sup> Sabemos que, através de uma perversa burocratização e publicização de informações com alto grau de tecnicidade e complexidade, consegue-se cumprir formalmente o preceito constitucional da publicidade sem, no entanto, assegurar acesso fácil e efetivo à informação, condição de avaliação e controle real. Essa tem sido a prática de alguns setores da Administração Pública no Brasil, isto é, uma forma de burlar o princípio constitucional, escondendo dos cidadãos de modo geral o verdadeiro conteúdo do ato ou da decisão e, quiçá, os seus próprios objetivos.

avisos, circulares, instruções, dentre outros, além das decisões, sejam elas proferidas em processos punitivos, sejam em requerimentos ou procedimentos concessórios ou denegatórios de vantagens financeiras ou de quaisquer benefícios<sup>43</sup>.

A publicidade, adverte José Afonso da Silva, sempre foi tida como um princípio administrativo porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, *a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo. Especialmente exige-se que se publiquem atos que devam surtir efeitos externos, fora dos órgãos da Administração*<sup>44</sup>.

De outro lado, a publicidade dos atos e decisões, além de assegurar a respectiva eficácia e produzir efeitos externos, visa propiciar aos interessados diretos, o seu conhecimento, bem como o controle por aquelas por eles atingidos e pelo povo, através dos instrumentos que a Constituição e a Lei põem à disposição da sociedade: ação popular, ação civil pública, ação de ressarcimento de dano aos cofres públicos, mandado de segurança coletivo, *habeas data*, direito de petição, ação direta de declaração de inconstitucionalidade.

Assim, a publicidade, embora não tenha conotação de absoluta, só encontra limite na defesa da intimidade do administrado, na segurança da sociedade ou na segurança do Estado. Nesses confins, estão o sigilo bancário e a proibição de a Fazenda Pública informar sobre a situação financeira dos contribuintes. Mais recentemente, a jurisprudência pátria está cuidando do tema que envolve a devassa na gestão operacional dos interesses públicos, alegando, com acerto, que os Poderes do Estado não podem ceder a caprichos de interesses privados para, sem motivo relevante algum, bisbilhotar nos atos officiosos e de gestão cotidiana da Administração Pública<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> A doutrina internacional do Direito Administrativo tem insistido no fato de que a publicidade é requisito de eficácia e moralidade e não de forma do ato administrativo. Por esta razão, enfatizam os juristas, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade e eficácia. Neste sentido SATTA, Filippo. **Introduzione ad un Corso di Diritto Amministrativo**. Pádua: Cedam, 1990.

<sup>44</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros: São Paulo, 1997.

<sup>45</sup> Nesse sentido a decisão:

Prática manifestamente inconstitucional e utilizada pelos órgãos da Administração, inclusive pelos Tribunais, tem sido, ao nosso ver, a publicação, nos jornais oficiais, de decisões, mas, de tal modo resumidas que impedem, ao povo em geral, e aos interessados, de cientificar-se do seu conteúdo. São decisões (ou despachos) constituídos, o mais das vezes, de uma só palavra: *defiro*, *indefiro*, *defiro de acordo com o parecer de fls.* *defiro de acordo com a Lei tal*. É nestas decisões que, na maioria das vezes, se esconde eventual ilegalidade e nelas, geralmente, se concede vantagens indevidas ou de legalidade duvidosa; arquivam-se processos administrativos e, até, declara-se a impunidade de servidores indiciados em inquéritos. Essas publicações, ao nosso ver, são nulas (ou ineficazes) porque não atendem aos objetivos da Carta Política.

A prática de publicar as decisões com incompletude absoluta (impossibilitando a ciência de seu conteúdo) constitui vezo, como já se afirmou, dos próprios Tribunais, aos quais a Constituição impõe que profiram julgamentos públicos e prolatem decisões justificadas (art. 93, incs. IX e X)<sup>46</sup>.

## 5 DOS PRESSUPOSTOS E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Partindo-se, pois, do pressuposto de que o ato administrativo é sim, manifestação da vontade condicionada estatal, e, por isso, apresentando-se como uma das modalidades de fato jurídico, entendemos que, por tratar-se de ação vinculada a determinados princípios e competências – normativos –, força é reconhecer que todas as exigências formais impostas àqueles atos dão-se nem tanto pelo fato de serem estatais, mas, fundamentalmente, para que possam ser controlados e responsabilizados, atentando-se sempre para o interesse protegido/perseguido<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> A norma constitucional é dirigida aos Tribunais através de todos os seus órgãos, inclusive os seus presidentes, cujas decisões ou atos devem ser publicadas com as informações indispensáveis a que todos possam entender e averiguar sua compatibilidade com a legislação vigente. Decisão administrativa publicada sem clareza é decisão clandestina, inválida, ineficaz.

<sup>47</sup> Destacamos que é possível encontrarmos situações de fatos jurídicos administrativos, enquanto ocorrência administrativa que independa de prévia manifestação formal da vontade estatal, como por exemplo, a ocupação administrativa de

Por tais razões se fala nos pressupostos subjetivos e objetivos do ato administrativo, principalmente com o intuito de aferir-se quais os atores sociais que estão autorizados para praticarem tais atos (plano de validade) e com que procedimentos. No que diz respeito ao seu pressuposto subjetivo, mister é que se avalie a capacidade da pessoa jurídica que praticou o ato e se ela tem *competência* para tanto no momento da emanção do ato, caso contrário o ato será inválido. Já sob o aspecto objetivo, avalia-se o momento anterior ao ato, onde se encontra a justificativa da sua necessidade.

Precisa-se perquirir ainda sobre a *finalidade* do ato, a saber, o bem jurídico objetivado pelo ato, o resultado previsto legalmente como correspondente à tipologia do ato administrativo. A finalidade é prevista implícita ou explicitamente pela Lei e, sua alteração implica desvio de poder, que rende ensejo à invalidação do ato.

As previsões explícitas dizem respeito àquelas proposições insertas nas normas jurídicas vigentes tanto em nível de Constituição como em nível de ordenamentos infraconstitucionais, destacando-se, de um lado, os seus aspectos descritivos – condição de validade<sup>48</sup>, como é o caso das regras jurídicas; de outro lado, explicitando seus aspectos prescritivos (deônticos), e servindo de parâmetros/diretrizes fundamentais de interpretação e aplicação das demais normas jurídicas<sup>49</sup>.

Já as previsões implícitas dizem respeito às proposições normativas também insertas nos ordenamentos jurídicos, mas que se caracterizam mais por seus aspectos prescritivos – deônticos – do que descritivos. Enquanto tais, encontram-se dispersos ao longo do sistema jurídico sob comento, *sendo descobertos no interior de determinado ordenamento. E o são justamente porque neste mesmo ordenamento – isto é, no interior dele – já se encontravam, em estado de latência*<sup>50</sup>.

---

propriedade privada para atender uma emergência envolvendo segurança ou socorro público, provocado por inundações, terremotos etc.

<sup>48</sup> Por exemplo, as regras que estabelecem as competências das entidades federativas no Brasil, umas de forma privativa, outras concorrente etc.

<sup>49</sup> Como é o caso dos Princípios Constitucionais insertos nos arts. 1º a 4º da Constituição Federal de 1988.

<sup>50</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 130.

No aspecto da *forma*, os atos administrativos, pela doutrina tradicional, exigem procedimentos especiais e forma legal para que se expressem validamente, ou seja, em regra, toda a forma estabelecida para o ato é substancial. A inexistência da forma induz a inexistência do ato administrativo, porém, mister é que se tonifiquem as implicações desta indução, a saber: indicadora de hipótese de densificação normativa<sup>51</sup>. Significa dizer que, ainda quando o ato administrativo levado a cabo não corresponda a uma determinada forma perquirida, é todo pertinente aferir-se, em face dos princípios da finalidade e utilidade dos comportamentos estatais, os fins efetivamente atingidos, cotejando-os com os interesses envolvidos. Nesse particular, por exemplo, se admite o ato administrativo não escrito em casos de urgência<sup>52</sup>.

Quanto ao *motivo* do ato, é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. Esse motivo, por vir expresso em lei de forma explícita ou implícita, na verdade, é fundamentalmente aferido em face do comportamento concreto do administrador, eis que ele é que deve demarcar as possibilidades de relevância do ato, por certo induzido por circunstâncias reais (empíricas ou projetadas) atinentes às finalidades públicas – aqui compreendidas como as já insertas nos textos normativos, em especial na Constituição Federal.

Se é certo que o motivo do ato está informado pelas circunstâncias do mundo real, este mundo, por sua vez, tem diversos matices e formas de ser interpretado, consoante particularidades ideológicas e filosóficas do hermeneuta, motivo por que, no Estado Democrático Brasileiro, em nosso sentir, há uma delimitação mínimo-substancial às possibilidades de exegese do que demanda o mundo real nacional, regional e local, isto é, os objetivos, princípios

---

<sup>51</sup> Como quer CASSAGNE, Juan C. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Marcel Pons, 1993, p. 172.

<sup>52</sup> É de se notar que, consoante doutrina majoritária do Direito Administrativo, descumpridas as condições legais à consecução do ato administrativo, seu plano de existência ocorre fundamentalmente pelos efeitos que relaciona, não deixando de se caracterizar como inválido – o que gera as competentes responsabilidades consectárias. Ver neste sentido o texto de CASSESE, Sabino. **Trattato di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 2000, p. 61. Lembramos, a título de curiosidade, que existem comandos administrativos explicitados pela via oral no âmbito cotidiano da Administração Pública.

e finalidades expressos no Título Primeiro da Carta Política de 1988 – destacando-se, por exemplo, os temas da dignidade da pessoa humana e os Direitos Humanos<sup>53</sup>.

Tanto isso é crível que a teoria do direito administrativo há bastante tempo já vem aceitando o tema do vício do erro de fato na gestão pública, passível de caracterização do desvio de poder ou do seu excesso. Esse risco é permanente no que tange às ações e políticas públicas cotidianas da Administração, eis que ela precisa dar respostas às complexas demandas que se lhe apresentam cotidianamente. Na lição de Vedel, esse erro de fato do administrador/administração pode constituir uma violação de lei, o que acarreta a devida responsabilidade, aferida por instrumentos e instâncias próprios<sup>54</sup>.

Sobre o tema, há ainda a *teoria dos motivos determinantes*<sup>55</sup>, que se funda na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada (aferindo-se também o móvel do agente/ato administrativo), ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, e a CF/88 o exige, ficam vinculados a esses motivos.

O jurista italiano Guido Zanobini<sup>56</sup> sustenta que, enquanto no direito privado o motivo se equipara à manifestação volitiva que dá vida ao ato jurídico inserto na vontade do agente, no direito público, *os direitos ganham relevância, pois devem estar conectados com o interesse da comuna e determinado fim público pontual*".

De qualquer sorte, é possível sustentarmos que inexistente atuação administrativa válida desvinculada de situação de fato e/ou de direito que se encontra em sua base constitutiva, carente sempre

---

<sup>53</sup> Portanto, já adiantamos nossa discordância com a escola objetivista de análise do ato administrativo (predominante no Brasil), exigindo que a causa do ato esteja o máximo possível vinculada a um determinado pressuposto notadamente objetivo (proposição descritiva da norma – apofântica) do que tonificar o móvel do agente (o que explicita a importância da norma como proposição prescritivo – axiológica).

<sup>54</sup> VEDEL, Georges. *Essai sur la notion de cause en droit administratif français*. Paris: Sirey, 1974, p. 350.

<sup>55</sup> Ver o texto de ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 153.

<sup>56</sup> ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1984, p. 274. Tradução nossa.

de explicitação e fundamento. Porém, tanto os pressupostos, elementos e o conteúdo do ato administrativo, todos, podem estar previstos de forma descritiva ou prescritiva na norma – constitucional e infraconstitucional, dependentes do processo de integração do intérprete/agente público à realidade social<sup>57</sup>.

Esta postura nos afasta novamente daqueles que acreditam que, no exercício de competência vinculada, o exercício de atos administrativos *não deixa qualquer subjetivismo no ato de aplicação jurídica*<sup>58</sup>. Ocorre que, também nesses atos, o processo de densificação da norma e seus comandos depende fundamentalmente do intérprete e da correlação jurídico-sistêmica entre regras e princípios que ele vai implementar. Afinal,

*L'acte administratif est une déclaration de volonté de la personne morale de l'État en vue de produire un effet juridique. Ainsi, l'effet juridique dépend en quelque sorte de*

<sup>57</sup> Nesse sentido o trabalho de PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e Ilegalidade do Ato Administrativo**. Lisboa: Ática, 1982, p. 127. Adverte o autor ainda que a causa, em regra, pode ser deduzida da norma, no ato vinculado, todavia isto não ocorre nos denominados atos discricionários, em que a subjetividade do agente ganha fôlego para determinar o conteúdo da norma, densificando-a no plano da faticidade. A própria jurisprudência é clara a este respeito: Superior Tribunal de Justiça – ACÓRDÃO RIP:00062421 DECISÃO:10.02.1998 – PROC: ROMS NUM: 0008905 ANO: 97 UF: MG TURMA:05. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DJ DATA:16.03.1998 PG:00192. EMENTA – RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ADESÃO AO “PDV”. INDEFERIMENTO DO PEDIDO. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. CONFORME PREVISTO NA PRÓPRIA LEGISLAÇÃO ESTADUAL CITADA, O DEFERIMENTO OU NÃO DO PEDIDO DO SERVIDOR PARA A ADESÃO AO CHAMADO PDV, FICA A CRITÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO, POSTO TRATAR-SE DE ATO DISCRICIONÁRIO. RECURSO DESPROVIDO. RELATOR MINISTRO JOSÉ ARNALDO DA FONSECA.

<sup>58</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **O pressuposto lógico do ato administrativo**. *Op. cit.*, p. 91. Cita o autor que neste sentido vai grande parte da doutrina brasileira, tais como: Lucia Valle Figueiredo, Régis Fernandes de Oliveira, Luciano Ferreira Leite. A própria concepção de Administração Pública de ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. *Op. cit.*, p. 05, pode ser referida nesse sentido: *Attiministrazione, infine, è la emanazione di atti di produzione giuridica complementari (o quanto meno di attività ausiliare di questi) inattuazione concreta dell'atto di produzione giuridica primario astratto contenuto nella norma legislativa: atti de produzione giuridica posti in essere dall'organo staduale come parte dei rapporti ai quali gli atti si riferiscono.*

*la volonté, mais le problème se pose quant au degré de cette dépendance*<sup>59</sup>.

Não estamos falando de um subjetivismo indene de quaisquer controles ou monitoramentos, mas tão-somente de um elemento constitutivo do ato administrativo: o ser (agente que implemente o ato) que é no mundo com sua historicidade empírica. Neste sentido, tal comportamento administrativo apresenta-se como resultado de um fenômeno em que sempre é possível rejun- tar uma informação a seu contexto e ao conjunto ao qual pertence. Nas palavras de Morin, o conhecimento sobre esse ato torna-se cada vez mais pertinente quando é possível encaixá-lo num con- texto mais global. Em contrapartida, se temos um conhecimento muito sofisticado, mas que é isolado, somos conduzidos ao erro e à ilusão<sup>60</sup>.

Em termos de vigilância sobre os aspectos de legalidade e legitimidade do ato administrativo, estes estão sobejamente dis- postos no sistema jurídico ocidental e brasileiro, em especial, tanto em nível constitucional como infraconstitucional<sup>61</sup>, não servindo de justificativa para o seu enclausuramento a tese de vinculatividade gramatical ao texto normativo permissionário da conduta estatal.

## 5 ASPECTOS DOGMÁTICO-TRADICIONAIS DO ATO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

A doutrina do direito administrativo mais clássica<sup>62</sup>, ao menos de forma genérica no Brasil, também é um tanto uniforme sobre os atributos do ato administrativo, como sendo:

---

<sup>59</sup> STASSINOPOULOS, Michel. *Traité des Actes Administratifs*. Paris; Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1974, p. 39.

<sup>60</sup> MORIN, Edgar. Complexidade e Ética da solidariedade. *In Ensaio de Complexidade*. Rio Grande do Norte: Edufrgn, 1999, p. 16.

<sup>61</sup> Estamos falando desde a perspectiva dos controles internos e dos externos de tais atos.

<sup>62</sup> Como a que já referimos nesse trabalho: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998; CRETILLA JR., José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998; GASPARIN, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1998; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

- a) Presunção de Legitimidade, aqui entendida no sentido de que os atos administrativos já nascem com autorização de imediata execução ou operatividade, mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Outra conseqüência da presunção prefalada é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato para quem a invoca. O ato administrativo perfeito não é o que está apenas acabado(eficaz) mas sim completo (exequível), pela ocorrência de todas as condições de sua operatividade (igualmente dadas pela norma autorizadora e competente);
- b) Imperatividade, dizendo respeito à imposição do ato a terceiros, independentemente da concordância destes, tudo em face do *ius imperii* do Estado;
- c) Auto-executoriedade, consistente na possibilidade de certos atos administrativos ensejarem a imediata e direta execução pela Administração Pública, independentemente de ordem judicial<sup>63</sup>.

No que tange à *eficácia* do ato administrativo, ele pode se apresentar, respeitado o mesmo plano normativo-kelseniano, como: (1) **válido**, o que provém de autoridade competente para praticá-lo e contém todos os requisitos necessários à sua eficácia; (2) **nulo**, o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos, ou no procedimento formativo.

<sup>63</sup> Nesse sentido a remansosíssima jurisprudência: **Revista dos Tribunais**, números:183/823, 186/325, 277/16, 240/493. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. A despeito de contarmos com algumas posições mais conservadoras que se afiguram, na verdade, como que inviabilizando a própria idéia de autonomia da gestão pública. Nesse sentido, a seguinte jurisprudência: EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO – REGULARIDADE DA SINDICÂNCIA QUE PROPORCIONOU AO AUTOR O EXERCÍCIO DA MAIS AMPLA DEFESA – REGULARIDADE DO ATO IMPUGNADO – IMPOSSIBILIDADE DE SE PROCEDER O DESCONTO EM FOLHA DE DANOS CAUSADOS PELO SERVIDOR SEM PROVIMENTO JUDICIAL A RESPEITO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA COM ENCARGOS CORRETAMENTE DISTRIBUÍDOS. APELO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS. (6 FLS) (APC N. 598530004, QUARTA CÂMARA CÍVEL, TJRS, RELATOR: DES. JOÃO CARLOS BRANCO CARDOSO, JULGADO EM 03.11.1999).  
Fonte: www.tj.rs.gov.br.

É de se gizar que a nulidade **deve** ser declarada, seja pela Administração ou pelo Judiciário, e, esta declaração opera seus efeitos *ex tunc*, ou seja, retroage às suas origens e alcança todos os seus efeitos passados, presentes e futuros em relação às partes, admitindo-se exceção aos terceiros de boa-fé, sujeitos às suas consequências reflexas<sup>64</sup>.

Veja-se que irregularidades formais, sanadas por outro meio, ou irrelevantes por sua natureza, não anulam o ato que já criou direito subjetivo para terceiro<sup>65</sup>. Seguindo tal direção, sustentava-se que não há prazo para anulação do ato administrativo, matéria que a jurisprudência vem atenuando o rigor, no sentido de não manter, *ad eternum*, atos ilegítimos praticados e operantes há longo tempo, e que já produziram efeitos perante terceiros de boa-fé. Da mesma forma, não se justifica a anulação de atos defeituosos na sua tramitação interna, pois ao particular não se impõe a obrigação de fiscalizar, diuturna e pontualmente, a conduta do Poder Público. Aplicam-se a tais casos a presunção de legitimidade e a *dou-*

---

<sup>64</sup> 100681 – PROFESSORA CONTRATADA, A TÍTULO PRECÁRIO, POR AUTORIDADE INCOMPETENTE – INEXISTÊNCIA DE NOMEAÇÃO, POR CONCURSO PÚBLICO – ATO NULO – COMANDOS ORIENTADORES DAS SÚMULAS 346 E 473 DO STF – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONTIDOS NO ART. 37, *CAPUT*, DA LEI FUNDAMENTAL, DE 05.10.88 – I. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do DF e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e a investidura em cargo ou emprego público depende da aprovação prévia em concurso público de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão, declarado em lei de livre nomeação e exoneração, sendo que a não-observância deste dispositivo implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei (CF, de 05.10.88, art. 37, *caput*, II e § 2º). II. Se a impetrante nunca integrou, de direito, o corpo docente da UFBA, pois fora contratada para prestação de serviço, a título precário, por ato exclusivo do Chefe do Departamento de Zootecnia, sem a chancela da autoridade competente e sem concurso público, afigura-se legítimo o ato, que determinou a extinção dessa situação fática, atípica e ilegal, posto que a Administração pode e deve anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos. (Súmula 346 e 473, 1ª parte, do STF). (TRF 1ª R. – AMS 89.01.25444-1 – BA – 2ª T. – Rel. Juiz Souza Prudente – DJU 17.12.1990) (ST 21/99).

<sup>65</sup> Conforme decisão do Supremo Tribunal Federal, conforme **Revista de Direito Processual** n. 10, p. 159. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

*trina da aparência*, que levam o administrado a confiar na legalidade dos atos da Administração<sup>66</sup>.

Podemos falar ainda dos nominados atos administrativos inexistentes, enquanto possuidores tão-somente da aparência de manifestação regular da Administração, sem chegarem a se aperfeiçoar como tais, caracterizando-se como inválidos desde sua origem<sup>67</sup>. O enfrentamento desta matéria, inexoravelmente, leva o operador jurídico – na condição de controlador ou executor do ato – a um enfrentamento formal e substancial da conduta sob análise, não descurando de suas particularidades temporais e espaciais<sup>68</sup>, eis que o contrário seria sobrevalorar aspectos procedimentais em detrimento das finalidades buscadas e atingidas – essas, é claro, sempre sujeitas a permanente controle social, administrativo e jurisdicional.

De outro lado, em termos de *avanços* no âmbito da gestão pública, não podemos deixar de tocar no tema da revogação do ato administrativo, principalmente no caso brasileiro, considerado aqui como oportunidade em que a própria Administração invalida, por motivos de conveniência, oportunidade ou justiça (mérito administrativo), um determinado ato administrativo, respeitando todos os efeitos já produzidos, porque decorrem de manifestação válida da Administração. Em princípio, todo o ato administrativo é revogável até que se torne irretroatável para a Administração, quer por ter exaurido os seus efeitos ou os seus recursos, quer por ter gerado direito subjetivo para o beneficiário, interessado na sua manutenção.

<sup>66</sup> Ver o trabalho de DIEZ, Manoel Maria. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

<sup>67</sup> Assim a jurisprudência: *A anulação, que alguns preferem chamar de invalidação é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade. A anulação pode ser feita pela Administração Pública, com base no seu poder de autotutela sobre os próprios atos, podendo tanto declarar a nulidade de seus próprios atos como anulá-los, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.* TRF 4ª R. – AMS 89.01.32831-1 – SC – 2ª T. – DJU 17.12.98), ST n.21/99.

<sup>68</sup> Até que ponto a declaração de desapropriação por utilidade pública, nos termos do art. 6º, do Dec.-lei 3.365/41, emitida na forma de Portaria e não Decreto, porém, com todos os requisitos perquiridos pela normativa, não atende o seu fim? Impõe-se, efetivamente, a consideração de ser ato inexistente?

A jurisprudência é conforme nesse sentido:

*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*<sup>69</sup>.

Ainda que tarde, os tribunais brasileiros têm sopesado, com tal decisão, as particularidades que toma o Gestor Público no seu cotidiano, constantemente desafiado para dar respostas aos problemas cada vez mais complexos apresentados por sua cidadania. Neste cenário, compreensível e mesmo necessário se torna o fato de que os gestores, no afã de cumprirem suas funções de forma eficaz e prestativa, cometam equívocos, tanto procedimentais como materiais, tendo a oportunidade de reavaliar as ações nos termos da legalidade e legitimidade<sup>70</sup>.

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

---

<sup>69</sup> É o que dispõe a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. Da mesma forma a antiga Súmula 346 do mesmo Tribunal ratificava este posicionamento. Neste sentido, importa salientar que a anulação feita pela própria Administração independe de provocação do interessado uma vez que, estando vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o poder-dever de zelar pela sua observância. No entanto, vai-se firmando o entendimento de que a anulação do ato administrativo, quando afete interesses ou direitos de terceiros, deve ser precedida do contraditório, por força do art. 5º, LV, da Constituição.

<sup>70</sup> Nesse sentido, por exemplo, a seguinte Súmula n.9 do Tribunal Regional da 4ª Região: *Incide correção monetária sobre os valores pagos com atraso, na via administrativa, a título de vencimento, remuneração, provento, soldo, pensão ou benefício previdenciário, face à sua natureza alimentar.* (grifo nosso). Precedentes: AC 89.04.18770-2/PR, Rel. Juiz Cal. Garcia – 1ª Turma, DJU 21.08.90; AC 89.04.10517-0/PR, Rel. Juíza Ellen Northfleet – 1ª Turma, DJU 04.09.91; AC 89.04.19148-3/RS, Rel. Juiz Jardim de Camargo – 2ª Turma, DJU 11.03.92; RO 89.04.15544-4/RS, Rel. Juiz Osvaldo Alvarez – 2ª Turma, DJU 29.11.89; AC 91.04.00079-0/RS, Rel. Juiz Volkmer de Castilho – 3ª Turma, DJU 08.05.91. (DJU 10.11.92 – p. 36.472).

Nos parece acertada a perspectiva que sustenta a obrigatoriedade de a Administração Pública proceder à invalidação do ato, eis que se põe aqui, além da natureza especial do interesse envolvido, a indisponibilidade dele, não tendo o Poder Público a faculdade de decidir pela manutenção de um ato eivado de vício<sup>71</sup>, principalmente quando ela viola direito e garantia fundamental da cidadania.

## 6 REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Ronaldo de Medeiros e. Ato Administrativo, Ato-Fato Administrativo. *In Revista Trimestral de Direito Público*. V. 23. Malheiros: São Paulo, 1998.
- ATALIBA, Geraldo. Eficácia do Ato Administrativo. *In Revista de Direito Público*, n. 99 p. 18-19.
- BONARD, Roger. *Le contrôle juridictionnel de l'Administration*. Paris: Dalloz, 1979.
- BORDEAU, Ferdinand Dietrich. *Histoire du droit administratif*. Paris: PUF, 1997.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale del Diritto*. Milano: Dallosio, 1997.
- CASSAGNE, Juan C. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Marcel Pons, 1993.
- CASSESE, Sabino. *Trattato di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffre, 2000.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- CRETELLA JR., José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DIEZ, Manoel Maria. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1997.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros: São Paulo, 1998.

<sup>71</sup> Nesse sentido a jurisprudência: TRIBUNAL: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS. DATA DE JULGAMENTO: 23.11.1999. EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA. NULIDADE DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ATO ADMINISTRATIVO. CONSOANTE REITERADO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL, O ATO ADMINISTRATIVO PODE SER ANULADO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO, A QUAL TEM OBRIGAÇÃO DE ZELAR PELA SUA LEGALIDADE. APELO NÃO PROVIDO. (APC N. 599306529, DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL, TJRS, RELATOR: DES. GUINTEHER SPODE, JULGADO EM 23.11.1999).

- GASPARIN, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Forense: Rio de Janeiro, 1996.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- HOBBSAWM, Eric. **O Mundo do Trabalho**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.
- KANTOROWICZ, Hermann. **Las épocas de la ciencia del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1991.
- LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e Direito: considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 1999, 2. ed.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. V. I. São Paulo: Bookseller, 2000.
- MORAIS, Marília Mendonça. O Princípio da Publicidade. *In Princípios Informadores do Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MORIN, Edgar. Complexidade e Ética da solidariedade. *In Ensaios de Complexidade*. Rio Grande do Norte: Edufrgn, 1999.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. O pressuposto lógico do ato administrativo. *In Revista Trimestral de Direito Público*, v. 19. São Paulo: Malheiros, 1997.
- PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e Ilegalidade do Ato Administrativo**. Lisboa: Ática, 1982.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. I, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SALDANHA, Nelson. **Velha e Nova Ciência do Direito**. Recife: Editora da Universidade de Recife, 1974.
- SANTOS, J. M. Carvalho. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1985.
- SATTA, Philippo. **Introduzione ad un Corso di Diritto Amministrativo**. Pádua: Cedam, 1990.
- SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- STASSINOPOULOS, Michel. **Traité des Actes Administratifs**. Paris; Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1974.
- VEDEL, Georges. **Essai sur la notion de cause en droit administratif français**. Paris: Sirey, 1974.
- ZANOBINI, Guido. **Curso di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1984.