

ATO ADMINISTRATIVO: CONCEITO (elementos)

Edson Ribas Malachini *

SUMÁRIO

1. Estado de direito e ato administrativo
2. Extensão do conceito (regulamento e contrato)
3. Predominância do ato unilateral
4. Atos unilaterais que dependem do consentimento do interessado — **opinião de FRITZ FLEINER**
5. **Idem** — opinião de MICHEL STASSINOPOULOS
6. Contrato administrativo: ato administrativo **lato sensu**
7. Atos da Administração e ato administrativo
8. Definições de ato administrativo
9. Ato administrativo: **ponte** entre a lei e o cidadão
10. Ato administrativo e fixação do direito (sentença)
11. Critério de distinção entre ato administrativo e sentença
12. Traço característico do ato administrativo: a vinculação bilateral

13. Ato administrativo e coisa julgada
14. Noção de **revogação** do ato administrativo
15. Revogabilidade do ato administrativo
16. O ato administrativo como **totalidade** ou **estrutura**
17. Elementos do ato administrativo
18. Os elementos são o **conteúdo** e a **forma**
19. “Pressupostos” ou **requisitos** de validade? Causa
20. Forma e formalidades
21. Conteúdo do ato. Manifestação de vontade, “suporte fático” (**Tatbestand**), negócio jurídico
22. Conteúdo e declaração de vontade
23. Manifestação de vontade: elemento essencial do ato administrativo, como **núcleo** de seu conteúdo

* Trabalho apresentado à Disciplina de Direito Administrativo

1. "O ato administrativo, tomado em seu sentido geral, precede, do ponto de vista histórico, toda outra manifestação estatal. Um Estado poderia existir sem lei nem juízes, mas não sem administração; porque a administração é a ação vivificante que completa sua vida, como para o homem a vida não consiste somente em vontade e em pensamento, mas precipuamente em ação (G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, p. 612).

"Essa supremacia natural e lógica da administração, em relação às outras funções do Estado, explica a posição preponderante que ela conservou durante um longo período, na vida do Estado. Durante esse período, a função executiva constituía a manifestação mais intensa da atividade do Estado e tendia, muito freqüentemente, a se apropriar do conteúdo mesmo do poder público. Ademais, ela não era um princípio suscetível de nenhum controle jurisdicional (LABAND, *Deutsches Staatsrecht*, p. 149).

"A transformação de um tal Estado policial em um Estado no qual o poder executivo está submetido à lei (esta estando imposta a todas as outras funções estatais) efetuou-se por etapas sucessivas, dependentes das condições históricas e políticas de cada país. O fato de que a justiça foi, primeiramente, submetida à lei, é o traço característico dessa evolução. Os tribunais julgavam já desde muito tempo 'segundo a lei', subordinando-lhe as decisões individuais, à época em que o poder executivo, formando um agrupamento de autoridades policiais, não se considerava ainda jungido pela lei.

"A submissão do executivo à lei não se realizou senão com o advento do Estado de direito. Desde então, a ação do executivo toma, pela primeira vez, o nome de 'ato administrativo' e adquire um interesse jurídico especial, tornando-se objeto de um novo ramo de direito público, o direito administrativo".

Essas expressivas palavras, com que MICHEL STASSINOPOULOS abre o seu *Traité des Actes Administratifs* (Atenas, 1ª. ed., 1954, § 1º., I, pág. 17), situa bem essa matéria no contexto do Estado de Direito, sem o qual não pode compreender-se. De fato, a teoria do ato administrativo está toda ela informada, e mais do que isso, fundada, no princípio da legalidade, vigente unicamente naquele que se convencionou chamar *l'État de Droit*, *Rechtsstaat*.

Não é outra coisa, em substância, o que nos diz OTTO MAYER (*Derecho Administrativo Alemán*, trad. da ed. francesa de 1903 por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, 1947, § 8º., pág. 125): "O regime de direito (*Rechtsstaat*) aperfeiçoa-se em virtude do ato administrativo, o qual, com sua força obrigatória, está situado dentro das relações a regular entre o Estado e o súdito. Desconhecido pelas idéias que caracterizavam o regime de polícia, o ato administrativo, que não é nem uma sentença nem um ato de gestão, deve estudar-se em sua natureza particular, se se deseja compreender o direito administrativo moderno, porque esse direito está dominado por ele".

E que o Direito Administrativo moderno esteja dominado pela noção do ato administrativo, como disse o grande publicista alemão,

é, pode-se dizer, idéia já incorporada à **communis opinio doctorum**. "O tema central do Direito Administrativo moderno é, sem dúvida, constituído pela teoria do ato administrativo", afirma MARCELO CAETANO (**Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**, 1ª. ed., Rio de Janeiro, 1977, n.º. 45, p. 106). "O tema dos atos administrativos assume, na teoria geral, fundamental importância", assevera por sua vez GUIDO ZANOBINI (**Corso di diritto amministrativo**, 6ª. ed., Milão, 1950, I, pág. 195), enquanto STASSINOPOULOS, no **avantpropos** de seu **Tratado** (ob. cit., pág. 1), diz que ele foi motivado pela constatação de que "o ato administrativo constitui uma das noções cardeais do direito administrativo". Daí concluir, entre nós, em obra recente (**Direito Administrativo Brasileiro**, 1ª., ed., 1983, I, n.º. 147, p. 235), JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, que "não é exagero afirmar-se que o ato administrativo constitui noção fundamental do direito administrativo".

2. Justificado, assim, o tema de nosso presente estudo, passemos a tentar conceituar o ato administrativo e identificar-lhe os elementos.

Esclareça-se, primeiramente, com STASSINOPOULOS, que na França utilizou-se pela primeira vez o termo "ato administrativo" na lei "du 16 fructidor, an III" (3 de setembro de 1795), que proibiu aos tribunais de conhecer "dos atos de administração de qualquer espécie"; e que no presente utiliza-se, seja do termo "ato administrativo" (JÉZE, DUGUIT), seja do termo "decisão executória" (HAURIOU, WALINE) (**Tratado**, cit., § 2º., I, nota 4, pág. 22).

Quando se procura conceituar o ato administrativo, tem-se, antes, de fazer uma opção de critério; pois verifica-se bastante diversidade entre os autores no formular esse conceito, sobretudo em função do campo de abrangência que assinalam ao referido fenômeno jurídico.

Preliminarmente, temos de dizer se aí incluiremos, principalmente, os **regulamentos** e os **contratos administrativos**. Excluem-nos da noção, por exemplo, MARCELO CAETANO e ZANOBINI. Diz o primeiro que "o ato administrativo, para se distinguir das normas regulamentares tem, pois, de ser definido por visar a **produção de efeitos jurídicos num caso concreto**" (**Princípios**, cit., n.º. 51, pág. 119); que "os atos bilaterais são, pois, uma categoria distinta do ato administrativo e não uma espécie deste" (*idem*, n.º. 46, pág. 109); e que quando se diz, na sua definição, que o ato administrativo é a "conduta voluntária de um órgão da Administração", "logo se inculca estarmos perante um **ato unilateral**" (*id.*, n.º. 50, pág. 116). Daí a definição, que apresenta, do ato administrativo como "*conduta voluntária de um órgão da Administração que, no exercício de um poder público e para prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos jurídicos num caso concreto*" (*id.*, n.º. 53, pág. 121).

E o segundo, omitindo qualquer referência aos contratos administrativos no capítulo em que cuida da noção e dos elementos do ato administrativo, analisando sua definição desse (*qualunque dichiarazione di volontà, di desiderio, di conoscenza, di giudizio, compiuta da un soggetto della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà*

amministrativa), esclarece que a exigência de que o sujeito (agente da administração) deve cumprir a declaração "no exercício de um poder administrativo", tem, entre outros efeitos, o de excluir dos atos administrativos aqueles atos que possam ser cumpridos pelos órgãos da Administração pública no exercício de uma função legislativa ou jurisdicional: assim os atos que, tendo embora a eficácia formal dos atos administrativos, "*corrispondem substancialmente à função legislativa, ou seja, os regulamentos*". Observa que alguns autores, como RANELLETTI (*teoria degli atti amministrativi speciali*, 7ª. ed., Milão, 1945, pág. 2), consideram esses como "atos administrativos gerais" e os incluem, assim, entre os atos administrativos; mas afirma crer, ao contrário, que eles fogem a essa categoria, "porque não representam o exercício de um poder administrativo, mas de um **poder legislativo**, conquanto próprio de órgãos administrativos". E adita, em nota, que SANTI ROMANO (*Corso di diritto costituzionale*, 7ª. ed., Pádua, 1943, pág. 224), com a própria definição do ato administrativo, em que fala em declaração "especial", exclui que possam ser atos dessa espécie os regulamentos e em geral "**as normas jurídicas**" emanadas do Poder Executivo (*Corso*, cit., págs. 197-8).

"Na maioria dos casos (ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 4ª. ed., 1949, v. II, p. 169), ao atender aos próprios interesses ou aos interesses dos administrados, a Administração age unilateralmente, sem consultar a vontade dos destinatários da medida, cidadão (MIGUEL ÁNGEL BERÇAIZ, *Teoria general de los contratos administrativos*, 1952, p. 4; 2ª. ed., 1980, p. 2) ou agente administrativo, atingidos pelos efeitos do ato" — escreva CRETELLA JÚNIOR, para acrescentar — : "O traço da **unilateralidade** é tão típico dos pronunciamentos da Administração que leva o investigador a identificar **ato administrativo** com **ato unilateral**, excluindo assim, da categoria dos atos administrativos, os denominados **atos bilaterais** (VELASCO CALVO, *El acto administrativo*, 1929, p. 15 e 129), que constituem os contratos". E lembra, em nota, a afirmação de FRAGOLA (*Gli atti amministrativi*, 1952, p. 87), de que "todos os atos administrativos são unilaterais" (*Dir. Adm. Bras.*, cit., I, nº. 161, pág. 255).

Nesse sentido, ANDRÉ DE LAUBADÈRE (*Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1953, nº. 307-bis, p. 166) observa que "o **ato unilateral** é característico do direito público, repousando o direito privado sobre a técnica do acordo de vontades"; e RIVERO também faz notar que "o ato unilateral ocupa, em direito administrativo, lugar muito mais considerável do que em direito privado" (*Droit administratif*, 9ª. ed., 1980, pág. 92; *apud* Cretella Jr., *ob. e loc. cit.*, nota 28).

A esse propósito, comenta FRITZ FLEINER (*Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, trad. da 8ª. ed. das *Institutionen*, de 1928, por Charles Eisenmann, Paris, 1933) que, como denotam os exemplos por ele indicados (entre os quais os contratos entre o expropriante e o expropriado sobre o montante da indenização de expropriação), o legislador permite recorrer-se ao contrato, por exemplo,

quando a conclusão de um ato jurídico dessa espécie permite evitarem-se certas dificuldades técnicas especiais ou complicações particulares do procedimento, que são inerentes à regulamentação unilateral das relações de Direito em questão. E a seguir, sobre a preponderância, acima aludida (*"Le moyen le meilleur dont l'autorité se sert aux fins indiquées est l'acte juridique unilatéral du droit public, la disposition (Verfügungen)"* — ob. cit., pág. 118), do ato unilateral sobre o bilateral na prática da administração pública, aduz estas ponderáveis considerações: "Esse obscurecimento do contrato pela **disposição** unilateral tem duas causas. A conclusão de um contrato não é, em regra geral, possível senão à base de concessões mútuas das partes. Se o legislador permite a conclusão de um contrato, deixa à autoridade a possibilidade de tratar um cidadão melhor que outro. O contrato pode pois tornar-se um perigo para a igualdade jurídica. Contrariamente ao contrato, a disposição permite realizar a igualdade dos cidadãos perante a lei. Mas além disso, e este constitui o segundo motivo de sua preponderância em direito público, a disposição assenta unicamente sobre a vontade daquele que a edita. Ele pode, em consequência, retirá-la a todo tempo. Esse fato a torna indispensável para a administração pública. O contrato obriga reciprocamente as partes a cumprir suas disposições. Quaisquer que sejam as modificações que possam ter-se produzido desde o momento em que o contrato foi concluído, o devedor deve ater-se ao que prometeu anteriormente em circunstâncias de todo diferentes, mesmo se a execução do contrato é contrária a seu interesse e compromete toda a sua existência. O Estado não pode expor seus interesses supremos a semelhantes eventualidades" (ob. cit., págs. 134 e 135).

Entre nós, além de CRETELLA JÚNIOR (já citado), também admitem a inclusão entre os atos administrativos, dos contratos, entre outros, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (**Elementos de Direito Administrativo**, 1ª. ed., 3ª. tiragem, 1983, n.ºs. 9 e 10, págs. 38-9), SEABRA FAGUNDES (**O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, 5ª. ed., 1979, n.º. 22, p. 40), HELY LOPES MEIRELLES — este, entretanto, apresentando um conceito de ato administrativo restrito ao ato unilateral (que "é o ato administrativo típico"), já que "os atos bilaterais constituem os **contratos administrativos**, estudados separadamente"; e acrescentando, em nota, que "a teoria do **contrato administrativo** difere, portanto, fundamentalmente da teoria do **ato administrativo**" (**Direito Administrativo Brasileiro**, 7ª. ed., 1979, pág. 123). MÁRIO MASAGÃO (**Curso de Direito Administrativo**, 3ª. ed., s/d, n.ºs. 286 a 317), ao tratar do ato administrativo, omite qualquer referência ao contrato; e só cuida deste ao estudar especificamente a **concessão de serviço público**, que considera "um contrato de direito público", disciplinado "pelo direito administrativo", ramo desse, e quando faz esta procedente observação: "Realmente, o contrato não é figura peculiar ao direito privado. **Seu conceito pertence à teoria geral do direito**, e suas manifestações tanto surgem em maté-

ria civil e comercial como no campo do direito público interno e externo" (n^{os}. 476 e 479, esp. pág. 295; grifo nosso).

Já quanto aos regulamentos, os mesmos Administrativistas brasileiros os incluem na categoria dos atos administrativos, chamando-os de **atos gerais**, em contraposição aos **atos especiais**, individuais ou particulares (BANDEIRA DE MELLO, *Elementos*, cit., n^{os} 9 e 10, págs. 38-9; CRETELLA JÚNIOR, *Curso*, cit., n^o. 165, págs. 268-9; LOPES MEIRELLES, *D. Adm.*, citado, págs. 137-8; SEABRA FAGUNDES, *O Controle*, cit., páginas 37-8, n^o. 21; MASAGÃO, *Curso*, cit., n^o. 307, págs. 171-5. E SEABRA FAGUNDES tece, a respeito, estas interessantes considerações: "Os atos administrativos têm, algumas vezes, finalidade geral e abstrata. Nem por isso perdem o caráter de atos de realização do direito. Constituem um primeiro degrau no movimento progressivo de concretização da norma jurídica. Através deles principia a execução da vontade do Estado. A eles sucedem outros que vêm completar a efetivação do direito — os atos administrativos especiais. Uns e outros se integram compondo o trabalho de execução da lei, que não existirá completo enquanto os atos administrativos gerais (elemento parcial da execução) não forem acrescidos dos atos administrativos especiais (fase complementar da execução). Os atos gerais apenas principiam o trabalho criador das situações jurídicas individuais" (ob. cit., n^o. 21, nota (21) 1).

3. MICHEL STASSINOPOULOS dedica seu **Tratado** ao ato administrativo **individual** — é desse, aliás, a definição que dá no § 4^o. (ob. cit., pág. 37) — ; e, conquanto diga que "a administração pode emitir atos, seja individuais seja regulamentares", enfatiza que "o ato administrativo determina o direito pela aplicação da lei ao caso concreto ou individual. O caráter individual é próprio do ato administrativo, porque a tarefa da administração consiste em executar e não em formar a regra de direito. Assim, numa separação absoluta das funções, o ato administrativo deveria apoiar-se diretamente sobre a lei formal e individualizar a regra que essa contém sem passar pelo ato intermediário regulamentar. Mas o ato regulamentar deve o seu nascimento à impossibilidade do legislador de prever e regular antecipadamente todos os casos nas diferentes condições possíveis (ANSCHUTZ-THOMA, *Handbuch*, v. II p. 241. Trata-se das leis de matéria administrativa. Em direito privado, um poder regulamentar é quase inútil por causa da estabilidade das relações: HERRNRITT, p. 84). A doutrina francesa admite, com razão, que o poder regulamentar é espontâneo e historicamente anterior ao poder legislativo (HAURIOU, *Précis*, p. 452), e que existe como um poder autônomo, mesmo à margem de toda delegação da lei (WALINE, *Manuel*, p. 40)" (ob. cit., § 9^o, I, pág. 62). E adiante, ao examinar a **natureza da função regulamentar**, adverte que "*a função regulamentar pertence, do ponto-de-vista material, à função legislativa* (v. G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, p. 336. ANSCHUTZ-THOMA, *Handbuch*, v. II, pp. 125, 137, 240. DUGUIT, *Traité*, v. II, p. 128. JÈZE, *Pr. gén.*, v. I, p. 28. Contra: BERTHÉLEMY, *Traité*, p. 28, que admite uma distinção

de fundo entre a lei e o regulamento. HAURIU, *Précis*, p. 452, admite que o poder regulamentar é um poder autônomo historicamente anterior ao poder legislativo). A doutrina helênica repele em geral a teoria segundo a qual o poder regulamentar é um poder de natureza particular intermediário entre o poder legislativo e o poder executivo. Daí resulta que a lei poderia ser aplicada imediatamente por meio de um ato individual, mesmo à falta de um decreto regulamentar (*Conseil d'État* helênico, 102, 1930); a administração não tem pois a obrigação de emitir um regulamento (G. JELLINEK, *Gesetz* etc., p. 263. ANSCHUTZ-THOMAS, *Handbuch*, v. II, p. 243. HATSCHEK, p. 150. KORMANN-LIST, *Einführung* etc., p. 331. OTTO MAYER, *Verw.-R.*, v. I, p. 230, *Dr. adm. all.*, v. II, p. 39), ressalvado o caso em que essa obrigação está formalmente imposta pela lei" (ob. cit., §9º, II, pág. 63; grifo nosso).

Parece-nos que tem razão o grande publicista grego, cujas idéias, a respeito, coincidem substancialmente com as de MARCELO CAETANO e ZANOBINI, antes vistas. Pensamos também que a função regulamentar tem natureza legislativa, sob o aspecto material; e, quando nos debruçamos no estudo do ato administrativo, de maneira mais profunda e extensa, o que nos interessa precipuamente é o ato individual; é este que, efetivamente, constitui objeto da preocupação maior dos publicistas, para precisar-lhe o contorno, os elementos, os requisitos de validade, os atributos, os efeitos.

Mas uma das características da definição de ato administrativo, dada por STASSINOPOULOS, é a **natureza unilateral da declaração de vontade** (*Tratado*, cit., § 4º, p. 37). Daí dizer, mais adiante, analisando essa idéia, que "em princípio, as pessoas morais que exercem o poder público procedem por atos estritamente unilaterais. O fato do exercício do poder público cria entre a administração e os administrados uma desigualdade que exclui do ato administrativo todo caráter contratual". Ressalva, entretanto, que por vezes a vontade do administrado não deixa de ter uma certa importância quanto à formação e ao valor do ato administrativo; e que, assim, segundo o grau de influência dessa vontade, poder-se-iam classificar os atos administrativos em: a) atos para cuja formação ou execução a vontade do administrado não tem nenhuma importância (p. ex.: um ato regulamentar, ou os chamados atos **gerais** — *Allgemeinverfügungen* —, como a modificação do plano de alinhamento: são emitidos e entram em vigor sem que a notificação a um terceiro seja necessária; b) certos atos individuais aperfeiçoados sem nenhuma colaboração dos administrados, mas que não podem ser postos em vigor sem prévia notificação ao interessado; c) outros atos individuais e unilaterais para cujo aperfeiçoamento o administrado contribui por uma declaração de vontade, isto é, por um consentimento previsto pela lei; d) enfim, atos bilaterais tanto do ponto-de-vista da forma quanto do fundo, ou seja, contratos administrativos (ob. cit., § 8º, I, págs. 57-8).

4. E, neste ponto, temos de deter-nos um pouco mais no exame dos atos da terceira categoria, acima (c).

Já FRITZ FLEINER, muito pertinentemente, examinara o problema. Toda **disposição** — comenta ele inicialmente — deve ser levada ao conhecimento do interessado. Em sua qualidade de ato unilateral, a disposição não necessita da aceitação do cidadão ao qual é endereçada; tem apoio unicamente na lei. É preciso que seja recebida, mas não aceita. As disposições que, por definição ou em virtude de uma prescrição legal, não podem ser editadas senão a pedido do cidadão — por exemplo, as autorizações de polícia — não perdem seu caráter de atos unilaterais. Ao contrário, tem-se a impressão de haver um ato jurídico bilateral cada vez que a lei faz depender a validade de uma disposição editada pela autoridade do consentimento prévio ou ulterior do interessado (e nesse caso a questão da capacidade jurídica dessa pessoa adquire importância para o Direito Administrativo também). Assim, um indivíduo não se torna em geral funcionário senão com seu consentimento; a naturalização de estrangeiros e a desnacionalização dependem em regra geral de um pedido do interessado. Não há em todos esses casos acordo de vontades entre o Estado e o cidadão, portanto contrato? Uma opinião extremamente difundida responde pela afirmativa; ela vê nos exemplos citados contratos de Direito Público (LABAND, *Staatsrecht*, I, 446 s. e *Archiv für Öffentliches Recht*, 18, 72; cit. por FLEINER, ob. cit., p. 123). Essa opinião foi especialmente desenvolvida a propósito da nomeação de funcionário; mas — comenta FLEINER — não pode ser aceita. A nomeação do funcionário, como a naturalização do estrangeiro, são obra de uma disposição unilateral da autoridade, mas de uma disposição que a autoridade não pode editar senão com o assentimento do interessado. Esse assentimento — que pode também ser incluído em seu requerimento — constitui em outros termos uma condição legal (**condicio iuris**) da validade jurídica da disposição. O caráter unilateral de todo o procedimento aparece à plena luz — continua o douto tratadista — cada vez que a nacionalidade é conferida a um estrangeiro sem ter em atenção seu consentimento, como consequência de uma nomeação, ou que um particular é constrangido, em virtude de uma disposição da lei que torna uma função obrigatória, a tornar-se funcionário. E, entretanto, não há diferença de forma, nem de natureza jurídica, nem nas consequências de direito, entre esse caso e os precedentes. O contrato supõe partes iguais; e, assim, não há lugar para o contrato senão nos casos em que, para produzir um certo resultado de direito, a vontade de cada uma das partes tem, de acordo com a lei, o mesmo valor jurídico. Não é assim nos casos acima vistos. Na aquisição da qualidade de funcionário, na naturalização, a vontade do Estado permanece sendo a vontade dominante. O Estado (ou a comuna), somente, tem o poder de nomear um funcionário, de admitir um estrangeiro na associação estatal, etc. Isso se manifesta já na forma exterior desses atos jurídicos: na nomeação unilateral do funcionário pelo chefe do Estado, na concessão unilateral da nacionalidade pela autoridade administrativa. Embora nos atos citados o consentimento do particular seja um elemento essencial do ato, cuja ausência o tornaria nulo, esse ato permanece

sendo uma disposição unilateral. Segundo FLEINER, uma teoria então recente, do ato jurídico bilateral, não desconheceu essas considerações. Ela procura combinar um elemento da teoria do contrato com a noção de disposição de Direito Público. O ato administrativo bilateral, escreve WALTER JELLINEK (*Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung*, na "Festgabe für das preussische Oberverwaltungsgericht", 1925, p. 84 s., e *Verwaltungsrecht*, 242), se compõe de dois elementos heterogêneos: uma declaração de vontade do particular, que emerge do Direito Privado, e uma declaração de vontade do Estado, que emerge do Direito Público. Se a primeira falta, o ato administrativo é nulo por inteiro. O resultado é exato, mas é obtido de uma maneira errônea. Para ter em conta a colaboração do particular que exige a lei, rompe-se a unidade da disposição. Desconhece-se que o interesse prático incontestável, que a teoria do ato jurídico bilateral quer ter em conta, pode receber satisfação por uma construção analógica da teoria da nulidade dos atos administrativos — teoria que não faz explodir o quadro da disposição, enquanto ato unilateral, mas simplesmente o alarga. (Assim é que, à pág. 129 da mesma obra, o autor enumera, entre os requisitos essenciais para a validade das **disposições**, o de "que todas as condições de direito, que a lei considera como indispensáveis para o gênero de disposição em questão, sejam realizadas"; e diz que se inclui entre elas, por exemplo, para a nomeação e a exoneração do serviço dos funcionários, o requerimento do interessado — nota 1, pág. 130.) Finalmente, adiante, e especificamente sobre esse ponto, conclui: "A maior parte dos atos administrativos que a prática qualifica como contratos de direito público são disposições unilaterais cuja validade depende do assentimento do interessado" (reportando-se então às considerações anteriores, acima reproduzidas; FRITZ FLEINER, *Les principes généraux*, cit., § 13, págs. 122-4, 129-30 e 133; cf. no n.º. 2, *supra*, trecho que se segue a essa conclusão).

5. Mas também STASSINOPOULOS tem, a repeatito, considerações da maior importância, que devem ser aqui reproduzidas, pois tocam no âmago desse problema sutil, delicado, relevante, situado em zona fronteiriça; enraizado nos confins da teoria do ato administrativo unilateral e do bilateral; do ato administrativo *stricto sensu* e do contrato administrativo.

Ver-se-á, na seqüência da exposição, que suas idéias coincidem, substancialmente, com as do emérito Professor da Universidade de Zurique, que acabamos de examinar.

Após a classificação dos atos administrativos segundo a influência da vontade do administrado (v., *supra*, n.º. 3, in fine), STASSINOPOULOS diz que os atos da terceira categoria (também examinados no n.º. 4, *supra*) são os que interessam à presente análise. Entre eles figuram notadamente a nomeação de funcionário, a naturalização, as permissões de polícia emitidas a requerimento da pessoa interessada, etc. Segundo ele, a doutrina não soube explicar de maneira uniforme a parte da contribuição trazida a seu aperfeiçoamento pela vontade da Adminis-

tração e pela do administrado. Em particular, a natureza jurídica do ato de nomeação de funcionário foi objeto de longa elaboração. Na época do absolutismo, a relação entre o Estado e o funcionário era considerada como um contrato de mandato ou de locação de serviços concluídos entre o funcionário e o soberano. Atualmente distinguem-se três opiniões (v. ANSCHUTZ-THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. II, 1932, p. 35, cit. por Stassinopoulos): a) certos autores falam de um contrato de Direito Público, impregnado do elemento de comando (LABAND, *Deutsches Staatsrecht*, 1919, p. 103); b) outros falam de um "ato de submissão" (*Akt auf Unterwerfung*); c) outros enfim se declaram em favor de um "ato bilateral", que todavia, não é um contrato (STASSINOPOULOS, *Tratado*, cit., § 8º, II, pág. 58).

A terceira teoria, prossegue, é devida a WALTER JELLINEK. Segundo esse autor o ato administrativo, para cujo aperfeiçoamento o consentimento do administrado é necessário, não é um contrato mas um ato "bilateral", que, à falta desse consentimento, é não anulável mas nulo. Assim a noção do ato bilateral se encontra colocada a meio-caminho entre o contrato administrativo e o ato puramente unilateral (W. Jellinek, *Zweiseitiger Verwaltungsakt*, pp. 109, 111; *Verw.-R.*, pp. 242-243). Encontra-se essa teoria na doutrina italiana, que admite igualmente o "ato bilateral" aperfeiçoando-se com a coincidência de duas vontades e que, entretanto, é diferente de um contrato (RAGGI, *Sull'atto amministrativo*, pp. 185-196; RESTA, *Il silenzio nell'esercizio della funzione amministrativa*, 1932, p. 168).

Essa noção, continua STASSINOPOULOS, é também conhecida da doutrina francesa. Segundo JÈZE, a nomeação de funcionário, o engajamento militar voluntário, a participação nas licitações públicas e, em geral, todo ato que deve ser provocado ou aceito pelo administrado, é um ato unilateral, que, entretanto, não pode aperfeiçoar-se sem o consentimento de uma segunda pessoa (*Les principes généraux du droit administratif*, III, p. 486; v. também II, p. 247). DUGUIT, que submete a uma análise idêntica os atos de Direito Privado e os de Direito Público, reconhece que existem entre eles aqueles cuja criação supõe absolutamente uma coincidência de duas vontades; não obstante, esses atos não têm caráter contratual. Tais atos são, no Direito Privado, o contrato coletivo de trabalho, e no Direito Público a nomeação de funcionário. DUGUIT dá a esses atos o nome de atos-união, que se aproxima do termo alemão *Vereinbarung* (*Traité du droit constitutionnel*, vol. I, pp. 376, 409, 423, vol. II, p. 279). É preciso todavia relevar que a noção de *Vereinbarung* se estende aos atos que nascem em consequência da colaboração de dois órgãos do Estado (p. ex., a lei votada por duas Câmaras), assim como aos atos dos órgãos coletivos do Estado (p. ex., a decisão de um conselho de administração). O traço comum a todos os *Vereinbarungen* é que as duas vontades visam fins paralelos (G. JELLINEK, *System der subjectiven oeffentlichen Rechte*, 1905, pp. 204, 205). Em consequência, se se admitisse a nomeação de funcionário como sendo uma *Vereinbarung*, tornar-se-ia obscura essa última noção.

E conclui STASSINOPOULOS: "A opinião que se impôs tanto à doutrina quanto à jurisprudência francesa repele a idéia de que a nomeação de funcionário constitua um contrato ou um ato bilateral" (HARIOU, **Précis de droit administratif e de droit public**, pp. 591 s.; **Conseil d'État**, 9.6.1899, Bergeon, **Recueil**, p. 46; 11.12.1903, Villenave, **Rec.**, p. 767; 7.8.1909, Winkel, **Rec.**, p. 1.302; Stassinopoulos, **Traité**, cit., § 8º., págs. 59-60).

Entre nós, também, "em tempos, pretendeu-se que o vínculo jurídico entre o Estado e o funcionário fosse de natureza contratual", como anota CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (**Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos**, 1ª., ed., 4ª., tiragem, 1984, pág. 10). Como representante dessa idéia pode-se apontar MÁRIO MASA-GÃO, considerando "inevitável a conclusão de que a aludida situação" (do funcionário público em face do Estado) "se regula por um contrato de direito público, e, mais precisamente, de Direito Administrativo" (**Curso**, cit., nºs. 328-43, esp. nº. 343, págs. 194-5). Mas atualmente prevalece, indubitavelmente, a tese de que a nomeação é ato administrativo unilateral (cuja eficácia, embora, depende da aceitação do interessado), e que a relação funcional dela derivada é de natureza institucional, **estatutária**, caracterizada pela prevalência do interesse social, cuja realização é alcançada pela prestação do **serviço público**, através da atividade dos funcionários (cf. HELY LOPES MEIRELLES, **Direito Administrativo**, cit., págs. 379-83; CAIO TÁCITO, **Natureza Estatutária da Função Pública**, na RDA 35/54, cit. por H. L. MEIRELLES, ob. cit., p. 381; CELSO A. B. MELLO, **Apontamentos**, cit., págs. 10 a 15). CRETELLA JÚNIOR, em sua obra mais recente (**Direito Administrativo**, cit., nº. 161, pág. 255), afirma: "A nomeação, por exemplo, é ato unilateral, não interessando, no caso, se o interessado concorda ou não com a medida. Se toma **posse**, nem por isso temos ato bilateral. A aquiescência do nomeado, mediante a posse, não se incorpora, como elemento jurídico, ao ato administrativo da nomeação, do qual fica sendo mero conseqüente".

Mas é preciso ressaltar, aqui, a situação jurídica dos empregados públicos contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei 5.452, de 1943): "Nesse regime, o vínculo empregatício é de natureza contratual, equiparando-se a Administração ao empregador comum, sem quaisquer prerrogativas especiais. Assim sendo, não lhe é lícito alterar unilateralmente as condições pactuadas, diversamente do que ocorre no regime estatutário" (HELY LOPES MEIRELLES, **Dir. Adm.**, cit., págs. 385-6). Em consonância com essa observação, MARCELO CAETANO faz esta importante advertência: "A importância da distinção entre agentes funcionários e agentes não funcionários resulta, nos tempos atuais, apenas da consagração que recebe do Direito positivo em cada País" (**Princípios**, cit., nº. 160, p. 366). "A situação atual na maior parte dos países que adotam o modelo político-social em que sempre temos situado o tipo do Direito Administrativo estudado, é a da existência, no vasto — cada vez mais vasto — campo da

Administração Pública, de agentes submetidos em grande número ao regime comum do Direito Trabalhista, a par de outros que se regem pelas normas do Direito Público" (*idem*, nº. 161, p. 369).

Em Direito helênico — prossegue STASSINOPOULOS — os atos que poderiam ter lugar na categoria dos atos provocados ou aceitos são bastante numerosos: as nomeações de funcionários, os decretos de naturalização, as concessões de minas, a outorga de uma patente de inventor, a permissão de funcionamento de um estabelecimento, etc., são atos para cujo aperfeiçoamento o consentimento do administrado é necessário.

Na falta desse consentimento esses atos são nulos? — indaga o mesmo autor. E responde: a jurisprudência parece admitir a solução afirmativa. Por exemplo, a autorização para instalar uma fábrica é considerada nula se o interessado retirou seu pedido antes que a emissão do ato tivesse ocorrido (*Conseil d'État Hellénique*, 493, 1933; v. também W. JELLINEK, *Verw.-R.*, p. 242). De outra parte, se a pessoa que foi nomeada funcionário se abstém por longo tempo de prestar compromisso e de entrar em exercício, seu comportamento equivale à reatuação de seu consentimento relativo à nomeação, e dá à Administração o direito de a revogar; a nomeação é nula, por falta de consentimento (*C. E. H.*, 954, 1933). Pode-se dizer o mesmo no caso da licença concedida a um funcionário após a retirada de seu requerimento (v. O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, 1924, p. 155, nº. 21: a licença sem um pedido da parte do interessado é uma pena disciplinar camuflada; Stassinopoulos, *Tratado*, cit., §8º., III, p. 60).

Do exposto resulta — conclui o publicista helênico — “que nos casos acima enumerados a declaração de vontade do administrado é necessária para que o ato administrativo seja válido. Entretanto, não podemos concluir, quanto ao valor jurídico do ato administrativo, que se trata de um contrato — o caráter contratual estando excluído pelo fato de que a intervenção da noção de serviço público implica necessariamente uma desigualdade entre as duas vontades, o que é incompatível com a noção de contrato. (Não confundir essa desigualdade das vontades com o caso do contrato de adesão: v. RESTA, *Il silenzio* etc., p. 168; N. DELOUKAS, *Le problème des contrats d'adhésion*, 1952.) Deve-se igualmente repelir a teoria de WALTER JELLINEK, segundo a qual o ato, não sendo parte de um contrato, é entretanto o resultado de duas vontades emitidas conjuntamente. Essa teoria arrisca inutilmente romper a unidade jurídica do ato e introduzir a confusão (GERBER, em *Verw. -Archiv*, 1931, p. 54, nota). A realidade é toda outra: o ato é o resultado de uma só vontade, a do Estado; a contribuição da vontade do administrado, longe de ter a importância da proposição de um contratante, só tem o valor de uma condição necessária para a validade do ato (*conditio sine qua non*) (KORMANN, *System*, p. 94): *o consentimento é um elemento externo, enquanto que a proposição do contratante é um elemento interno, que conduz ao contrato*” (MI-

CHEL STASSINOPOULOS, *Traité*, cit., § 8º., IV, págs. 60-61; grifo nosso).

6. Voltamos, agora, à questão de ser o **contrato administrativo** — aquele que verdadeiramente é contrato (ex.: o de concessão de serviço público, o de obra pública, o de concessão de uso de bem público, o de fornecimentos em geral), e não o ato administrativo unilateral dependente, para sua eficácia, de pedido ou de aceitação do interessado (objeto da apreciação feita nos nºs 4 e 5, *supra*) — incluído na categoria dos **atos administrativos** em geral; isto é, de ser ele **também** ato administrativo.

SEABRA FAGUNDES, respondendo afirmativamente à indagação, comenta que se tem “negado ao contrato a qualidade de ato administrativo, pelo argumento de que é ato de Direito Privado”. Mas, argumenta, “nem pela sua submissão, apenas relativa, ao Direito Privado, deixa ele de ser ato praticado através da Administração, e, como tal, administrativo” (MÁRIO GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, ed. de 1936, nº. 84, p. 228). “É verdade que se trata de ato misto, do Estado e do particular. Mas não há como lhe dar, só por essa razão, o caráter privado e negar-lhe o administrativo, sem dúvida prevalecente pois que o contrato com a Administração Pública apresenta sempre alguma diversidade de regime jurídico se comparado com o entre particulares” (O Controle, cit., nº. 22, nota 5, pp. 40-41).

Aliás, já FRITZ FLEINER comentara que a opinião comum via no contrato uma forma do Direito Privado; ele é um “título de Direito Privado”, afirmava-se. E isso porque só seria possível realizar-se entre sujeitos iguais, e não há jamais igualdade entre o soberano e seus súditos. No entanto, aduzia, não se deve examinar o problema de maneira tão superficial. Nós saudamos como uma conquista do Estado de Direito o fato de a Administração ter-se tornado, ela mesma, sujeita à lei; e “somos orgulhosos do fato de que o Estado deva deixar valer contra si os direitos públicos dos súditos fundados numa disposição unilateral”. Por que, pois, ele estaria menos ligado a uma promessa feita através de contrato? Não lhe falta a capacidade de ser obrigado, de ser sujeito passivo dessa relação bilateral. Se, apesar disso, o contrato tem, no Direito Administrativo moderno, uma participação consideravelmente menor que o ato administrativo unilateral (“la **disposition**”), isso se deve a razões por ele anteriormente expostas (cf. ob. cit., p. 119, em que sintetiza: “Segundo seu fim, devem-se distinguir as disposições em disposições de execução (**Vollziehungsverfügungen**) e disposições de organização (**Gestaltungs verfügungen**). Nessas se traduz toda a riqueza da atividade criativa das autoridades administrativas. Classificar essas disposições de acordo com seu conteúdo seria percorrer o vasto domínio de toda a administração, por inteiro”; *Les principes généraux*, cit., § 13, II, p. 133).

Parece-nos que a questão, aí, se resolve de maneira bastante simples. Basta que se saiba precisamente do objeto de que se está falando. Podemos falar em **ato administrativo** em sentido amplo ou em sentido

estrito. Se aludirmos ao ato administrativo **lato sensu**, aí estaremos incluindo os regulamentos (atos administrativos gerais) e os contratos (atos administrativos bilaterais); se, ao contrário, estivermos nos referindo ao ato administrativo **stricto sensu**, estarão excluídos aqueles de caráter geral e os bilaterais.

Nenhuma novidade, aliás, existe nessa conclusão; é mera aplicação, na verdade, da teoria do **ato jurídico** em geral. O ato jurídico (compreendido, por sua vez, na categoria mais ampla do **fato jurídico**), abstraída uma classificação mais precisa (ato-fato, ato jurídico **stricto sensu**, negócio jurídico), pode dizer-se unilateral (declarações unilaterais de vontade) ou bilateral (em que se inclui a vasta gama dos contratos). Só não há, na categoria dos atos jurídicos — pertencente, na verdade, à teoria geral do Direito, de que o Direito Administrativo tomou emprestado o conceito, para adaptá-lo às singularidades do Direito Público —, a figura do ato geral, abstrato (meramente regulamentar).

É, precisamente, o que faz CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quando, após dar sua definição do ato administrativo, esclarece ter formulado aquela correspondente à noção em sentido amplo, compreendendo os atos gerais e abstratos e os atos convencionais, concluindo: "Em acepção estrita pode-se conceituar ato administrativo com os mesmos termos utilizados acrescidos das características: concreção e unilateralidade". Daí a seguinte noção: *declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional* (Elementos, cit., págs. 38-9).

(Dissemos, acima, que o ato jurídico é conceito próprio da teoria geral do Direito. Referindo-se especificamente aos contratos — que, como vimos, incluem-se como espécie no gênero ato jurídico —, MÁRIO MASAGÃO filia sua afirmação, reproduzida no n.º 2, *supra*, a SAVIGNY, ao dizer ter este demonstrado "que o contrato é figura pertencente à teoria geral do direito, cujas espécies tanto aparecem no direito privado como no público (*Diritto Romano Attuale*, III, págs. 405 a 408)" (Curso, cit., n.º 342, p. 194). Já quanto ao ato jurídico em geral, veja-se o que escreve ROBERTO LUCIFREDI (*L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milão, 1963, n.º 2, p. 7): "*Ferma in me essendo la convinzione della sostanziale unità dell'atto giuridico, in qualunque forma si manifesti, sono persuaso che una teoria generale dell'atto giuridico sia possibile ed utile*". Pág. 8: "*Le tradizioni della nostra scuola*" (escola de Direito Administrativo italiana) "*in questo campo sono luminose, ed hanno avuto di recente autorevole riconoscimento da parte di colui che della teoria generale dell'atto giuridico è, in Italia, il più geniale ed appassionato cultore, FRANCESCO CARNELUTTI. Ha egli esplicitamente dichiarato che 'il diritto amministrativo, un pò dappertutto ma anche molto in Italia, è oramai un benemerito della teoria generale'*" — *Recensione a ZANOBINI, Corso di diritto amministrativo*, vol. I, na *Riv. dir. proc.*, 1937, I, pág. 97.)

7. É tempo de passarmos ao conceito do ato administrativo, decompondo-o a seguir nos seus elementos essenciais.

Antes do mais, é oportuna a lição de MARCELO CAETANO (*Princípios*, cit., nº. 45, p. 106): "A idéia do ato está ligada à de remate de uma ação, é ação concluída, intenção tornada realidade, o agir que chegou ao seu termo: *actus* é o particípio passado do verbo *agere*".

Portanto, "remate de uma ação, ação concluída" — não a atividade em si, da Administração. Cabe a advertência porque, como já observara OTTO MAYER, a palavra *ato* fez muitos autores pensarem na *ação*, e falarem "ingenuamente de atos administrativos para designarem tudo aquilo que pode fazer a administração"; assim é que, segundo esse autor, para GEORG JELLINEK (*Gesetz und Verordnung*, 1887, pp. 221 s.), "ato administrativo" é sinônimo de toda atividade da administração, qualquer que ela seja, como por exemplo a de instalar uma aula de escola (exemplo, aliás, mencionado por C. A. BANDEIRA DE MELLO como "ato material" não qualificado como ato administrativo — *Elementos*, cit., p. 37; OTTO MAYER, *Der Adm. Alemán*, cit., § 5^o, nota 19, p. 83, e § 8^o, nota 1, p. 126).

Essa noção em amplíssimo sentido também é mencionada por ZANOBINI (*Corso*, cit., p. 195), para esclarecer em seguida que a doutrina concordemente restringe a denominação de ato administrativo só àquele **produtivo de efeitos jurídicos**. E também por FRITZ FLEINER, que, inclusive, alude à singular concepção de W. APELT (*Verwaltungsrechtlicher Vertrag*, 1920, pp. 70, 73, 95, 115, 123, 127 etc.), que qualifica como atos administrativos também os atos jurídicos unilaterais de particulares que têm um efeito de Direito Público (renúncia à autorização de manter um débito ou a uma concessão de estrada de ferro, consentimento à criação de uma obrigação de serviço público, etc.), classificando-os como "atos jurídicos de Direito Público não autoritários" (*nichtobligatorisch*). Nesse sentido amplo, diz FLEINER, entende-se por ato administrativo a ação de uma autoridade administrativa — compreendidas aí as ações materiais —, por oposição aos atos da Justiça (julgamentos etc.) ou à legislação. Mas em sentido estrito, completa, entende-se por ato administrativo somente o "ato de autoridade, realizado tendo em vista **um resultado de direito**, por uma autoridade administrativa". Refere, em seguida, a classificação básica de SAUERLANDER (*Vom Wesen des Rechts*, "Leipzig Zeitschrift für deutsches Recht", 1920, p. 315): "Os atos podem ser de duas espécies: tendem à realização (ações em sentido estrito) ou ao conhecimento do real (declarações, *Erkenntnisse*)"; e a de DUGUIT, que opõe julgamento e ato administrativo da maneira seguinte: "O ato administrativo é a criação de uma situação de direito" (*Traité de droit constitutionnel*, I, 3^a ed., p. 194); "Julgar é constatar, seja a existência de uma regra de direito, seja a existência de uma situação de direito" (p. 263).

Nessa categoria do ato jurídico administrativo em sentido estrito — da qual faz parte a **disposição** (*Verfügung*), ato jurídico unilateral de Direito Público que, no dizer de FLEINER, é "o melhor meio de que

a autoridade se serve" para concretizar os direitos e as obrigações dos cidadãos (cf., *supra*, nº. 2) —, entram não somente as disposições de organização e de execução (*Gestaltungs- und Vollziehungsverfügungen*; cf. nº. 6, *supra*), mas também as **decisões** (*Entscheidungen*) a serem tomadas pelas autoridades administrativas, as declarações oficiais sobre relações de direito, as questões de estatuto, etc., "e ainda as sentenças (julgamentos) que a lei atribui à autoridade administrativa", e enfim as notificações e atestações oficiais. Mas o que interessa precipuamente, no estudo do ato administrativo, são "as disposições de autoridade que têm a natureza de atos jurídicos, isto é, as disposições que tendem à criação, à modificação ou à supressão de uma relação de direito público entre a autoridade administrativa e o cidadão" (FRITZ FLEINER, *Les principes géner.*, cit., pp. 118-19, e notas 5 e 1, respect.).

Como se vê desse passo, FRITZ FLEINER inclui aí as **sentenças** proferidas, com caráter jurisdicional, pelos tribunais ou contenciosos administrativos. Mas, do conceito de ato administrativo em sentido estrito parece-nos que elas devem ficar fora. Nesse sentido, aliás, já vimos que ZANOBINI, ao fazer constar, em sua definição do ato administrativo, a exigência de que ele seja praticado pelo sujeito "no exercício de um **poder administrativo**", considera excluídos de seu âmbito aqueles atos que possam ser praticados, pelos órgãos da Administração Pública, no exercício de uma função legislativa ou jurisdicional. E, assim, reputa excluídos, além dos regulamentos — já objeto de nossas considerações iniciais (cf. nº. 2, *supra*) —, "os atos emitidos pelo poder executivo com eficácia de lei (decretos-leis e decretos legislativos), ou de sentença (decisões das jurisdições administrativas)" (Corso, cit., p. 197. C. A. BANDEIRA DE MELLO exclui aqueles — decretos-leis —, e mais a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, a promulgação de lei, etc., a outro título: por serem **atos políticos ou de governo**: "Por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina jurídica é peculiar" — *Elementos*, cit., pág. 37). Também MARCELO CAETANO exclui daquele conceito os julgamentos das jurisdições administrativas, declarando-os "**sentenças e não atos administrativos**" (*Princípios*, cit., nº. 46, p. 109).

Aliás, este autor, como a maioria da doutrina, distingue **atos da Administração** e atos administrativos. Naquela expressão, sim, é que pode caber a mole dos atos praticados pelos órgãos e agentes públicos, que compõem a multifária, protéica atividade da Administração.

Assim, para que o conceito de ato administrativo resulte definido, é preciso escoimá-lo de todas as realidades que o não integram. Lembra MARCELO CAETANO que "diziam os escolásticos que a definição deve conter 'o gênero próximo e a diferença última'. De modo que a realidade que se procura definir — e **definir** é traçar os limites do conceito em relação aos outros conceitos afins — tem de ser classificada num gênero e depois diferenciada com suficiente nitidez de

todas as outras realidades que no mesmo gênero possam confundir-se com ela" (**Princípios**, cit., nº 45, p. 107).

Afora as distinções e as tentativas de precisamento antes feitas, resta dizer que não são atos administrativos os atos de **gestão privada** praticados pela Administração (ex.: locação de uma casa para nela instalar-se uma repartição pública), atos esses que se regulam pelo Direito que é comum à generalidade das pessoas, pelo Direito privado.

Da mesma forma, por não serem atos jurídicos, não são igualmente atos administrativos os **atos materiais**, ou **operações materiais** (também chamados **atos administrativos**), que muitas vezes são apenas a execução de atos administrativos propriamente ditos (cf. ZANOBINI, **Corso**, cit., p. 196). Como exemplos de tais atos podem ser mencionados, além do da aula escolar, anteriormente referido, os indicados por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: uma operação cirúrgica por médico no exercício de sua atividade como funcionário, a pavimentação de uma rua, etc. (cf. MARCELO CAETANO, **Princípios**, cit., nº. 46, pp. 108-9; C. A. BANDEIRA DE MELLO, **Elementos**, cit., p. 37).

8. Um passo importante, parece-nos, foi dado com a definição de OTTO MAYER: "*O ato administrativo é uma declaração da autoridade, no exercício da administração, que determina para o cidadão, num caso concreto, o que deve ser de direito para ele*". (À falta da obra original, em alemão ou em francês — esta traduzida pelo próprio Otto Mayer, como se vê do prefácio da edição francesa de 1903, reproduzido na tradução argentina de 1949, ob. cit., pp. XXIII-XXV —, procuramos traduzir a definição, acima, mediante confronto da tradução argentina com a tradução francesa da definição, feita em FRITZ FLEINER, **Les princ. gén.**, cit., § 13, II, p. 119, nota 1, da 3ª., ed. alemã, 1924, **Deutsches Verwaltungsrecht**: "*une énonciation de l'autorité, rentrant dans l'administration, que fixe au citoyen dans un cas donné ce qui doit être de droit pour lui*". A tradução argentina diz: "*El acto administrativo es un acto de autoridad que emana de la administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser de derecho en un caso concreto*" — **Derecho Administrativo Alemán**, cit., § 8º., I, vol. I, p. 126.) FRITZ FLEINER (ob. e loc. cit.) comenta que "essa terminologia e essa concepção são adotadas pelo Tribunal administrativo supremo saxão".

E parece-nos que nela, substancialmente, assenta a definição apresentada por MICHEL STASSINOPOULOS (**Traité**, cit., § 4º., p. 37): "*declaração de vontade emitida por um órgão administrativo, determinando de maneira unilateral o que é de direito em um caso individual*".

E ele próprio destaca, como elementos dessa noção, os seguintes: a) declaração de vontade; b) emissão por um órgão administrativo; c) natureza unilateral da declaração; d) determinação do direito no caso individual (loc. cit.).

Mas STASSINOPOULOS lembra também as fórmulas conceituais de HAURIOU (**Précis**, p. 356): "*declaração de vontade visando produ-*

zir um efeito de direito, em face dos administrados, emitida por uma autoridade administrativa em forma executória, ensejando a execução de ofício"; a de WALINE (*Manuel élémentaire de droit administratif*, 1952, p. 421): "ato jurídico unilateral de um administrador qualificado, agindo como tal, suscetível de produzir por si mesmo efeitos de direito"; e a da jurisprudência dos tribunais administrativos alemães, segundo a qual há ato administrativo individual (*Entscheidung* ou *Verfügung*) "se por parte de uma autoridade administrativa é editado um ato dirigido a uma pessoa sujeita ao poder público, estabelecendo a seu respeito, com força obrigatória direta, uma ação ou uma abstenção determinada" (v. ZINFER, *Rechtsprechung* etc., "Verw.-Archiv.", 1934, p. 250; STASSINOPOULOS, *Traité*, cit., § 4º., p. 37, nota 1).

E WALINE, já no *Droit administratif* (Paris, 1957, 7ª. ed., nº. 668, p. 382), diz que se pode ainda, com HAURIOU, chamar, aos atos administrativos unilaterais, **decisões executórias** — expressão que denota seu objeto: modificar a situação jurídica existente ("*changer l'ordonnement juridique existant*"), e seu efeito principal, que é serem executórias por si mesmas. E, examinando seus caracteres (os de serem atos jurídicos, de autoridades administrativas, com objeto administrativo), explica: "Desde logo, são atos jurídicos, isto é, atos praticados com a intenção de produzir efeitos de direito, de criar uma situação jurídica nova, um direito subjetivo novo, e reciprocamente uma obrigação nova a cargo de alguém, ou ainda de denegar uma pretensão jurídica".

O ato jurídico — e, pois, o ato administrativo — opõe-se assim à operação puramente material. A distinção é geralmente fácil de fazer-se: a nomeação de funcionário é um ato jurídico, porque confere à pessoa nomeada certos direitos, como certas competências (o poder de praticar validamente determinados atos), e obrigações; pavimentar uma estrada, ao contrário, é uma operação que nada tem de jurídico, que é puramente material. Outras vezes é menos fácil: por exemplo, na detenção de uma pessoa o ato jurídico é o mandado de prisão ou de condução, enquanto a operação material é a apreensão do corpo do indivíduo detido (empregando-se mesmo uma palavra especial para designar esse ato material: a "captura") (M. WALINE, ob. cit., nº. 669, p. 382).

Com a mesma concepção substancial, no Direito francês, LOUIS ROLLAND (*Précis de droit administratif*, 2ª. ed., nova tiragem, 1953, Paris, nºs 59-60, pp. 46-7): do ponto de vista material, "o ato administrativo é o que cria uma situação jurídica em proveito ou a cargo de um indivíduo ou determina a aparição de certa situação". Os atos da Administração são: **decisões executórias**, manifestações de opinião (ex.: pareceres e votos) e atividades ("*agissements*"). A decisão executória pode visar um número indeterminado de pessoas ou de situações, ou uma pessoa ou uma situação determinada. "Ela cria sempre alguma coisa de novo, seja porque formula uma regra nova, seja porque modifica a situação jurídica de um particular". Os "*agissements*" são operações técnicas de execução, conjuntos de operações ou simples operações ma-

teriais. Essas e as manifestações de opinião “não criam nada”: apenas acompanham ou constituem a execução das decisões. Os atos administrativos podem ser unilaterais ou bilaterais (compreendidos nesta classe os contratos administrativos — ob. cit., nº. 61-B; cf. nºs. 62-72, pp. 47-57).

9. Vemos, portanto, que o ato administrativo, particularmente o ato administrativo individual, tem a função precípua de concretizar, de individualizar as disposições da lei. Isso não seria sempre necessário. Como observa FRITZ FLEINER, a lei pode atribuir diretamente consequências de direito a um fato, e, assim, criar imediatamente, para o cidadão, direitos e obrigações. Dessa forma, desde a entrada em vigor de uma postura municipal o proprietário de uma casa tem, por exemplo, a obrigação de proceder à limpeza da calçada, sem dever esperar receber uma ordem individual para isso, do Poder administrativo competente (*Les principes généraux*, cit., § 13, I, p. 116). Mas pode ser necessário em muitas situações, em que há necessidade de verificação de circunstâncias de fato, para saber-se se uma disposição legal deve ser aplicada a uma coisa ou a uma pessoa; pense-se na multiformidade das manifestações do poder de polícia, quer sob a forma de direitos (permissões, autorizações) quer de obrigações; pense-se ainda na hipótese de haver necessidade de avaliação de um imóvel para calcular-se a prestação financeira devida pelo proprietário; enfim, os exemplos seriam numerosos. Dessarte, “a maior parte dos direitos e obrigações de Direito Público só recebem a sua forma definitiva por uma declaração de vontade da autoridade administrativa. *Entre a lei e o sujeito vem se inserir um ato da autoridade administrativa*”, sintetiza, em fórmula feliz, FRITZ FLEINER (loc. cit., p. 117).

Pode-se dizer, figurativamente, que o ato administrativo (chame-se assim, ou dê-se-lhe o nome de decisão executória, disposição) estabelece uma **ponte** entre a lei e o cidadão.

Mas, além disso, há ainda o caso em que este deixa de cumprir uma obrigação que lhe era imposta diretamente pela lei: então a autoridade deve intervir para fazer com que seja realizada de fato a exigência legal (o proprietário da casa, que não limpou o passeio, recebe a ordem para fazê-lo da autoridade que tem o poder de polícia; exemplo de FLEINER, loc. cit., p. 118, nota 1).

Toda disposição (ato administrativo), escreve FLEINER (loc. cit., p. 119), contém uma declaração de vontade, um comando de uma autoridade, da mesma forma que a lei ou o regulamento. “*Mas, enquanto a lei e o regulamento estabelecem regras de direito, a disposição constitui uma relação de direito.*”

Diferentemente da lei e do regulamento, “a disposição rege sempre uma espécie concreta ou uma soma de espécies concretas (Tribunal Administrativo Supremo prussiano, t. 49, 369). Ela é dirigida a um indivíduo determinado ou ao número ilimitado dos indivíduos que se encontram” (“*sont parties*”) “na situação regradada pela disposição”. (Assim, de acordo com a lei do Império sobre as associações, de 19 de

abril de 1908, §§ 13 e 14 — exemplifica FLEINER —, a disposição pela qual um funcionário da polícia dissolve uma reunião é dirigida a todos os participantes da reunião; da mesma forma, a lei de 30 de julho de 1900, sobre a luta contra as doenças contagiosas, autoriza as autoridades a editar, para a luta contra as epidemias, disposições gerais dirigidas a classes inteiras de pessoas; F. FLEINER, *Principes généraux*, cit., § 13, II, pág. 120 e notas 1 e 2.)

10. Confirmando o que dissemos no n.º 8, *supra*, MICHEL STASSINOPOULOS escreve, páginas adiante de sua definição, fazendo remissão a OTTO MAYER (*Verw.-R.*, I, p. 93), que “o ato administrativo determina o direito no caso individual”; e procura explicar, nesse parágrafo (§ 10 do *Traité*, pp. 68-75), que “a determinação do direito no caso individual não é senão uma aplicação da lei” (p. 68).

Essa fixação do direito não é uma regra legal; é, sim, a aplicação desta. A Administração age sempre com base em lei, em direito preexistente (**princípio da legalidade**; cf. ob. ult. cit., § 1.º, II, e CRETELLA JR., *D. Adm. Bras.*, cit., n.º 3, pp. 4-6). Essa regra de direito limita, em abstrato, a vontade das pessoas; e o ato administrativo, na aplicação, na execução da regra, concretiza essa limitação para uma ou mais pessoas. Ora, o Poder Executivo, tendo, constitucionalmente, somente a função de aplicar as leis, não pode criar limitações à vontade, aos direitos dos cidadãos, sem que elas resultem direta ou indiretamente de ato emanado do Poder Legislativo. Daí dizer-se, precedentemente, que, diversamente do particular, que pode fazer tudo o que a lei não proíbe (Const. Federal, art. 153, § 2.º), a Administração não somente está impedida de agir **contra legem** ou **praeter legem**, mas ainda está obrigada a agir **secundum legem**. (E no agir segundo a lei deve-se entender, hoje, essa em sentido lato, estando a Administração jungida a observar os próprios regulamentos por ela mesma anteriormente baixados: **legem patere quam ipse fecisti**; cf. WALINE, *Droit adm.*, cit., n.º 701, p. 402; CRETELLA JR., *D. Adm. Bras.*, cit., n.º 3. Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo prussiano, de 6 de janeiro de 1896: “*die Polizei darf nicht alles fordern was sie nicht durch Gesetz gehindert ist zu fordern, sondern sie darf nur fordern, was das Gesetz zu forcieren gestattet*”: a Política (a Administração) não pode exigir tudo o que a lei não a impede de exigir, mas pode exigir somente o que a lei a habilita a exigir”; M. STASSINOPOULOS, *Traité*, cit., § 10, I, pp. 68-9 e nota 1.)

Mas a aplicação da lei é também tarefa da **sentença** jurisdicional; e chega-se ao ato administrativo como se chega a ela, partindo-se da subsunção do fato à lei. Não pára aí, porém, o paralelismo. A jurisdição, como a administração, não se satisfazem em decidir qual o direito aplicável num caso concreto: não se faria aí a **realização** do direito; para que ele se efetive, é preciso haver em seguida a execução da decisão (a pedido do interessado, na jurisdição). OTTO MAYER ressaltou essa equivalência, escrevendo: “O ato administrativo representa para a administração o correlativo necessário das sentenças dos tribunais; ele é in-

dispensável a fim de que a organização administrativa tenha igual valor do ponto-de-vista jurídico. Por isso é que insistimos desde o princípio, com grande ênfase, sobre o **caráter equivalente** do ato administrativo com relação à sentença" (Der. Adm. Alemán., cit., § 5º., I, p. 75, onde lembra que já HENRION DE PANSEY, De l'autorité judiciaire, cap. XXXIX, em 1810, estabeleceu essa comparação entre a sentença e o ato administrativo).

A análise comum do ato administrativo e da decisão jurisdicional, em seus elementos lógicos, comenta MICHEL STASSINOPOULOS, nos leva inicialmente a pensar que se trata de duas manifestações da mesma função, tendo por objeto a aplicação da lei; e chega-se, assim, à teoria que confunde as duas funções (e aqui esse autor faz remissão a Merkl, Kormann, Carré de Malberg, Kelsen, H. Berthélémy, O. Mayer, Th. Tsatsos, nas obras que indica; ob. cit., p. 70, nota 3), segundo a qual administrar e julgar são formas diferentes da mesma atuação, e a distinção entre elas só tem valor histórico (remissão a MERKL, *Allgemeine Verwaltungsrecht*, 1927, p. 33). De acordo com essa teoria, a distinção foi-se confirmando gradualmente, precisando a lei em cada passo os atos de execução que seriam jurisdicionais e os que o não seriam. / É início, somente estavam cobertos pelas garantias jurisdicionais os atos concernentes à vida, à liberdade e à propriedade dos cidadãos, para depois estenderem-se essas garantias a outras matérias atribuídas outrora ao livre domínio da Administração (CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, I, 1920, p. 810: STASSINOPOULOS, *Traité*, cit., § 10, II, pp. 70-71).

11. Empenhando-se em fazer de maneira precisa essa distinção, STASSINOPOULOS, depois de afastar, como não decisivos, outros critérios (o do poder discricionário da administração, o da ação de ofício dessa, o da contestação sempre presente perante o juiz — ob. cit., pp. 71-3), detém-se no da finalidade inerente a cada uma daquelas funções do Estado. E argumenta que a administração tem por fim satisfazer aos interesses públicos, aos interesses da coletividade, praticando os atos necessários para atingir esse objetivo; e, assim, o ato administrativo (decisão executória, disposição) é apenas o **meio** de que se serve para alcançar o desiderato. Enquanto isso, a jurisdição tem na prolação da sentença, na consecução da decisão jurisdicional, o próprio **fim** de sua atividade, já que sua função precípua, seu escopo, é o de dirimir as controvérsias, estabelecendo assim a paz social, a ordem pública (pense-se especialmente nas ações e correspondentes sentenças meramente declaratórias e nas constitutivas).

Assim, a função jurisdicional, destinada à manutenção da ordem pública, resulta numa manifestação jurídica adequada a esse fim, e armada de uma força propícia a esse efeito: a decisão do juiz. De outra parte, a função "executiva" (função da Administração), tendo por escopo o atendimento das necessidades quotidianas do público, se exprime no ato administrativo, "manifestação jurídica extremamente elástica, em princípio revogável e facilmente adaptável à função da adminis-

tração". Assim, essa diferença de fins se traduz numa diferença substancial entre o ato administrativo e a decisão jurisdicional: somente esta é dotada da **força de coisa julgada** (material), ou "força de verdade legal" (força de direito: **Rechtskraft**).

"A *força de coisa julgada* é, pois, o verdadeiro critério da distinção entre o ato administrativo e a decisão jurisdicional", conclui STASSINOPOULOS; e acrescenta que essa força não é todavia um elemento externo, mas um elemento de fundo, "que muda a natureza mesma do ato; este deve doravante ser considerado como verdade legal e ab-roga definitivamente toda contestação: é o traço da decisão jurisdicional" (*Traité*, §10, III, pp. 73-4). No mesmo sentido, JÈZE (*Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, trad. espanhola, da 2ª. ed. francesa, por Carlos Garcia Oviedo, Madri, 1928, p. 59) sentencia: "Toda declaração não constitui um ato jurisdicional. Este ato só existe quando a declaração tem **força de verdade legal**. *Res judicata pro veritate habetur*".

Esse mesmo critério é inteiramente válido quando se trata da jurisdição dos tribunais administrativos, nos países que os têm (França, Itália, Grécia, Portugal, Bélgica, por exemplo). No Brasil, como se sabe, a jurisdição é privativa do Poder Judiciário (salvo exceções especialíssimas), e a este compete, portanto, o controle jurisdicional da administração. Mas nos países que têm a jurisdição administrativa, especial, ao lado da jurisdição ordinária, torna-se mais difícil distinguir, como observou STASSINOPOULOS, os órgãos que a compõem — que "nem sempre apresentam de maneira clara as características de um tribunal", podendo constituir-se, por vezes, em "comitê que tem a competência de conhecer os litígios entre administração e administrados" — dos órgãos da chamada administração ativa; e, conseqüentemente, distinguir os atos dessa jurisdição administrativa dos **atos administrativos**.

Aí, também, o critério decisivo será o da coisa julgada. Se a lei atribui aos pronunciamentos do órgão a "força de direito", e se ele não está ligado hierárquica ou organicamente ao órgão de que provém o ato impugnado, teremos um órgão jurisdicional, e jurisdicionais serão os atos que praticar (*"Or, cette force de la chose jugée est le critère véritable qui peut modifier la nature de l'acte e créer un acte juridictionnel"*); de modo que não ficarão sujeitos a controle hierárquico nem a revogação administrativa (M. STASSINOPOULOS, *Traité*, cit., § 6º., V, pp. 47-8), ou a anulação por parte da própria Administração.

A esse propósito, aliás, anota FRITZ FLEINER que, "na medida em que poderes de decisão são delegados à autoridade administrativa, suas decisões, tomadas em forma de disposições (v. *supra*, p. 17), e seus julgamentos têm a força material de coisa julgada (BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, 129 sqq.; KORMANN, *System des rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, 1910, 65 sqq.; Tribunal Administrativo Supremo saxão, t. 7, 102; cf. sobre o tema, *supra*, §2). A Constituição wurtemberguesa de 25 de setembro de 1919 o exprime

em seu § 40: 'Quando decidem litígios de direito, as autoridades e os funcionários são submetidos somente à lei' " (*Les Principes généraux*, cit., § 13, II, p. 118, nota 6).

Cabe ao legislador determinar os casos em que a declaração (da jurisdição administrativa ou judiciária) tem força de coisa julgada material; e saber quando quis aquele atribuir-lhe essa qualidade é uma questão de boa interpretação da lei (STASSINOPOULOS, *Traité*, cit., § 6º., V, pp. 48-9, e § 10, III, p. 74). Aliás, já o dissera JÈZE: "Ao legislador toca **discricionalmente** dispor que em um caso determinado a declaração que certo indivíduo faz tenha **força de verdade legal**. Por conseguinte, depende exclusivamente do legislador que uma determinada declaração constitua ou não um ato jurisdicional" (*Los Principios Generales*, cit., p. 59; adiante, p. 185, nota 1: "O autor, as formas e o objeto da declaração são de importância secundária"; "**Particularmente**, é uma questão de exegese ou de interpretação da vontade expressa ou tácita do legislador").

De outra parte, informa STASSINOPOULOS, a jurisprudência tem utilizado o critério material para formar um grupo de **atos emanados de órgãos administrativos mas relativos à função jurisdicional**. Os tribunais administrativos se abstêm de qualquer controle desses atos, procurando assim manter a harmonia entre as funções executiva e jurisdicional. Tais são: a) os atos de polícia judiciária, praticados por órgãos administrativos de qualquer hierarquia, como os dos comissários de polícia, dos agentes florestais, dos inspetores de finanças, etc., quando agem na qualidade de agentes da polícia judiciária a fim de constatar um delito etc. (v. a jurisprudência francesa, DUEZ, *La responsabilité de la puissance public en dehors du contrat*, 1938, p. 252; *Conseil d'État*, 30 de janeiro de 1914, Banel e Than, *Rec.*, p. 121; C. E., 20 jan. 1915, Maignat, *Rec.*, 123; C. E., 14 mai. 1930, Chapiro Hayem, *Rec.*, 494; *Tr. Confl.*, 9 dez. 1911, Robin, *Rec.*, p. 1.177); b) os atos dos órgãos administrativos praticados em execução de decisões dos tribunais, por exemplo, na execução de um despejo (C. E., 6 mai. 1932, Taillandier, *Rec.*, p. 467); o retardamento do serviço de polícia durante a execução (C. E., 18 dez. 1935, Carné, *Rec.*, p. 1.206). Devem-se classificar nessa categoria os decretos de graça, ou a decisão de recusá-la. Outrora esses atos eram considerados imunes a controle como **atos de governo**, mas a tendência recente da jurisprudência é a de tê-los como insuscetíveis de remédio jurisdicional ("**recours**") por sua relação com a execução das decisões dos tribunais (C. E., 28 mar. 1947, Gombert, em *R. d. p.*, 1948, p. 90; Conselho de Estado helênico, 23, 1945: a inadmissibilidade de um "**recurso**" contra a recusa de concessão de graça foi baseada em dois motivos: qualidade de ato de governo e relação do ato com a função judiciária; M. STASSINOPOULOS, *Traité*, cit., § 6º., IV, p. 46).

12. Vimos, no início deste estudo, que o ato administrativo tem seu contexto no Estado de Direito; só se compreende neste. O princípio da legalidade, pode-se dizer, no âmbito da administração, se exprime no

ato administrativo, como no campo jurisdicional se traduz na sentença. A Administração, ao prover sobre as necessidades públicas quotidianas, não executa, em geral, as leis de maneira imediata, assim como o Poder Judiciário, ao atender à pretensão de um requerente, não pode ordenar imediatamente a prática de atos de execução para satisfazê-lo. Há necessidade em ambos os casos — como regra — da individualização do direito, da declaração da regra que será aplicada no caso concreto submetido à apreciação da Administração ou do juiz; só depois disso é que é lícito exigir a submissão do particular. Essa correspondência entre o ato administrativo e a sentença foi apontada há bastante tempo (cf. nºs. 1 e 8-10, *supra*).

Diz muito bem MICHEL STASSINOPOULOS: "A submissão da Administração à lei dá uma significação nova a suas ações. Do caos indisciplinado das operações materiais de toda sorte — do Estado policial — uma noção nova se destaca, a do ato administrativo, isto é, de um ato jurídico de natureza especial, determinando antecipadamente em que sentido a regra de direito deve ser aplicada num caso individual" (*Traité*, cit., § 2º., I, p. 22; cf. págs. 23-4).

Portanto, sendo a função do ato administrativo a de determinar o que é de direito num caso concreto, isso equivale à determinação dos direitos e obrigações recíprocos entre a Administração e o cidadão. Assim, este fica sujeito às operações materiais que possam ser praticadas em decorrência do ato; mas, por outro lado, a Administração, de sua vez, também fica subordinada, na respectiva execução, à regra individual estabelecida no mesmo ato. O ato administrativo é fonte e limite dos atos materiais. "A operação material está submetida ao ato jurídico como este está submetido à regra de direito" (autor e ob. ult. cit., pág. 24). É o que se chama a "vinculação bilateral" ("*engagement bilatéral*").

O ato administrativo, como já vimos, não é provido da força da coisa julgada, da força de direito material (*Rechtskraft*); todavia tem ele também, como a sentença, a força de produzir, no caso concreto para o qual foi editado, a vinculação das partes: no caso, da Administração e do administrado.

Isso não quer dizer que o ato administrativo — "título" da "execução" administrativa — não possa vir a ser modificado (acabamos de afirmar que ele não é provido da autoridade da coisa julgada); que o particular e a Administração tenham de se conformar definitivamente com ele. Se entendê-lo ilegal, aquele pode impugná-lo na via jurisdicional (administrativa ou judiciária, conforme o sistema); para, então sim, obter uma declaração imodificável da regra jurídica fixada no ato (*res iudicata*; cf., entre nós, Const. Fed., art. 153, § 4º.). Mas, enquanto o ato administrativo não for modificado, pelo meio próprio (inclusive o recurso hierárquico, que, porém, também não produzirá coisa julgada), o administrado estará obrigado a sujeitar-se a ele. E, como se sabe, o ato administrativo tem o atributo da auto-executoriedade, não dependendo a autoridade de recorrer ao Poder Judiciário para efetivar a realização do direito.

Por outro lado, a Administração pode, em princípio, revogar seu próprio ato; mas, enquanto o não faça, estará obrigada a manter-se exatamente no círculo de juridicidade por ele traçado; estará jungida a observar o seu próprio estatuto, que rege o caso individual. E, assim, a execução do ato, as operações materiais realizadas, terão de conformar-se a ele. **Legem patere quam ipse fecisti.** (O ato administrativo é o último elo na cadeia da legalidade: lei, regulamento geral, ato administrativo individual.)

Vale aqui, novamente, a comparação com a sentença — a mostrar como deve ser constante a preocupação dos juristas com a teoria geral do direito (como foi de grandes dentre eles, podendo-se aqui mencionar CARNELUTTI). Também essa tem de ser executada em seus precisos termos. O Código de Processo Civil brasileiro prescreve, no art. 610: “É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença, que a julgou”. E no art. 743 declara que há **excesso de execução** — impugnável por embargos (art. 741, V) — quando essa “se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença” (inciso III).

De igual modo, haverá **excesso de poder**, ou desvio de poder (ou abuso de poder), se a execução do ato administrativo não se contiver nos parâmetros por ele traçados. E isso ensejará ao administrado o recurso hierárquico ou os remédios jurisdicionais.

MICHEL STASSINOPOULOS afirma que “o traço característico, verdadeiramente próprio do ato administrativo, deve ser procurado nessa limitação bilateral, e não na ‘possibilidade de passar à execução’, nem na ‘força de produzir efeitos jurídicos’”, exemplificando que de um mero ato material, que tenha causado danos, pode nascer uma pretensão por indenização. Efeito jurídico, portanto, de um ato não administrativo.

E lembra, em remate: “Essa limitação bilateral da administração e do administrado é, bem entendido, um elemento fundamentalmente diferente da força de coisa julgada que acompanha a decisão jurisdicional”. (Cf. *Traité*, cit., § 2º., I, páginas 22-4; § 10, IV, pp. 74-5; § 52, I, p. 252; OTO MAYER, *Der. Adm. Alemán*, cit., § 8º., II, 2, pp. 131-2.) 13. Convém insistir um pouco sobre esse ponto, pois a questão da coisa julgada, que se relaciona à da força vinculante do ato administrativo, está, de certa forma (como se viu no n.º 12, *supra*), umbilicalmente ligada à do próprio conceito dessa espécie de ato jurídico.

A questão foi, a nosso ver, muito bem sintetizada por FRITZ FLEINER. Lembra ele, inicialmente, que os atos administrativos contêm medidas de autoridade que, como os julgamentos, valem para uma espécie concreta. A indagação que faz, então, é se eles têm a mesma força obrigatória que as sentenças dos tribunais.

Um ato estatal, continua, pode ser obrigatório quanto à sua existência ou quanto ao seu conteúdo.. A ciência do processo chama essa força obrigatória de força de direito (**Rechtskraft**), e a distingue em força de direito formal (ou coisa julgada formal, preclusão, acrescentamos), quando diz respeito à existência do ato, e força de direito mate-

rial (ou coisa julgada material ou substancial), quando se liga ao conteúdo da decisão. Ora, sendo a questão da força obrigatória do ato administrativo relevante para o Direito de que constitui a base (cf., *supra*, nº. 1), nada impede que se tome emprestada essa noção e essa expressão, primeiro elaboradas pelo Direito Processual.

Deve-se igualmente distinguir, em Direito Administrativo, a força de direito material e a força de direito formal. Têm igualmente força de direito formal os atos administrativos que, como os demais atos estatais, não podem mais ser atacados por nenhuma via de direito. (Afirma STASSINOPOULOS que "a força de coisa julgada, do ponto-de-vista da forma" — não do ponto-de-vista do fundo —, "é reconhecida unanimemente aos atos da administração tornados inatacáveis pela expiração do prazo de recurso"; e faz remissão, aqui, a FLEINER, *Institutionen*, p. 109 — *Les principes gén.*, cit., pág. 124 —, e a OTTO MEYER, *Zur Lehre*, etc., p. 29; *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, p. 163 — cf. *Der. Adm. Alemán*, cit., págs. 231-2.)

As leis em geral, prossegue FLEINER, prevêm prazos em que os interessados podem recorrer das decisões das autoridades administrativas, seja às autoridades superiores, seja à jurisdição administrativa (ou, no Brasil, ao Poder Judiciário, não através de recurso, propriamente — salvo tomando-se essa palavra em sentido amplo —, mas através da ação adequada: por exemplo, *habeas corpus*, mandado de segurança, ações possessórias, ações anulatórias, indenizatórias etc.). Assim, se o interessado, nesses prazos, não impugna a decisão numa dessas vias, terá precluído o seu direito de fazê-lo: é a coisa julgada formal. Daí em diante ele terá de suportar os efeitos do ato administrativo (da "decisão executória", da "disposição"), terá de sujeitar-se a ele enquanto permanecer em vigor, enquanto não seja anulado por instância superior ou revogado pela própria autoridade que o editou (anulação, essa, feita pela autoridade superior de ofício, em função de seu poder de controle, e não a pedido do administrado, que perdeu a oportunidade de fazê-lo): "a disposição tornou-se inatacável" (F. FLEINER, *Les principes généraux*, cit., § 13, II, pp. 124-125).

Mas as disposições das autoridades administrativas, indaga, adquirem a força de direito material, no sentido de que a autoridade e os cidadãos ficarão ligados definitivamente por seu conteúdo? E argumenta que o Direito positivo criou a força da coisa julgada das decisões em Direito privado por razões de oportunidade, "e exclusivamente de ordem processual". Não se deve "importunar os tribunais" uma segunda vez para julgar aquilo que já foi objeto de seu julgamento anterior, e o caso, antes litigioso, deve ser considerado agora como incontestável pelas partes. A esse respeito, STASSINOPOULOS acrescenta (fazendo remissão a W. Jellinek, Merkl, Otto Mayer e G. Langrod, nas obras que cita), que "se adota, assim, a ficção da verdade da decisão com o escopo de assegurar a paz social"; e que "essa impossibilidade de modificar o ato compreende dois elementos: a) a interdição pronunciada pela lei de proceder à modificação, e b) o direito conferido ao particular de

repelir essa modificação. Portanto o aspecto material colado à noção de coisa julgada significa que uma relação jurídica se encontra regradada de maneira definitiva" (*Traité*, cit., § 51, I, p. 248 e notas 1 e 2; FLEINER, *Les princ. gén.*, cit., p. 125).

E aqui FRITZ FLEINER faz a distinção entre os fins da Justiça e os da Administração, expressando uma idéia repetida por STASSINOPOULOS (em passo em que faz remissão a Laband, G. Jellinek, O. Mayer, Duguit, Arthur e Raggi; cf., *supra*, nº. 11; cf. também, sobre o objeto desse número (11), OTTO MAYER, *Der. Adm. Alemán*, cit., § 13, II e III, pp. 228-233 e 237). Diz ele que aqueles motivos acima vistos, que levaram o Direito positivo a consagrar a força de coisa julgada dos julgamentos de Direito privado, "não valem para as disposições da autoridade administrativa. *Porque, para a administração, a realização do direito não é, como para a justiça, fim em si, mas somente meio. A atividade da administração não tem por escopo o de procurar a certeza jurídica, — tal é a função do julgamento civil, — mas atingir um resultado material útil para o Estado nos limites do direito*". Assim como o particular, na condução dos seus negócios, toma as medidas necessárias, de acordo com as necessidades cambiantes, assim também a Administração deve poder adaptar suas disposições a exigências novas, modificando-as sempre que necessário para atender ao interesse geral, força motriz de seu agir. O que é hoje favorável a esse interesse pode, em curto espaço de tempo, não o ser mais, por terem mudado as circunstâncias. Mas o pensamento da Administração pode também evoluir, de modo que um ato que, na ocasião em que foi praticado, parecia corresponder ao interesse público, atualmente pode afigurar-se como contrário a esse interesse. Se a Administração estivesse ligada definitivamente àquele ato, uma vez editado, não poderia agora alterá-lo, ou editar outro em seu lugar. "Ora, um estado contrário ao interesse público não deve subsistir mesmo um só dia" (F. FLEINER, *Les principes généraux*, cit., p. 125).

Em sentido plenamente coincidente se pronuncia STASSINOPOULOS, para concluir que, segundo essas idéias, "deve-se excluir a força de coisa julgada de todo ato administrativo, sem exceção", acrescentando que tal é a opinião dominante, e que sobre esse fundamento é que assentou sua distinção capital entre o ato administrativo e a decisão jurisdicional (*Traité*, cit., § 51, II, *in fine*, pp. 251-2; cf., sobre a coisa julgada, OTTO MAYER, *Der. Adm. Alemán*, cit., § 15, I, pp. 263-281).

14. Tratando da coisa julgada, em relação aos atos administrativos, não se pode deixar de desenvolver um pouco o tema que é extensão lógica dele, o da revogabilidade do ato.

Certamente, não pretendemos, aqui, tratar de maneira aprofundada nem larga do assunto, que, por si só, é matéria para monografia. Pretendemos apenas tocar em alguns pontos essenciais, valendo-nos ainda, para tanto, sobretudo da síntese densa feita, em seqüência ao que foi acima exposto, por FRITZ FLEINER.

É oportuno observar, de início, com MICHEL STASSINOPOU-

LOS, que a questão da revogabilidade dos atos administrativos tem sido freqüentemente debatida; e que "é de notar que certos autores, e sobretudo os autores alemães, se esforçam em aproximar a noção de retirada" (*retrait*; revogação) "à da força da coisa julgada, e a precisar em que medida os atos administrativos possuem essa força" (*Traité*, cit., § 51, I, página 248).

Convém, ainda, precisar a noção de revogação. Esse último autor, que trata do tema de maneira aprofundada e extensa em seu *Traité* (§§ 49 a 62, pp. 241 a 294), define inicialmente a noção de *retrait* (cuja melhor tradução é *retirada*), escrevendo: "A retirada de um ato administrativo implica a supressão ou aniquilação total ou parcial de seu conteúdo, por parte de um órgão da administração ativa. Se o ato assim suprimido é ao mesmo tempo substituído por outro, a retirada reveste a forma de u'a modificação; se é suprimido como ilegal, reveste a forma de uma anulação por via administrativa" (ob. cit., § 50, I, p. 243. Traduzimos, nesse trecho, por "aniquilação" a palavra francesa "*annihilation*", que também poderia ser traduzida por "aniilação — foma pouco usada —, e que significa, segundo o "Novo Dicionário da Língua Portuguesa", de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, 1ª. ed., no sentido principal, que aqui nos interessa: "Reduzir a nada; nulificar, anular: *Impossível aniquilar direitos secularmente consagrados*"; do lat. tardio *annihilare*). E, em nota (nº. 1), à mesma página, STAS-SINOPOULOS adverte: "Nós empregamos os termos correntes 'retirada' (*retrait*) ou 'revogação' (*révocation*) para designar indiferentemente tanto a retirada retroativa como a retirada visando o futuro. M. de LAUNADÈRE, p. 183, sugere reservar-se a expressão 'retirada' para a retirada retroativa e a expressão 'revogação' ou 'ab-rogação' (*abrogation*) para o segundo caso, em que o ato é suprimido para o porvir. Ele reconhece porém que na linguagem dos juristas os termos 'retirar (ou ainda anular — *rapporter*) uma decisão' são empregados indiferentemente nos dois casos". (Traduzimos, aí, "*rapporter*" por "anular" porque é esse o sentido que a palavra tem em Direito Administrativo: revogar, ab-rogar, anular, segundo o dicionário "Larousse de la Langue Française" (Lexis), Paris, 1977: "Dr. admin. Révoquer, abroger, annuler".)

Na Itália, ZANOBINI faz a distinção entre **anullamento** e **revoca**, mas ressaltando que "tais expressões não vêm sempre usadas com significado constante":

"Os atos, com os quais se manifesta o poder de autotutela, assumem, segundo os casos, os nomes de 'anulação de ofício' ou de 'revogação'. Tais expressões não vêm sempre usadas com significado constante: por isso, algumas vezes, vem-lhes atribuído um valor também impróprio. Na prática, e eventualmente nas próprias fontes legislativas, por revogação" (**revoca**) "se entende a retirada de um ato por parte da mesma autoridade da qual emanou, qualquer que seja o motivo, de legitimidade ou de mérito, de tal provimento: e, em contraposição, é chamado de anulação" (**anullamento**) "o ato de uma autoridade

superior, e ainda de uma autoridade jurisdicional, destinado a eliminar um provimento precedente, seja a decisão tomada por vício de legitimidade ou por imperfeição de mérito" (Corso, cit., I, pp. 256-7).

Mas, obtempera: "Do ponto de vista jurídico e substancial, diversamente, a distinção não pode basear-se sobre o diverso sujeito de que emana o provimento, mas unicamente sobre o motivo desse: e tal é o critério que seguimos, falando precedentemente dos dois provimentos (§5, nº. 2). Reportando-nos a quanto foi dito, podemos concluir que a anulação consiste na eliminação do ato, enquanto viciado na sua legitimidade; a revogação é a retirada de um ato por vício de oportunidade" (idem, ib.). E mais adiante (pág. 258): "A diferença não é despida de conteúdo prático: a anulação, como veremos, não encontra obstáculos nos eventuais direitos dos sujeitos aos quais o ato se refere; a revogação pode encontrá-los e por isso pode não ser, em muitos casos, possível".

Mas é importante assinalar que ZANOBINI, conceituando a **revogação** como "invalidade por vício de mérito", chega à dedução de que "a revogação, fundando-se sobre vícios originários do ato, retroage, como a anulação, ao momento da sua emanção".

Esse entendimento, porém, não parece lógico, toldando a distinção que se deve fazer entre revogação e anulação. A revogação se baseia em fatos novos, em circunstâncias novas, ou em nova apreciação dos fatos pela Administração, que entende agora que o ato anteriormente praticado não mais atende ao interesse público, sua eterna razão de agir. Pode ser, até, que, quando o ato revogado foi praticado, **já não atendesse**, desde então, a esse interesse; ou, para usar as palavras de ZANOBINI, que tenha havido o "vício de mérito" originário. Mas também pode ser que não tenha havido vício algum; e que, mesmo assim, agora, em face de uma nova realidade, em face de novas necessidades, ou simplesmente em face de um novo **pensamento público** (se se pode usar essa expressão), a Administração julgue necessário revogar aquele ato, para substituí-lo por outro mais consentâneo com o interesse geral. Tudo isso faz parte da discricionariedade inerente à autoridade administrativa; faz parte do juízo de mérito do ato, que assenta no consagrado binômio **oportunidade-conveniência**. Mas essa mesma discricionariedade existia para o agente que praticou o ato revogado, na ocasião em que o praticou; e pode ser que naquele momento a decisão tomada fosse realmente a melhor a tomar. Por que falar-se, então, em "vício de mérito"? Por que falar-se em "invalidade" do ato?

É de interesse para a ciência do Direito Administrativo, parece-nos, fazer perfeita distinção entre **revogação** e **anulação**. Só esta é que concerne à **invalidade** do ato (compreendendo os casos de nulidade e de anulabilidade), por vício originário. Por isso, o pronunciamento de invalidade produz efeitos **ex tunc** (desde a data da emissão do ato revogado). A revogação se funda em razões de oportunidade ou conveniência (mérito), não cogitando de vícios do ato revogando; diz respeito a ato válido, regular. Por isso só tem eficácia **ex nunc**, e o ato retirado produz

todos os seus efeitos, que são mantidos, até a data da revogação.

Em consequência, pouco importa, como anota CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que o ato revogado fosse, ou não, inconveniente ou inoportuno na ocasião em que foi editado (*Elementos*, cit., p. 81). **A revogação assenta em novo juízo.**

De modo que aquele entendimento, de que a revogabilidade decorre de vício originário do ato (ainda que de mérito), não se compadece com as razões que a melhor doutrina invoca para fundamentá-la, e que se relacionam com o princípio de que os atos administrativos não fazem coisa julgada (que vimos no número anterior e ainda veremos no seguinte).

Mas a melhor doutrina, também, faz a distinção entre as duas noções, ainda quando, como notamos há pouco, denomina a ambas de retirada (*retrait*) ou revogação: "No que concerne à retirada dos atos individuais, deve-se distinguir entre a retirada de um ato regular e a retirada de um ato irregular". "Em princípio, a retirada de um ato regular equivale à ab-rogação de um ato que, até aqui, tinha existido legalmente (JÊZE, I, pp. 117, 207; DELBEZ, p. 468; RAGGI, *La revocabilità*, etc., p. 363; W. JELLINEK, *Verw.-R.*, p. 287; C.E., 3 mar. 1948, *Sté coopérative laitière*, R.d.p., 1948, pp. 488-489); ele não cessa de existir senão a partir do momento de sua revogação. Daí resulta que a retirada de um ato individual regular não pode ter efeito retroativo. Pelo contrário, o ato irregular anulado nunca existiu, do ponto-de-vista jurídico (W. JELLINEK, *Der fehl. Staatsakt*, etc., p. 168)" (M. STASSINOPOULOS, *Traité*, cit., § 62, I e II, pp. 291-2; cf. § 48, I e II, pp. 237-8).

Na doutrina alemã, FRITZ FLEINER trata, separadamente, da revogabilidade (*Les principes généraux*, cit., § 13, II, pp. 124-9) e da invalidade (*idem*, *ib.*, pp. 129-32), nesta distinguindo o ato nulo e o anulável ("atacável": "*attaquable*", *anfechtbar*), e afirmando que se a disposição (o ato administrativo) é anulada, "isso quer dizer em caso de dúvida que desde a origem ela não era regular nem válida" (como as disposições nulas); "porque nulidade absoluta e anulabilidade não se distinguem por seus efeitos, mas somente na maneira pela qual se realiza a eliminação da disposição irregular" (ob. cit., pág. 131 e nota 1).

Posição interessante tem MARCELO CAETANO, que entende que a **revogação** pode também ocorrer quando se trata de **invalidade** do ato (nulidade ou anulabilidade), desde que seja decretada pela "própria Administração ativa", aparecendo assim a revogação "em oposição à anulação contenciosa", tomando "a forma de ato administrativo" (*Princípios Fundamentais*, cit., nº. 88, pp. 190-91). Mas distingue, perfeitamente, as duas situações, quanto aos efeitos: quando houver anulação (por "revogação" ou pela via contenciosa), fundada em invalidade, os efeitos do desfazimento do ato serão **ex tunc**; quando houver revogação, fundada em razões de conveniência ou oportunidade, os efeitos serão **ex nunc** (ob. cit., nº. 84-6, pp. 181-7, e 88, 90 e 91, pp. 190-91 e 193-8).

No Brasil pode-se dizer, hoje, que a doutrina e a jurisprudência, mais autorizadas e atualizadas, distinguem nitidamente **revogação** e **anu-**

lação do ato administrativo. Vejam-se, por exemplo, na doutrina: SEABRA FAGUNDES (*Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*, RDA 2/482 e 3/1, e RF 107/217), HELY LOPES MEIRELLES (D. Adm. Bras., cit., pp. 177-86), CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Elementos*, cit., pp. 73-99), CRETELLA JÚNIOR (D. Adm. Bras., cit., nº. 206, I, pp. 353-62).

Quanto à jurisprudência, anota LOPES MEIRELLES que "os nossos tribunais, em alguns julgados, têm confundido **revogação** com **anulação**, como se pode verificar nos seguintes acórdãos: STF RDA 35/166, 42/230, 51/277, TFR RDA 54/294, TJDF RDA 54/304 e TJSP RF 96/307". Mas, atualmente, a jurisprudência pacificou-se por força da edição da **Súmula 473**, da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, que, pode-se dizer, fixou, em preceito lapidar, a doutrina elaborada a respeito. Diz essa fórmula jurisprudencial:

"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".

Com essa súmula ficou assentada, de maneira perfeita, a distinção entre anulação e revogação, e ficou também consagrado o direito de a própria Administração anular os seus atos (o que era antes posto em dúvida por alguns, entendendo que somente o Poder Judiciário, no nosso sistema, o poderia fazer). Quanto à revogação, é ponto pacífico que somente a Administração ativa a pode fazer. Os tribunais não podem revogar os atos dessa, pois a revogação ocorre "por motivo de conveniência ou oportunidade" (mérito do ato administrativo), que se contém na esfera de discricionariedade da Administração, não sujeita a controle jurisdicional.

15. Examinemos, então, em linha de princípio, a revogabilidade dos atos administrativos, como anunciamos no início do número anterior. E anotemos, desde logo, que não analisaremos aqui o tema da invalidade dos mesmos atos (nulidade, anulabilidade), deixando apenas os pontos de distinção que ficaram acima (nº. 14) entre anulação e revogação. É que o presente trabalho se prende somente ao conceito do ato administrativo (com exame consequencial de seus elementos), e se acabamos entrando na apreciação sinóptica de sua revogabilidade, isso se deve a que essa é aspecto da coisa julgada; e esta, por sua vez, constitui questão ligada ao próprio conceito referido, pois, como vimos, é o critério fundamental de distinção entre o ato administrativo e o ato jurisdicional, somente este dotado daquela qualidade.

Mas, antes das considerações que se seguirão, façamos uma advertência, com STASSINOPOULOS. Afirma ele, inicialmente, que se pode asseverar "que em princípio os atos administrativos são revogáveis, com exceção dos dois casos seguintes: a) se a lei proibiu essa revogação, b) se a revogação pode encontrar-se em contradição com as situações que, de acordo com os princípios gerais enunciados sobretudo pela

jurisprudência, devem ser protegidas" (*Traité*, cit., § 52, I, p. 252). E em seguida esclarece: "Nesses casos excepcionais, nós não falamos da força da coisa julgada mas de uma irrevogabilidade (L. BENEDICENTI, *Contributo allo studio dell'autorità della cosa giudicata nella giurisdizione amministrativa*, pág. 51; P. DE FONT-RÉALX, *Le pourvoi devant le Conseil d'État contre les décisions des autres tribunaux administratifs*, 1930, p. 42. HAURIOU, p. 364, nota: 'se se diz que os atos administrativos são revogáveis, isso significa que eles são privados da força da coisa julgada'. A jurisprudência faz freqüentemente mau emprego dos termos utilizando às vezes a expressão 'força da coisa julgada' em lugar de 'irrevogabilidade'. Parece que tal confusão foi assinalada algumas vezes na jurisprudência alemã; v. P. SCHOEN, *Der Widerruf*, etc., 'Festgabe für Pr. OVG.', p. 122: '**Rechtskraft ist hier nicht identifiziert mit Unanfechtbarkeit**': 'a irrevogabilidade não deve ser assimilada à força da coisa julgada'. Com efeito, o princípio jurídico que reconhece essa impossibilidade de revogar um ato administrativo não se baseia na força da coisa julgada, mas na idéia seguinte: se se quisesse aplicar o princípio da revogabilidade dos atos administrativos a certos atos geradores de direitos de terceiros, a **força de resistência** (v. a nota 1 da pág. 251) inerente a esses direitos seria um obstáculo à retirada dos mencionados atos. É assim que se diz freqüentemente que o fundamento jurídico do princípio da irrevogabilidade dos atos que criaram direitos, é 'o respeito aos direitos adquiridos' " (M. STASSINOPOULOS, ob. cit., pp. 252-3).

Pelas razões expostas no nº. 13, *supra*, FRITZ FLEINER conclui que a autoridade administrativa não pode ficar ligada definitivamente à sua disposição, como o juiz ao seu julgamento; pode alterá-la, quer por mudança das circunstâncias, quer "por simples mudança ou diferença de opinião". As disposições das autoridades administrativas não têm força de coisa julgada (material); elas são, em princípio, revogáveis. A Administração pode modificá-las ou retirá-las (revogá-las), desde que, na segunda das hipóteses acima referidas, aprecia os fatos ou a regra de direito de maneira diversa daquela com que os apreciou na ocasião da edição do ato. Daí se segue que, em contrapartida, o cidadão pode, a todo tempo, pedir a retirada de uma disposição editada contra ele, alegando que o interesse público não exige mais que ela seja mantida; e a autoridade não pode opor-lhe a alegação de coisa julgada. Por exemplo, a autoridade não pode exigir que o requerente de uma autorização ou permissão (como a autorização de polícia de indústria ou de construção, ou a permissão de estabelecer uma barragem), que teve seu pedido denegado uma primeira vez, não o renove senão após o decurso de um certo prazo ou em caso de mudança das circunstâncias. (Mas FLEINER diz que a questão de os atos administrativos não terem a força de direito material e serem em princípio revogáveis "é muito discutida" — o que, já vimos no nº. 14, *supra*, também foi anotado por STASSINOPOULOS —, fazendo remissão a Schoen, Josef, Friedrichs, Koropatnicki, J. Mayer, e a jurisprudência de tribunais administrativos alemães,

Les principes généraux, cit., § 13, II, p. 126.)

(Advirta-se mais uma vez, aqui, que a **coisa julgada**, ora referida, é a coisa julgada **material** (**materielle Rechtskraft**, **force de vérité légale**), não a simples coisa julgada formal (preclusão, **formelle Rechtskraft**), que também ocorre, como já vimos, em relação aos atos administrativos, quando o interessado deixou escoar o prazo de recurso hierárquico, ou quando este já foi apreciado, confirmando a decisão da autoridade administrativa subordinada; ou quando decorrido o prazo previsto em lei para impetrar-se remédio jurisdicional contra o ato administrativo. STASSINOPOULOS sintetiza muito bem o **plus** que há na primeira, em relação à segunda, dizendo: *"Examinada do ponto-de-vista material, a força de coisa julgada implica a impossibilidade não somente de atacar o ato, mas também de o revogar ou de o modificar"* (Traité, cit., § 51, I, p. 248; cf., *supra*, nº. 13).)

A autoridade não deve fazer uso de sua faculdade de retirar ou modificar um ato jurídico senão quando o interesse público o exige. Não deve perturbar inconsideradamente situações jurídicas que se estabeleceram com base em disposições da própria Administração; nem deve mais declarar injurídicas as posses de estado de fato ("**possessions**") de cidadãos que ela deixou subsistir sem contestação durante anos, porque mudou seu entendimento jurídico, quando não há necessidade absoluta. (FLEINER anota que W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmassigkeitserwagung*, 1913, p. 24, indica um bom exemplo tirado da jurisprudência badense: de acordo com o ponto-de-vista antigo, os cafés (não incluindo a venda de bebidas alcoólicas) não eram considerados como sujeitos a autorização em Bade. Posteriormente a jurisprudência badense começou a adotar a interpretação predominante do § 33 do Código Industrial, de acordo com a qual os cafés eram também sujeitos a autorização (LANDMANN-ROHMER, *Reichsgewerbeordnung*, I, 8ª., ed., p. 381). A proprietária de um café que já existia há muito tempo solicitou, como lhe exigia a polícia, uma autorização, e a autoridade lhe recusou. A Corte de Justiça Administrativa anulou essa disposição por aresto de 5 de abril de 1905, protegendo a proprietária do café em seu "estado de posse" ("**état de possession**"; III, nº. 1.042). F. FLEINER, *Principes généraux*, cit., p. 127.)

A máxima **quieta non movere** e o princípio da boa-fé (**Treu und Glauben**), continua FRITZ FLEINER, devem valer igualmente para o administrador. Mas a possibilidade de uma retirada do ato administrativo fica sempre pendendo sobre a cabeça do cidadão "como uma espada de Dâmocles". Por isso o legislador tem de procurar limitar o direito de revogação aos casos em que a segurança jurídica o exige. É assim que tem sido estabelecida a imutabilidade do ato criador de direitos ou obrigações, quando sua edição depende da observância de um procedimento contraditório ou com indagação aprofundada; porque tal procedimento tem por fim, justamente, fazer com que o interesse público seja examinado em todos os aspectos, mas de outro lado também dar ao administrado a certeza de que o ato editado dessa maneira não será

mais modificado. De tal modo, por exemplo, um industrial que obteve uma autorização de polícia da indústria, mediante um procedimento contraditório "prescrito pelo Código Industrial (§§ 19 sqq.)", está ao abrigo de encargos individuais suplementares; a autorização não deve ser revogada ou modificada senão por motivos bem determinados na lei ("Código Industrial, §§ 40, 53 (redação de 7 de fevereiro de 1927)"; LANDMANN-ROHMER, I, 412; KORMANN, *System des Rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, 1910, p. 340. "O Código Industrial protege entretanto o bem comum de outra maneira. Cf. § 51: 'A autoridade superior pode interditar a todo tempo a continuação da utilização de toda instalação industrial em razão dos inconvenientes e perigos maiores que ela apresentaria para o bem comum. Mas o possuidor deve ser imediatamente indenizado dos danos demonstráveis. — É permitido recurso contra a disposição de interdição; a ação de indenização pode ser proposta perante os tribunais da ordem judiciária'. LANDMANN-ROHMER, I, 637 sq."). A autoridade não tem mais a faculdade de modificar uma autorização concernente à polícia da construção, dada por ela, depois que o proprietário começou a construir (BALTZ-FISCHER *Preussisches Baupolizeirecht*, 5ª ed., por W. FISCHER, 1926; DRES, *Preussisches Polizeirecht*, 1927; págs. 240 s. e 68, resp.; F. FLEINER, *Les principes généraux*, cit. p. 127).

Da mesma maneira, pondera FLEINER, um "ato de imposição (*Steuer-Veranlagung*)" protege o contribuinte, se a lei não dispõe diversamente, de modo expresse, contra uma imposição ulterior ("isso é verdadeiro até um certo ponto para os impostos do Império: Código Fiscal do Império, §§ 75 e 76, e BÜHLER, *Steuerecht*, I, 337; HENSEL, *Steuerecht*, 142") — devendo-se supor que a autoridade tenha conhecido ou devesse conhecer os fatos que concorreram para a determinação da dívida fiscal, na ocasião de sua imposição (aresto das seções fiscais reunidas do Tribunal Administrativo Supremo prussiano, em 4 de dezembro de 1899, *Entscheidungen in Staatssteuersachen*, VIII, 265. "Contrariamente, o imposto pode ser exigido de todo contribuinte que foi esquecido por uma razão qualquer na ocasião da imposição. Lei prussiana sobre os impostos comunais, de 14 de julho de 1893, § 84. Código Fiscal do Império, § 212"). Aquele ato de imposição adquiriu a "força de direito formal" (mas as razões da não-imposição ulterior são as vistas no parágrafo anterior). (FLEINER, ob. cit., p. 128.)

São, enfim, imodificáveis os atos das autoridades administrativas que, com autorização da lei, criaram direitos subjetivos em favor de certas pessoas (arestos do Tribunal Administrativo Supremo saxônio de 29 de janeiro de 1908 e 7 de janeiro de 1911, t. 12, 8; t. 16, 292. KORMANN, p. 341 s.; W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, p. 271 s.; Regulamento badense de 31 de agosto de 1884 sobre o procedimento em matéria administrativa, § 43, al. 2: "A autoridade que editou uma disposição ou uma decisão, ou a autoridade superior a essa autoridade, pode modificá-la ou anulá-la totalmente: 1º. se ela não fez adquirir a uma parte um direito legal, e, nesse caso por haver mudado de entendi-

mento" = "**pour avoir changé de vues ou modifié ses vues**"). FLEINER lembra a esse respeito, como exemplos, a garantia de tratamento a um funcionário no ato de nomeação e a pensão dos funcionários ("cf. Constituição do Império, art. 129, al. 1: 'Os direitos adquiridos dos funcionários são invioláveis . . . '"), o direito a certa indenização de seguro reconhecida no ato de declaração (**Feststellungsbescheid**) ao trabalhador segurado ("Código de Seguros do Império, §§ 1.583, 1.590"); o direito do concessionário de estrada de ferro de construir e de explorar uma empresa de estradas de ferro; o direito resultante para o pequeno industrial ("**fabricant**") de uma autorização para estabelecer uma barragem num rio público, etc. (**Les principes généraux**, cit., p. 128). Entre nós se poderia lembrar que o respeito aos direitos adquiridos está consagrado na Constituição Federal (art. 153, § 3º.); e argumentar que se a Constituição proíbe até mesmo à lei "prejudicar" tais direitos, a **fortiori** se deve entender que se não pode modificar ou revogar um ato administrativo anterior, que os criou, para restringi-los ou extingui-los, por outro ato administrativo.

Apesar disso a Administração pode ser autorizada, em presença de circunstâncias particulares, a retirar uma disposição. Uma dessas autorizações é a **reserva** de modificações ou de revogação, prevista na lei ou na própria disposição, e que as faculta em relação a disposições em princípio irrevogáveis ("KORMANN, 330 sqq. Cf. por exemplo a lei do Império de 9 de junho de 1897 sobre o regime da emigração, § 10: 'A autorização concedida aos empresários pode ser retirada a todo tempo ou restringida pelo chanceler do Império . . . ' — As autoridades de polícia têm o hábito de aditar uma reserva de modificação à autorização de polícia (autorização para construir, autorização de empresa industrial) ('reserva de condições ulteriores'), quando não se pode ainda perceber, no momento em que a permissão é concedida, até que ponto a empresa nova terá repercussão prejudiciais para o público. LANDMANN-ROHMER, I, 240 sq.; BALTZ-FISCHER, 232. — Tais reservas não são possíveis senão na medida em que servem a fazer valer exigências legais"). (F. FLEINER, **Les principes généraux**, cit., p. 128 e nota 6.)

Bastante análoga a essa cláusula é a cláusula de decadência (**Verwirkungsklausel**), inerente a certas disposições criadoras de direito, segundo a qual a autoridade conserva a faculdade de retirar o direito conferido ao particular se ele não cumpre as obrigações ligadas a esse, de natureza pública ("KORMANN, 403 sqq. É assim que a lei prussiana de 3 de novembro de 1838 sobre as empresas de estradas de ferro, § 47, prescreve que a concessão de estrada de ferro torna-se caduca e que a estrada de ferro é posta em arrematação" ("**est mis en adjudication**") "por conta da sociedade 'quando esta não cumpre uma das condições gerais ou particulares e que uma citação executória fica sem resultado num prazo final de no mínimo três meses' ") (F. FLEINER, ob. cit., pág. 128 e nota 7),

Mas há, enfim, atos administrativos que só conservam sua vigência

enquanto persistem as circunstâncias em que eles foram editados ("KORMANN, 361 sqq. Exemplos: Código de Seguros do Império, § 608: 'Se u'a mudança essencial se produz nas circunstâncias que tiveram uma influência determinante para a fixação da indenização, pode-se proceder a uma nova fixação'. Da mesma maneira, § 1.304 (retirada de uma renda de invalidez). Cf. igualmente Código Industrial, § 53 (retirada da aprovação, quando o proprietário decaiu de seus direitos civis honoríficos)'). A autoridade pode ser autorizada a revogar totalmente o ato administrativo ou a substituí-lo por outro, em caso de mudança ou de desaparecimento das circunstâncias; mas é preciso observar que a revogação por desaparecimento das condições só pode ocorrer nos casos indicados pela lei (FRITZ FLEINER, *Les principes généraux*, cit., § 13, II, pp. 128-9 e nota 8).

No Brasil, podemos dizer que a norma básica, limitadora da revogabilidade dos atos administrativos, é a do art. 153, § 3º., da Constituição Federal, há pouco lembrada, e referente aos direitos adquiridos, ressalvados expressamente na **Súmula 473**, do Supremo Tribunal Federal (cf. o teor desta no nº. 14, *supra*, *in fine*).

16. Detivemo-nos longamente na conceituação do ato administrativo; agora veremos mais brevemente os elementos essenciais para a sua existência. Essa opção foi por nós feita por atribuímos menos importância à divisão do ato que à sua conceituação, ao critério analítico de exame dessa figura jurídica que ao sintético.

Não se deve considerar o ato administrativo como a soma dos vários possíveis elementos em que é decomponível, assim como o conceito moderno de propriedade repele a concepção antiga, que a tinha como a soma de diversos poderes, expressos como o "**ius utendi, fruendi, abutendi, possidendi, alienandi, disponendi, vindicandi** ou, mais brevemente, como o direito de usar e de dispor da coisa (considerando-se compreendido no uso o **uti**, o **frui** e o **abuti**, na disposição qualquer ato de alienação e em qualquer deles a proteção legal dada pela **reivindicatio**)" (ROBERTO DE RUGGIERO, *Instituições de Direito Civil*, trad. da 6ª. ed. ital. por Ary dos Santos, 3ª. ed. bras., vol. II, 1972, § 70, p. 298). RUGGIERO, após dizer que "foram desprezadas e reconhecidas falsas as antigas doutrinas que definiam o domínio como" a reunião desses diversos **iura**, ensina: "A propriedade não é uma soma de faculdades, mas a unidade de todos os poderes conferidos ao titular, não é uma série de faculdades determinadas **a priori**, mas um poder geral, do qual todos os poderes imagináveis fazem parte, não sendo senão exteriorizações da sua plenitude. Não é pois possível enumerá-los, uma vez que não é possível dizer o que o proprietário pode fazer, mas apenas o que não pode, quer o limite seja dado pelas normas jurídicas, seja que derive da concorrência do direito de outrem" (ob. e loc. cit., pp. 298-9). No mesmo sentido, entre nós, ORLANDO GOMES, que, acolhendo essa lição, escreve: "Constituído um **direito real limitado**, o direito do proprietário não se destrói, não se fraciona, não se desmembra, mas apenas se limita por força da constituição de outro direito sobre a mesma coisa.

A concepção moderna explica de modo mais satisfatório o mecanismo de formação dos direitos reais na coisa alheia. A se admitir que se formam pelo desmembramento de alguns dos direitos elementares do domínio, não se compreenderá a existência, como direitos reais, de certas **servidões**” (como a **servitus altius non tollendi**, por exemplo; cf. DE RUGGIERO, *Instituições*, cit., § 80, pp. 406-407) “e de alguns direitos de vizinhança. Por outro lado, explicar-se-ia artificialmente o direito real de **hipoteca** pela idéia da propriedade afetada em vista da obrigação do devedor” (*Direitos Reais*, 8ª. ed., 1983, nº. 8, pp. 14-15).

Assim como a propriedade ou domínio deve ter um conceito unitário, assim também o ato administrativo deve ser visto como uma **unidade**; unidade fundamental, fecunda, típica, mais ou menos complexa, produtora de efeitos determinados e com características inconfundíveis que permitem defini-la, mas unidade; e unidade **teleológica**. Ressalte-se aqui esse aspecto, por interessar ao que diremos em seguida. Um dos traços marcantes do ato administrativo é a **finalidade** (de interesse público, especificado na lei); é esse (para usar a linguagem analítica) um dos seus requisitos (o fim **legal**) fundamentais, “é o objetivo jurídico e material a que se dirige, em última análise, a ação administrativa”, no dizer de CAIO TÁCITO (*Direito Administrativo*, 1975, pp. 60-61). É um requisito que tem importância capital para identificar-se eventual ilegalidade do ato, consistente no **desvio de poder** ou **desvio de finalidade** (**détournement de pouvoir**, da jurisprudência e doutrina francesa) (cf. CAIO TÁCITO, ob. cit., págs. 1-133; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos*, cit., págs. 35-99, e *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, 1981, págs. 1-81).

Chama a atenção para a idéia de **totalidade** CLÓVIS DO COUTO E SILVA (*A Obrigação como Processo*, 1976), ao explicar, na “Introdução”: “A presente obra, ‘A Obrigação como Processo’, tem por finalidade salientar os aspectos dinâmicos que o conceito de dever revela, examinando-se a relação obrigacional como algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor. O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim. A relação obrigacional tem sido visualizada, modernamente, sob o ângulo da totalidade. O exame do vínculo como um todo não se opõe, entretanto, à sua compreensão como processo, mas antes, o complementa. Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos (K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, pág. 22, 1962). A concepção da relação jurídica como totalidade é relativamente recente. A ela aludiu SAVIGNY, ao definir a relação jurídica como um organismo. A idéia de totalidade era corrente, no mundo grego, pois se admitia a existência do **logos** da coisa, apesar de completa modificação das partes que materialmente a compunham. E tanto é assim que o cômico Epikarmos anotou, com certa ironia, contra os adeptos da concepção atomística, que, se o todo se modificasse com as alterações sofridas pelas partes, então o devedor poderia recusar-se a adimplir a sua dívida, sob a alegação de que, desde a conclusão do ato jurídico, pelas modificações físi-

cas por que passara, se havia transformado em outra pessoa (P. SOKOLOWSKI, *Die Philosophie im Privatrecht*, I, pág. 38, 1907-1959). O conceito de coisa foi, no Direito, o catalisador da idéia de totalidade, que preside a divisão das coisas em simples e complexas, e sobretudo aparece nas *universitates rerum* e nos *corpora ex distantibus*. Ao influxo da filosofia grega, coube aos juristas romanos elaborar a teoria dos bens. Não nos parece oportuno examinar, aqui, os diversos estágios atravessados pela concepção de totalidade, como aplicação do idealismo platônico, do pensamento aristotélico ou do realismo conceitual estóico. Basta sinalar que apenas em nossos dias passou-se a considerar o vínculo obrigacional como um todo, o qual, muitas vezes, não se altera ou modifica com certas alterações e modificações sofridas pelas partes. Por esse motivo, o adimplemento de um crédito determinado pode não extinguir, ou modificar, a relação jurídica. . . . Depois da exaustiva análise a que foi submetido o conceito de relação jurídica, no século XIX, notadamente com a Pandectística, orienta-se agora a Ciência do Direito para o tratamento do vínculo como totalidade, transcorridos quase dois milênios da utilização do mesmo conceito à teoria dos bens. . . . Como conquista científica, ainda que não tenha o mesmo valor prático que resultou da aplicação da idéia de totalidade à teoria dos bens, a compreensão da relação obrigacional como um todo representa, contudo, um grande avanço, lançando luz sobre aspectos ainda não perfeitamente esclarecidos pela teoria do Direito. . . . A inovação que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem. Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformado o *status* em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo. Definem alguns, como ESSER, a relação como uma complexidade, cujo conteúdo não se restringe às diferentes *actiones* (*actio empti*, *actio venditi*, *actio mutui*, etc.), pois que o relevante para a definição não é propriamente a proteção jurídica, mas o fim a que se dirige o vínculo (J. ESSER, *Schuldrecht*, pág. 82, 1960). Por igual, complexidade, complexo, têm o mesmo sentido de totalidade e servem para afirmar a mesma idéia, que anteriormente expusemos. Outros, entretanto, consideram o *vinculum iuris* como uma forma própria, no sentido da teoria da *Gestalt*. Também aí, o todo está antes das partes, e não se modifica, embora estas se alterem (ZEPOS, *Zu einer 'Gestalttheoretischen' Auffassung*, pág. 486, 'Archiv f. die civ. Praxis', 155). Em suma, quer se defina a relação como complexidade (ESSER, op. e pág. cit.), ou como estrutura (*Gefuege*), no sentido hegeliano (K. LARENZ, op. cit., I, pág. 20) ou forma (*Gestalttheorie*) (ZEPOS, op. e pág. cit.), sempre a mesma idéia exprime-se. Sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma de suas partes, de um compósito de direitos, deveres e pre-

tensões, obrigações, ações e exceções. Se o conjunto não fosse algo de **orgânico**, diverso dos elementos ou das partes que o formam, o desaparecimento de um desses direitos ou deveres, embora pudesse não modificar o sentido do vínculo, de algum modo alteraria a sua estrutura. Importa, no entanto, contrastar que mesmo adimplindo o dever principal, ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente" (COUTO E SILVA, ob. cit., págs. 5-9).

Também WALTER BRUGGER, em verbete de sua lavra, no **Philosophisches Wörterbuch** ("Dicionário de Filosofia", trad. bras. da 9ª. ed. alemã, de 1957, por Antônio Pinto de Carvalho, 3ª. ed., 1977), elucida: "O conceito de **totalidade** desempenhou importante papel na superação do modo de pensar atomístico, iniciada em princípios do século XX. Assim, Driesch, por meio de suas pesquisas no domínio da biologia, foi levado a admitir para os organismos um peculiar fator de totalidade: a enteléquia (Vitalismo). Ehrenfels e outros aplicaram o ponto de vista da totalidade à investigação psicológica, na qual se apurou que nem as vivências nem a vida psíquica total são compreensíveis a partir dos elementos mais simples (sensações, etc.), mas representam totalidades primordiais. Simultaneamente, a idéia de totalidade obteve, no domínio da sociologia (não sem certos exageros), a vitória sobre o individualismo e o liberalismo do século XIX. Na escolástica, o sentido da totalidade, herança da filosofia platônica-aristotélica, nunca se desvaneceu completamente. Totalidade é hoje tomada principalmente no sentido de **todo** concreto. Falamos de totalidade, quando muitas partes de tal modo estão ordenadas que, reunidas, formam uma unidade (o todo). A totalidade é uma subespécie da ordem. Sua peculiaridade está em que nela os elementos da ordem (as partes) perfazem uma unidade clausa, mercê de estarem reunidas. Se faltar uma parte, o todo é incompleto e passa a ser parte. Por conseguinte, **parte** de uma totalidade é aquilo que juntamente com outra forma uma unidade ordenada. A ordem das partes (a **estrutura** ou construção articulada) é que faz que a totalidade seja **distinta** da **soma** e da aglomeração, na qual a **posição** e a ordem das partes podem variar à discrição. . . . Entre os axiomas relativos à totalidade contam-se os seguintes: 1. O todo é maior do que as partes, ou seja, a soma destas não constitui ainda uma totalidade; requer-se, além disso, a ordem e articulação das partes, que em determinadas circunstâncias pressupõe até um **fator** substancial **de totalidade** (um princípio de unidade e de ordem). 2. O todo é anterior às partes (ARISTÓTELES); o que não significa que o todo exista cronologicamente antes das partes, pois há totalidades cujas partes existem antes de se reunirem num todo (p. ex., as pedras antes da casa), ao passo que outras partes só vêm à existência num todo (p. ex., os órgãos no organismo). O sentido do axioma é antes este: o decisivo para o todo não é aquilo que as partes podem ser em si, mas aquilo que faz delas uma totalidade: a **ordem** e a **unidade** (p. ex., o **plano de construção realizado na casa**); as partes, enquanto partes, são subordinadas ao todo, mas isso não exclui

que, de outro ponto de vista, possuam valor e ser próprios”.

Na atualidade, parece-nos, fala-se, de preferência a totalidade, em **estrutura**. Aliás, num sentido bastante amplo, a noção de estrutura aparece, ao longo da história do pensamento científico e filosófico, sob aquela denominação (“totalidade”) ou sob outras aproximadas, como “essência”, “forma”, “figura”, “conjunto”, “sistema”, “organismo”. Mas no estruturalismo — vertente do pensamento contemporâneo que se apresenta em diversas áreas de investigação —, a noção de estrutura assume características mais definidas, que a distanciam da maioria dessas outras noções.

Conceituando estrutura, CLAUDE LÉVI-STRAUSS afirma que “uma estrutura oferece um caráter de sistema, consistindo em elementos combinados de tal forma que qualquer modificação num deles implica uma modificação de todos os outros”; enquanto o lingüista LOUIS TROLLE HJELMSLEV vê nela uma “entidade autônoma de dependências internas”; e JEAN PIAGET diz que se deve falar de estrutura, no seu aspecto mais geral, “quando existem elementos reunidos numa totalidade apresentando algumas qualidades específicas de totalidade, e quando as propriedades dos elementos dependem, inteira ou parcialmente, dessas características da totalidade”. (Entre os nossos filósofos do Direito, parece-nos adotar o conceito de estrutura GOFREDO TELLES JÚNIOR, *O Direito Quântico*, 5ª. ed., 1980; cf. capítulos III e IV, págs. 231-93.)

Pode-se dizer que o ato administrativo (como, aliás, o ato jurídico em geral) é uma totalidade, uma estrutura. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, falando dos conceitos jurídicos em geral, diz que “cada conceito é um **conjunto**” (*Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, cit., pág. 3).

Aliás este autor lembra passo do administrativista português AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, em que este afirma “que a decomposição em elementos serve apenas para complicar o exame do ato” (ob. cit., pág. 33, nota 1). E, afetivamente, nesse passo, das **Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo** (separata do vol. III do suplemento ao “Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra”, 1940, p.19 e nota 2), QUEIRÓ escreve: “O agir da Administração está sempre ligado à verificação de determinados fatos ou situações a que a norma administrativa alude. E já vimos que estes fatos, a competência e os fins ou atribuições da administração, são essencialmente uma e a mesma coisa. (Esta correlação entre fim e condições de fato, apercebe-se também em SCHEUNER, ob. cit., pág. 85, em STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, páginas 326, 609 e 620, onde as condições ou pressupostos do fato são tomadas como ‘**Verkörperungen und als Ausdruck des Zweckes**’ ” — como “encarnação e como expressão do fim”, traduzimos — . “JOHR fala (ob. cit., pág. 212 e segs.) da ‘**Verkettung von Voraussetzung und Zweck einer Handlung**’ ” — “encadeamento do pressuposto e do fim de uma ação” (trad. nossa) — , “entre os quais ‘**eine direkte begriffliche Beziehung besteht**’ ” —

“existe uma direta relação abstrata” (id.) —.) “São formas ou modos de ser duma mesma realidade, ou dum mesmo conceito jurídico que se costuma dividir e subdividir, quase se diria para obscurecer obstinadamente os problemas do direito administrativo”.

Por outro lado, outro administrativista português, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, ao examinar se a **vontade normativa**, objeto da “distinção essencial” feita por MARCELO CAETANO entre ela e a **vontade psicológica** (*Tratado Elementar de Direito Administrativo*, 1944, p. 217, e *Manual de Direito Administrativo*, p. 219; cf. *Princípios Fundamentais*, cit., em que imputa aquela categoria a Kelsen, nº. 49, p. 114), é elemento do ato administrativo, conclui:

“O estudo dos elementos do ato administrativo é a decomposição da **estrutura** deste — e de tal estrutura não faz parte a vontade normativa, que é uma qualidade jurídica **atribuída ao todo** e que não pode ser sequer por abstração separada” (A. G. PEREIRA, *Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo*, Ed. Ática, pp. 104 e 106; grifos nossos).

Vê-se, pois, nessas poucas passagens citadas (e outras muitas poderiam ser apresentadas), que a idéia de totalidade, de estrutura (no sentido filosófico com que acima se acenou) preside aos conceitos; geralmente não de maneira expressa, revelada, mas podendo ser descoberta no seu âmago, no seu espírito.

Por outro lado, AFONSO RODRIGUES QUEIRÔ, em seqüência à passagem há pouco transcrita, continua enfaticamente, na crítica à “atomização” do conceito de ato administrativo: “E diga-se entre parêntesis que é por isso que se pode constatar hoje que toda a clássica teoria da **estrutura** do ato administrativo, que distingue neste fases ou momentos diversos, tal como foi elaborada pela doutrina sobretudo francesa em face da jurisprudência do Conselho do Estado, está em crise. Os mais conhecidos autores de direito administrativo francês denunciam a grande incerteza, o marcado empirismo (derivado especialmente da introdução do psicologismo na construção da teoria do ato administrativo) que tem presidido à construção teórico-jurídica da **estrutura** do ato administrativo. Uma chama causa ao que outro chama fim ou motivo, outro competência ao que aquele chama motivo, outro chama motivo aos antecedentes de fato do ato, outro ainda dá este nome a considerações irrelevantes tidas em conta pelo agente. . .” (ob. cit., págs. 19-20; grifos nossos).

17. Dissemos, no nº. 15, *supra* (*initio*), que não iríamos examinar aqui o tema da invalidade (nulidade, anulabilidade) dos atos administrativos, já que o presente trabalho se prende ao conceito dessa figura jurídica (com o exame consequencial de seus elementos). Logo, também não iremos ver neste estudo os requisitos de validade que uma parte da doutrina inclui entre os “elementos” do ato administrativo.

E constataremos, então, que não há muito mais que fazer, neste ensaio, de proporções limitadas por sua própria natureza. É que, apresentadas várias possíveis (e excelentes, anote-se) definições do ato administrativo, e esmiuçadas em todos os seus aspectos (como antes fize-

mos), descendo-se mesmo ao tema da revogabilidade dos mesmos atos (que se pode dizer uma **extensão** de seu conceito), fica exaurida, na verdade, a apreciação de seus elementos.

Não podemos considerar, como faz parte da doutrina, entre nós e no exterior, as condições de validade do ato administrativo como elementos de sua existência, de sua estrutura; são dados exteriores a ele. Assim o sujeito (com a sua competência), os motivos (ou pressupostos de fato e de direito), o fim do ato, a sua causa (que alguns identificam com os motivos, outros com o fim e para outros é a relação entre os pressupostos e o objeto — ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, **Erro e Ilegalidade**, cit., pp. 110-30 — (relação de adequação), ou entre os motivos e o conteúdo do ato, em vista de sua finalidade legal — CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **Elementos**, cit., pp. 48-9; **Ato Administrativo**, cit., pp. 63-72 e 80-81), e mesmo o objeto do ato.

Nesse ponto concordamos inteiramente com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao qualificar a expressão “elementos” de “muito infeliz”, e ao adotar, como critério para o estudo dos “requisitos” do ato administrativo (denominação abrangente que ele lhes dá), a distinção entre elementos propriamente ditos (concernentes à existência do ato, e que seriam apenas a forma e o “conteúdo”) e “pressupostos” de sua validade (com ressalvas que adiante faremos, inclusive quanto a essas denominações) (cf. **Elementos**, cit., p. 41 e pp. 41-9, e **Ato Administrativo**, cit., pp. 35-6 e pp. 33-81).

Realmente, em rigor lógico não há como considerar o **agente** que pratica o ato administrativo, que lhe dá vida, como elemento dele, ou seja, como parte componente do ato que editou. Por outro lado, a **competência** do agente ou do órgão (que alguns substituem, entre os “elementos” do ato, ao agente, subsumindo-o, assim como a sua vontade, nela) diz respeito à validade do ato, e lhe é exterior: será válido o ato administrativo praticado por órgão competente, e não o será no caso contrário.

Os **motivos**, ou **pressupostos de fato e de direito** (segundo a melhor concepção deles), preexistem ao ato, dão-lhe causa, constituem-lhe o apoio, a base, o fundamento, são o antecedente lógico dele, sua **razão de ser**: logo, não podem **ser** o próprio ato, uma parte dele, um seu elemento; não o integram. Mesmo quando declarados no próprio ato administrativo (o que se conhece como a **motivação** do ato), não integram o **ato em si**: são a justificação dele; assim como os **consideranda** de uma lei não fazem parte da própria lei, servindo apenas para justificá-la e, assim, como subsídio para a sua interpretação. O que constitui o ato administrativo é a **declaração de vontade** (a decisão executória, da doutrina francesa, a disposição, da doutrina alemã).

Mesmo o **objeto** do ato administrativo não é elemento dele: é algo **sobre o que** dispõe o ato; é a pessoa, a coisa, a relação jurídica sobre a qual incide. Vejam-se os exemplos de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: num ato de nomeação, objeto dele é a pessoa a ser nomeada (sendo o **motivo**, ou o pressuposto, a existência do cargo vago,

acrescentamos); na desafetação de um bem de uso comum, o bem a ser desafetado; na declaração da caducidade de uma concessão, a relação jurídica de concessão (**Ato Administrativo**, cit., pp. 41-2).

Aqui, é preciso esclarecer sobre a distinção entre objeto e **conteúdo** do ato administrativo. O autor acima citado faz a distinção e, como dissemos antes, considera o conteúdo, expresso na **forma** do ato, e juntamente com essa, como componente elementar dele. E acolhe, para tanto, a lição de ZANOBINI (**Corso**, cit., p. 293), que "alerta para o fato de que não só a palavra conteúdo tem mais adequado poder evocativo que objeto, para nomear o que se quer referir com ela, como também adverte que objeto, em sentido próprio corrente tem acepção diversa. Registra que conteúdo é aquilo **que** se decide e objeto é aquilo **sobre que** se decide" (C. A. B. MELLO, **Ato Administrativo**, cit., p. 34, nota 4; cf. pág. 40).

De fato. Para que fique demonstrado, de maneira mais patente, que é esse o verdadeiro significado da palavra **objeto**, tanto na linguagem comum como na filosófica e na jurídica, vejamos as principais acepções que lhe são dadas por AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA (**Novo Dicionário**, cit.): "**Objeto**. (Do lat. *objectu*, part de *obicere*, 'pôr, lançar diante, expor'.) S. m. 1. Tudo o que é apreendido pelo conhecimento, que não é o sujeito do conhecimento. 2. Tudo que é manipulável e/ou manufaturável. 3. Tudo o que é perceptível por qualquer dos sentidos. . . . 5. Matéria, assunto: o **objeto** de uma ciência, de um estudo. 7. O ponto de convergência de uma atividade; mira, desígnio: *A filosofia hindu era o objeto de suas meditações*. . . . 9. Filos. O que é conhecido, pensado ou representado em oposição ao ato de conhecer, pensar ou representar. 10. Filos. O que se apresenta à percepção com um caráter fixo e estável. . . . 12. Jur. Aquilo sobre que incide um direito, obrigação, faculdade, norma de procedimento, proibição, etc.". E no **Dicionário de Filosofia**, de WALTER BRUGGER, cit., encontramos, em verbete da lavra de JOSEF DE VRIES: "Etimologicamente, **objeto** (do latim: *obiectum* = atirado diante) significa o que é atirado diante, ou posto diante. O vocábulo alemão correspondente **Gegenstand** tem significação idêntica: 'o que está (em pé) diante, em frente'. Assim sendo, **objeto** evoca essencialmente uma relação a alguém, em face de quem o objeto se encontra. A terminologia filosófica rigorosa atém-se a este sentido relativo da palavra, e, por conseguinte, emprega o termo **objeto**, não como muitas vezes acontece na vida corrente, como simples sinônimo de 'coisa'. Objeto, em sentido lato é tudo aquilo a que se dirige o ato consciente de um sujeito, ou tudo aquilo a que uma faculdade ou atitude psíquica duradoura ou hábito (**habitus**), ou também uma ciência, pode dirigir-se, ou seja, o fim do ato (da faculdade, etc.) enquanto tal; por conseguinte, o puro ente em si não é objeto, a não ser enquanto cognoscível, apetecível, etc., tornando-se objeto, de um modo novo, ao ser conhecido, apetecido de fato".

Esclarecendo, pois, sobre o **objeto** do ato administrativo, GUIDO ZANOBINI diz que é a coisa, a atividade, a relação de que ele se ocupa e para a qual dispõe, sobre a qual decide, atesta quanto resulta de seu conteúdo; e que em geral se pode dizer que tudo que pode ser objeto de relação jurídica de Direito Público (bens dominiais e patrimoniais, atividades positivas e negativas, etc.) pode constituir objeto dos atos jurídicos da administração pública (Corso, cit., I., p. 199). Por sua vez, "o **conteúdo** do ato administrativo consiste naquilo que com ele a autoridade pretende dispor, ordenar, permitir, atestar, certificar. O conteúdo varia, portanto, segundo a categoria a que o ato administrativo pertence" (idem, p. 202). Voltando aos exemplos de BANDEIRA DE MELLO: o conteúdo de um ato de nomeação é a criação da situação jurídica pela qual se investe alguém na condição de vir a ser servidor público; o conteúdo do ato de desafetação do bem de uso comum é a declaração que o retira dessa destinação; o conteúdo do ato que declara a caducidade de uma concessão é a declaração da extinção desta (sem indenização, por falta cometida pelo concessionário). Outros exemplos, do mesmo autor: o conteúdo do ato de exoneração de um funcionário é a declaração de seu desligamento do serviço público; o conteúdo do alvará de licença para edificar é a remoção do obstáculo jurídico que se opunha ao exercício dessa atividade material; o conteúdo de uma desapropriação é a declaração de despojamento de alguém, compulsoriamente, da propriedade de um bem (mediante indenização) (**Ato Administrativo**, cit., pp. 41-2 e 37-8, resp.).

O **fim** do ato administrativo também não é interno a ele; não é, pois seu elemento. É alvo, objetivo; é o interesse público específico que a lei tem em vista, ao conferir a competência ao agente; é a finalidade que não pode ser desvirtuada pelo administrador, na realização do ato, sob pena de cometer **desvio de poder**.

Como dissemos no nº. 16, *supra*, o ato administrativo é uma **unidade teleológica**, é uma "grandeza vetorial". É praticado em vista do escopo legal; o fim não está nele, mas ele se dirige a alcançá-lo.

Se o fim fosse **elemento** do ato, se estivesse contido nele, seria sempre alcançado com a prática do ato, o que nem sempre acontece; nem sempre o interesse público é satisfeito pela atividade da Administração, embora seja constante, ou deva sê-lo, o empenho desta em obter tal satisfação. Às vezes, por desvio de poder, **desvio de finalidade**, que constitui ilegalidade; outras vezes, porém, por simples insucesso da Administração. O atingimento do interesse coletivo é um ideal, a que **tende** constantemente a atividade administrativa; como ideal, portanto, é meta; não está no começo — embora **projetado** pelo motivo —, está no **fim**. É a **meta optata**.

Há um "encadeamento entre os pressupostos e o fim" (JOHR, cf., *supra*, nº. 16); "parte-se do **motivo**, passando-se pelo **objeto** para atingir-se o **fim**" (CRETELLA JÚNIOR, D. Adm. Bras., cit., nº. 184, I, p. 308, citando BONNARD, *Précis de droit administratif*, 1953, p. 34; cf. citação desse autor e de RÉGLADE, no mesmo sentido, em CAIO

TÁCITO, *Direito Administrativo*, cit., p. 61): o motivo projeta o fim.

Mas nenhum deles **está** no ato administrativo (como elemento dele); esse, provocado pelo motivo, incide sobre o objeto para atingir seu fim. Momentos do ato.

O ato é só a **declaração de vontade**, que leva em conta esses três fatores (hipótese mais comum de ato administrativo).

Quanto à **causa**, se motivo (como é, para alguns), ou fim (como é, para outros), não é elemento do ato, pelas razões já vistas. E se é relação de adequação entre os pressupostos e o "objeto" (ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, v. referência, acima, neste número), ou entre o motivo e o conteúdo, em vista do fim (C. A. BANDEIRA DE MELLO, *idem*), também não é elemento do ato administrativo: não pode ser parte componente do ato aquilo que o **relaciona** com seu ponto de apoio; que serve de ponte entre ambos (ou talvez melhor, se se quer usar imagem: de alavanca).

Já a **forma**, não podemos dizer que não seja elemento do ato administrativo. Disse-o bem CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: a forma e o **conteúdo** (que geralmente se constitui numa declaração de vontade — v. acima), unidos, é que **são**, juridicamente, o ato administrativo (como **são** os atos jurídicos em geral) (*Ato Administrativo*, cit., pp. 37 e 42-3). Convém reproduzir suas palavras: "Forma é o modo de revelação do ato. É seu revestimento exterior, ou seja: o meio pelo qual o ato aparece e denuncia juridicamente sua existência. Portanto é a **exteriorização do conteúdo**, a **revelação da declaração jurídica**. . . . Em rigor, não haverá sequer um conteúdo possível **perante o Direito**, senão quando manifestado, vale dizer, exteriorizado; aparente, através da forma. O ato é um composto incindível de forma e conteúdo, pois nenhum conteúdo se revela, se declara, a não ser mediante alguma expressão, alguma enunciação. Ato, em Direito, é um conteúdo juridicamente revelado (cf. PIETRO VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1968, 3ª. ed., p. 172)" (C. A. BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., pp. 42-3; cf. pp. 55-6).

No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA ensina (*Tratado de Direito Privado*, III, 1970, § 332, 1, p. 346): "Todos os fatos jurídicos têm conteúdo e forma. Mas só a forma dos atos jurídicos é relevante para o direito. Qualquer que seja a forma com que se morre, o que importa é o fato da morte, como só importa o fato do nascimento ou o ato-fato da tomada de posse ou do pagamento. Enquanto a vontade permanece íntima, não-exteriorizada, não interessa ao direito. Pode interessar à religião e à moral. A expressão é a forma; só se levam em conta as vontades que se enformaram. A forma é a da vontade e dos outros elementos do suporte fáctico, que precisem exteriorizar-se, como fatos da psique. A forma mesma é elemento do suporte fáctico, razão para se preferir falar de forma da manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento, em vez de forma do ato jurídico (DRAGOLJUB ARANGJELOWITSCH, *Die formellen Willenserklärung*, 11). Antes de

ter forma, o ato não é, para o direito; não existe (O. VON VOLDERN-DORFF, *Die Form des Rechtsgeschäfts*, 14 s.)”.

18. Voltaremos ao tema da forma e do conteúdo ao ato administrativo, para melhor precisá-los. Antes, porém, acrescentemos mais alguns esclarecimentos sobre o fato de considerarmos, com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, apenas a esses dois como elementos do ato administrativo.

A fundamentação começa pelo próprio significado da palavra, em suas principais acepções: “**Elemento**. (Do lat. *elementu*.) S. m. 1. Na ciência antiga, a terra, o ar, a água e o fogo. . . . 3. Tudo que entra na composição dalguma coisa: *Os elementos da decoração eram de evidente bom gosto*. 4. Cada parte de um todo: os **elementos** de um aparelho. . . . 6. Pessoa, indivíduo, considerado como parte de um todo social ou de um grupo, de um conjunto qualquer: . . . *É tido por bom elemento na sua repartição*. . . . 10. **Ling**. Parte de um todo lingüístico (palavra, frase, som, etc.) que se pode separar ou conceber separadamente, mediante a análise. (Numa palavra, por ex., o **morfema**, o **semantema**, o **fonema**, o **acento**, etc., são elementos que se podem separar.)” (A. B. HOLANDA FERREIRA, *Novo Dicionário*, cit.). Sob o enfoque filosófico, BRUGGER, no *Wörterbuch*, esclarece: “A noção de **elemento** inclui que este entre, como parte, na formação de um todo” (*Dicionário de Filosofia*, cit., sub voce “Princípio”).

Essa preocupação em distinguir o que é efetivamente elemento do ato administrativo — e, assim, condição de sua **existência** — do que é requisito de sua **validade**, também se encontra em MARCELO CAETANO (*Princípios Fundamentais*, cit.).

Inicialmente, ao “examinar os vários elementos” isolados para compor a sua definição de ato administrativo, adverte: “Mas antes importa fazer uma observação. Quando falo em **elementos** quero referir-me às noções que entram na composição da definição que procuramos. . . . Os elementos aqui não são, pois, coisas que se misturam para obter um composto, são idéias, conceitos já resultantes de uma abstração das realidades e da classificação destas” (nº. 46, p. 110). Mais adiante, ao tratar da “validade e eficácia dos atos administrativos” (quando estuda a competência, a “formação e expressão da vontade”, aí incluídas a forma e as formalidades — considerando-as, pois, como requisitos de validade, e não elementos existenciais do ato —, os motivos ou pressupostos — “situações de fato ou de direito” invocadas pelo agente ou exigidas pela lei —, o objeto e o fim, etc.), escreve: “Antes de entrar na análise do regime jurídico do ato definitivo e executório, importa distinguir as noções de existência, de validade e de eficácia do ato. Desde que estejam reunidos os **elementos essenciais** que incluímos na definição do ato, ele **existe**. Mas um ato administrativo, para revestir valor jurídico, há de ter sido produzido de harmonia com as normas a que a Administração está submetida na sua atividade. A força jurídica de um ato administrativo vem-lhe da lei que permite a sua prática e condiciona o seu conteúdo. De modo que nem todos os atos **existentes** são **váli-**

dos. O ato só é **válido** quando reúne os **requisitos** legalmente exigidos para a produção dos seus efeitos específicos, isto é, quando se conforma com o padrão traçado pela lei para o tipo a que corresponde. Só então tem valor na Ordem Jurídica. Daí a necessidade de separar as **condições de existência** de um ato, dos respectivos requisitos de validade" (nº. 60, p. 131; grifos nossos e do autor). E depois, sistematizando a nomenclatura: "Aos **componentes do ato**, de cuja concorrência depende a respectiva **existência**, chamamos **elementos**. **Requisitos** são, como acabamos de ver, as exigências legais a que o ato existente tem de satisfazer para ser **válido**. Mas, em muitos casos, o requisito depende da verificação das circunstâncias objetivas ou subjetivas previstas na lei ou por ela admitidas. A essas **situações de fato ou de direito**, cuja existência em relação a alguns dos requisitos a lei impõe ou admite como condição para que o ato possa ser validamente praticado, chamamos **pressupostos**" (nº. 61, p. 133; grifos nossos e do autor). Antes, no **Tratado**, já advertira que "os elementos essenciais encontram-se **fundidos no ato**, formam uma **unidade** que só a análise lógica dissocia para maior comodidade de estudo" (ob. cit., p. 231, **apud** ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, **Erro e Ilegalidade**, cit., p. 98; grifos nossos).

Devemos distinguir, nesses passos, elementos da definição de ato administrativo, dada por MARCELO CAETANO — isto é, elementos de um conceito —, de elementos do próprio ato administrativo. Para a definição, realmente, vários elementos se agregam, para que resulte um conceito determinado, em que se estabeleçam, precisamente, "o gênero próximo e a diferença específica" (ou "a diferença última"), como diziam os escolásticos. Mas quando vamos procurar, na definição de ato administrativo, formulada pelo referido autor, os elementos **do ato** (e não da definição em si), verificamos que eles se resumem, na verdade, a um só: a declaração de vontade.

Advirta-se, de início, que MARCELO CAETANO, em sua fórmula conceitual, prefere falar em "conduta voluntária" (de um órgão da Administração) a falar em declaração, ou manifestação de vontade; mas é evidente que essa conduta voluntária do órgão administrativo, destinada a produzir "efeitos jurídicos num caso concreto", é u'a manifestação de vontade, se expressa geralmente numa declaração de vontade: "Sendo uma espécie do gênero **ato jurídico**, o ato administrativo tem de ser manifestação de vontade. Eu prefiro todavia dizer 'conduta voluntária' " (M. CAETANO, **Princípios Fundamentais**, cit., nº 47, p. 110).

Mas quando, como dizíamos, examinamos sua definição de ato administrativo (por nós reproduzida no nº. 2, **supra**), vamos encontrar, como essência do conceito, como **elemento nuclear** do ato, apenas a **declaração de vontade** (abstraida a **forma**, implícita quando se fala em "declaração" de vontade). Essa declaração (chamada de "conduta voluntária") deverá ser feita por "um órgão da Administração", agindo "no exercício de um poder público", para "prossecução de interesses postos por lei a seu cargo", e deverá "produzir efeitos jurídicos" no caso individual sobre que ela recai.

Vemos, pois, que a substância do ato, seu **elemento**, é um só: a declaração de vontade. As demais idéias incluídas no conceito (que são elementos **da definição**) são atributos, qualidades, de que deve ser dotada essa declaração para constituir-se em ato administrativo; são circunstâncias em que ela deve atuar, e são o efeito dela. Inclusive a fórmula "para prossecução de interesses postos por lei a seu cargo", segundo a explicação de seu autor, visa qualificar o ato administrativo, à diferença do ato jurisdicional, como aquele em que a Administração trata deles "como coisa sua" (**Princípios Fundamentais**, cit., nº. 52, p. 120).

O mesmo poderíamos dizer, em substância, em relação a todas as outras definições que reproduzimos ao longo deste trabalho, de Zanobini, de Otto Mayer, de Stassinopoulos, de Celso Antônio Bandeira de Mello, de Hauriou, de Walline, de Rolland e da jurisprudência dos tribunais administrativos alemães (cf., *supra*, nºs 2, 3 e 8): o **núcleo** de todas elas, aquilo que lhe constitui a essência, que, afinal, é o ato administrativo, é a declaração de vontade (deixando de lado a hipótese menos comum, de declaração de conhecimento, como nos atos enunciativos: certidões, atestados).

Nem poderia ser de outro modo, aliás, tratando-se, como se trata, de atos jurídicos, de que os atos administrativos são espécie.

Voltamos, pois, ao binômio **conteúdo** (que são as declarações de vontade, ou manifestações de vontade, e as declarações de conhecimento, ou manifestações de conhecimento) e **forma**, como elementos do ato administrativo.

19. Como vimos no nº. 17, *supra*, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO usa, como termo genérico, "requisitos", abrangendo "elementos" e "pressupostos" do ato administrativo, que distingue: "Sem os elementos não há ato jurídico algum (administrativo ou não). Sem os pressupostos não há ato administrativo formado de maneira válida" (**Elementos**, cit., p. 41). E, assim, sistematiza a matéria "separando os **elementos** do ato (conteúdo e forma), de seus **pressupostos**", sendo estes, a seu ver: "pressupostos **subjetivos** (sujeito e vontade), pressupostos **objetivos** (motivo e requisitos procedimentais), pressuposto **teleológico** (finalidade), pressuposto **lógico** (causa)" — esta no sentido já indicado (nº. 17, *supra*) — "e pressupostos **formalísticos** (formalidades)" (**Ato Administrativo**, cit., pág. 36).

Falta-nos esclarecer o sentido da expressão "requisitos procedimentais": "são os atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato. Consiste em outros atos jurídicos, produzidos pela própria Administração ou por um particular, sem os quais um certo ato não pode ser praticado. Assim, por exemplo, o ato de nomeação de um funcionário para cargo efetivo só poderá ser expedido depois da série de atos que compõem o concurso público no qual o interessado se classificou. Igualmente, o ato de adjudicação em uma concorrência só pode ocorrer após o ato de classificação do licitante colocado em primeiro lugar. A seu turno, o ato de classificação não

pode ser produzido antes do ato de habilitação do concorrente. O ato substanciado no alvará de licença para edificar depende, para ser expedido, de um ato do particular solicitando a licença. Este pedido, portanto, é condição para a prática do ato que expede a licença" (**Ato Administrativo**, cit., p. 77).

Como se viu acima, BANDEIRA DE MELLO distingue **forma**, que classifica como elemento do ato, e **formalidades**, classificadas como "pressupostos formalísticos". E explica: "Enquanto a forma significa exteriorização, formalidade significa o modo específico desta exteriorização" (**Ato Administrativo**, cit., p. 81, e **Elementos**, cit., p. 49).

Essa dicotomia é adotada por MARCELO CAETANO, que, entretanto, inclui entre as formalidades os **requisitos procedimentais** acima conceituados, como formalidades destinadas à **formação** da vontade administrativa, ao lado de outras que integram a forma, dizendo respeito à própria manifestação ou **expressão** dessa vontade, compreendendo-se entre as primeiras os próprios prazos estabelecidos para a prática de atos. E acrescenta que "a **forma** do ato pode consistir numa só ou em várias formalidades" (**Princípios Fundamentais**, cit., nº. 66, pp. 143-144).

Mas, enquanto CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO fala em elementos e pressupostos do ato administrativo (abrangendo a ambos com o termo genérico "requisitos"), MARCELO CAETANO constrói o seu sistema classificando como elementos os componentes existenciais do ato e requisitos as condições de sua validade, reservando a expressão "pressupostos" para as "situações de fato ou de direito, cuja existência em relação a alguns dos requisitos a lei impõe ou admite como condição para que o ato possa ser validamente praticado" (cf. nº. 18, *supra*).

Como se vê, há identidade na denominação de elementos apenas para os componentes existenciais do ato. Quanto às condições de sua validade, de nossa parte entendemos melhor o termo **requisitos**, por traduzir mais precisamente a idéia de exigências legais. Requisito é aquilo que se **requer** para que o ato administrativo seja válido. Essa palavra, aliás, na forma verbal, é que foi empregada pelo Código Civil, ao estabelecer as exigências legais para a validade do ato jurídico. Com efeito, depois de, no art. 81, conceituar o ato jurídico — indicando-lhe o **elemento** essencial, a declaração de vontade destinada a adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos —, preceituou, no art. 82: "A validade do ato jurídico **requer** agente capaz (art. 145, nº. I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145)".

Além disso, a palavra "pressuposto" não nos parece perfeitamente adequada para todos os requisitos acima indicados, por trazer a idéia de antecedente. É essa justamente uma de suas significações, e na área jurídica: "**Pressuposto**. . . . 4. **Dir.** Circunstância ou fato considerado como antecedente necessário de outro" (A. B. HOLANDA FERREIRA, **Novo Dicionário**, cit.). Pressuposto é algo que vem antes. Assim, o ter-

mo se presta bem para indicar o motivo e os procedimentos prévios à edição do ato administrativo, na classificação dos requisitos feita por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (v. **início** deste número). Quanto ao "sujeito e vontade", a inclusão desta entre os pressupostos atende, como explicado pelo próprio autor, à sua concepção de que "o ato administrativo **pressupõe** uma declaração de vontade que o haja produzido e esta, logicamente, é imputável a algum sujeito" (**Ato Administrativo**, cit., pág. 63; grifo nosso). Esse ponto será objeto de nossas considerações adiante. A palavra ainda serve em relação à causa do ato (qualificada pelo autor como "pressuposto lógico"), mas já quanto à finalidade ("pressuposto teleológico"), não nos parece guardar perfeita adequação.

É verdade que, figurativamente, se pode dizer que o fim "já está" no motivo, ou no ato, no sentido da **enteléquia** aristotélica (**entelécheia** = que tem (**echo**) seu objetivo (**telos**) dentro (**entos**)). Foi o que expressou STAMMLER, citado por AFONSO RODRIGUES QUEIRÔ, ao dizer que "as condições ou pressupostos do fato são tomadas como '**Verkörperungen und als Ausdruck des Zweckes**'" (como "encarnação e como expressão do fim" — cf. n.º. 16, *supra*). MARC RÉGLADE diz que "o fim está intimamente ligado ao motivo, e é no motivo que se pode encontrar a prova do fim", enquanto ROGER BONNARD escreve: "O motivo e o fim inicialmente têm de comum que eles são os elementos determinadores da vontade. Esta quer o objeto do ato porque existe um motivo e porque certo fim está em perspectiva. De outra parte, o motivo e o fim se prendem geralmente um ao outro, no sentido de que a existência de certo motivo ocasiona forçosamente a persecução de certo fim, ao menos quando o ato adequado é realizado". Dissemos, atrás, que o fim é a projeção do motivo.

No entanto, não se pode negar que o motivo é o **antes**, o fim o **depois**; o motivo é o antecedente, o fim o conseqüente; os motivos são os **pressupostos** do fim. O fim é o alvo a que tende o ato administrativo, **motivado** pelos pressupostos de fato ou de direito. É certo que eles se ligam, mas num **encadeamento** lógico, como disse JOHR, ao falar da "**Verkettung von Voraussetzung und Zweck**" ("encadeamento dos **pressupostos** e do fim") (cf., *supra*, n.ºs. 16 e 17). Após aludir à ligação acima referida entre o motivo e o fim, RÉGLADE diz que eles são, porém, "dois elementos distintos. Se nos é permitido empregar fórmulas escolásticas: um, o fim, é a causa final do ato; o outro, o motivo, sua causa ocasional" (**Revue du Droit public et de la Science politique**, 42/413, *apud* CAIO TÁCITO, **Direito Administrativo**, cit., p. 61, nota). E também BONNARD, em seqüência ao passo acima transcrito, completa: "Mas apesar desses pontos comuns, o motivo e o fim são dois elementos do ato essencialmente diferentes por sua natureza: um é uma causa, o outro, um efeito; um é o ponto de partida, o outro, o ponto de chegada" (**Revue**, cit., 55/138, *apud* C. TÁCITO, loc. cit.).

Finalmente, menos adequada nos parece a qualificação das formalidades como "pressupostos formalísticos" — sobretudo quando CELSO

ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO as distingue dos “requisitos procedimentais” (procedimentos prévios), antecedentes à edição do ato administrativo, por se situarem no **iter** de formação dele (enquanto MARCELO CAETANO, como vimos acima, inclui tais procedimentos entre as formalidades). Assim, entre esses “pressupostos” só estariam as formalidades contemporâneas da edição do ato (inclusive aquelas que são uma complementação dela, como a publicação do ato escrito). Não há aí, assim, nenhuma relação de antecedência material ou lógica que justificasse a denominação de “pressupostos” a esses **requisitos** formalísticos.

Pode-se argumentar, é verdade, que ao se falar em pressuposto está-se pensando em pressuposto **da validade** do ato (“sem os pressupostos não há ato administrativo formado de maneira válida” — v. **início** deste número), e não em pressupostos **do ato**, ou, nas palavras de JULIO PRAT (**Derecho Administrativo**, Montevideu, 1978, vol. II, tomo 3, p. 80), em pressupostos “do ato quanto a sua existência” (apud C. A. BANDEIRA DE MELLO, **Ato Administrativo**, cit., p. 63). Mas concluímos que BANDEIRA DE MELLO emprega a expressão como abrangente dos pressupostos quer da validade, quer da própria existência do ato administrativo. Tanto assim que inclui entre eles os que chama de “pressupostos subjetivos (sujeito e vontade)”; estes, portanto, seriam pressupostos da existência do ato, enquanto os outros seriam pressupostos de sua validade. Não só por suas palavras transcritas mais acima (“O ato administrativo pressupõe uma declaração de vontade que o haja produzido e esta, logicamente, é imputável a algum sujeito” — **Ato Administrativo**, cit., p. 63), mas por evidente razão lógica: é impossível pensar-se em um ato sem um sujeito que o haja produzido. (Quanto a ser a “declaração de vontade” pressuposto da existência do ato, voltaremos a falar nisso, como dissemos antes. Por ora, digamos apenas que, para nós, diversamente, o ato administrativo não “pressupõe uma declaração de vontade”: a declaração de vontade, como assinalamos antes, é o próprio ato administrativo, em sua essência, em seu **conteúdo** (como é o ato jurídico em geral).) O pressuposto da existência do ato, evidentemente, **vem antes**.

De qualquer maneira, não nos parece conveniente usar a palavra “pressuposto” com a generalidade significativa supra-indicada, inclusive, porque parte da doutrina a emprega para identificar o **motivo** do ato, quer sob este nome, quer sob o próprio nome de **pressupostos** de fato e de direito. Assim, o emprego do mesmo termo em dupla significação pode ensejar confusão.

Conceituou assim os motivos JÈZE, no **Essai** publicado na **Revue du Droit public**, em 1922, em que “considera as condições de fato como o motivo dos atos administrativos. ‘*Qu’ est-ce que le motif déterminant?*’ — pergunta ele. ‘*Ce sont les considérations de fait ou de droit qui poussent un individu à accomplir certains actes juridiques*’ ” (AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, **Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder**, cit., pág. 20). MARCELO CAETANO fala nas “situações de fato ou de direito exigidas por lei como pressupostos subjetivos ou objetivos ou in-

vocados como **motivos** do ato" (**Princípios Fundamentais**, cit., nº. 69, p. 150); e diz que "a essas situações de fato ou de direito chamamos **pressupostos**" (*idem*, nº. 61, p. 133; cf., *supra*, neste número e no nº. 18). E exemplifica com a nomeação de um funcionário, em que seria **pressuposto objetivo** a existência de um cargo, criado por lei e dotado no orçamento, que esteja vago, e **pressuposto subjetivo** a reunião, pela pessoa nomeada, dos requisitos legais de capacidade para o exercício da função (*id.*, nº. 69, p. 150). Por sua vez, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, expondo a sua noção de **causa** do ato administrativo (a "relação de adequação entre os pressupostos do ato e o seu objeto" — cf., *supra*, nº. 17 — **Erro e Ilegalidade**, cit., p. 122), a filia a HAURIOU (que "foi levado a ver na causa a relação existente entre os pressupostos de fato do ato e a **categoria jurídica** a que este pertence. É a doutrina que se encontra em notas de jurisprudência (particularmente em comentário ao caso **Gomel** de 4 de abril, 1914, e ao caso **Lefranc** já citado) e em várias edições do **Précis de Droit Administratif e de Droit Public**"), a VEDEL ("a situação objetiva de fato ou de direito que está na base do ato administrativo. Quando é prevista e definida pela lei, o costume ou a jurisprudência, tem por efeito determinar quer o ato na sua totalidade, quer a categoria jurídica do ato" — **Essai sur la notion de cause en droit administratif**, Toulouse, 1934, pág. 361) e a DE SOTO ("a ligação que une o ato administrativo à situação objetiva de fato ou de direito que está na sua base" — **Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux**, Paris, 1941, p. 180). Já se vê que faz dos **pressupostos** (de fato ou de direito) o fulcro do conceito (de causa).

Também CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO tem, substancialmente, essa noção de causa, e a filia expressamente ao autor português (ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, **Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo**, cit.), acrescentando-lhe a referência à "finalidade legal correspondente ao ato": causa é "o vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato. Pode-se defini-la como 'a correlação lógica entre o **pressuposto** (motivo) e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica do ato'. Com efeito: tal correlação só é reconhecível e só faz sentido em vista da finalidade legal correspondente ao ato" (**Ato Administrativo**, cit., p. 80; **Elementos**, cit., p. 48). E assim conceitua o motivo: "Motivo é o **pressuposto** de fato que autoriza ou exige a **prática** do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta **para a prática** do ato. Logo, é externo ao ato. **Inclusive o antecede**. Por isso não pode ser considerado como parte, como elemento do ato" (*id.*, *id.*, pp. 72 e 43, resp.; grifos nossos).

Preferível nos parece, por conseguinte, reservar a expressão **pressupostos** a essas situações de fato ou de direito, que, na melhor concepção (não subjetivista), correspondem ao **motivo**, previsto na lei ou por ela admitido; e que são na verdade o único, dos requisitos de validade do ato administrativo, que antecedem qualquer procedimento da Administração. (Entre eles deve ser incluído, a nosso ver, o ato do particular,

que seja condição necessária para a prática do ato administrativo, como, por exemplo, o pedido de licença para edificar.)

20 Na sua sistematização, que vimos examinando, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO distingue, como dissemos, a **forma**, elemento do ato administrativo, juntamente com o conteúdo, das **formalidades**, requisito (que chama de pressuposto) de sua validade. No entanto — no que nos parece uma contradição do brilhante publicista pátrio —, ao tratar da forma, como elemento do ato administrativo, afirma que este será **inexistente** quando não tiver a necessária publicidade, sob as formas de **publicação** ou **comunicação**, que “é o mínimo para ressoar juridicamente”, isto é, para chegar ao destinatário, “transpondo o plano pessoal do agente para ingressar no plano social”. Pensamos resumir suas conclusões (**Ato Administrativo**, cit., págs. 42-56 e 81) com este passo: “Se o Direito estabelece a maneira pela qual um ato se reputa **publicado** ou **comunicado** — e o faz — a forma existe e o ato entende-se revelado, portanto **existente**, quando atendida a exigência em causa” (ob. cit., páginas 46 e 47; grifos do autor e nosso).

Contudo, parece-nos excessiva a conclusão de que a falta da publicação ou da comunicação ao interessado importará sempre na inexistência jurídica do ato. E, como apontamos no início deste número, isso está em contradição com a sistematização feita por esse autor, ao incluir as formalidades entre os “pressupostos” de validade do ato administrativo, e não entre os elementos essenciais para a sua própria existência. Pois temos a publicação e a comunicação ao interessado, inequivocamente, como **formalidades** do ato administrativo; e formalidades complementares da sua forma de expressão.

Sobretudo no caso da comunicação, afigura-se-nos forçada a interpretação que vê nela a própria forma de **expressão** do ato; ainda mais que, como se entende, não é o **efetivo conhecimento** pelo interessado que marca, nessa teoria, o “nascimento” do ato, e sim a **recepção** da comunicação “no protocolo da unidade receptora” (cf. C. A. BANDEIRA DE MELLO, **Ato Administrativo**, cit., pp. 47-8 e 52).

No caso da publicação pela imprensa (órgão oficial), imaginemos uma hipótese: imaginemos que a lei exige a publicação, não só pelo jornal oficial mas também mediante a afixação no local de costume da repartição (como é comum em relação a editais). A forma, assim, só estará completa, com todas as formalidades exigidas por lei, com a prática dos dois meios de publicação: a afixação do ato, certificada, e sua reprodução no órgão oficial. A afixação editalícia é também, sem dúvida, forma de **publicação**, que é, em sua primeira acepção, o “ato ou efeito de publicar”; e **publicar** é, também em seu primeiro significado, “tornar público, manifesto, notório; vulgarizar” (A. B. HOLANDA FERREIRA, **Novo Dicionário**, cit.). O ato, assim publicado, adquire **publicidade** (vocábulo calcado no francês **publicité**), que é a “qualidade do que é público” (igualmente em sua primeira acepção — cf. ob. cit.).

Mas, continuando a formular nossa hipótese, imaginemos que se fez a publicação editalícia mas não se deu a reprodução do ato no jornal

oficial. Será esse ato, por falta dessa formalidade complementar, inexistente — apesar de ter-se tornado “público, manifesto, notório”? Apesar de estar, talvez, registrado em livros da repartição, dos quais poderá, pois, ser extraída certidão? Ou será apenas **nulo** (como pensamos)?

Não se pensa, certamente, num escrito deixado na gaveta, hipótese sempre lembrada. Não basta a mera feitura do escrito, sua assinatura: esses, sim, são atos meramente materiais. Nem se pode falar em “ato” deixado na gaveta, mas apenas em escrito. Este, para fazer-se instrumento do ato, deve ser publicado (antes, só existe para seu prolator, como a sentença judicial, antes de publicada). O esboço de ato, que se contém no escrito, para fazer-se **ato**, tem de ser **editado**, publicado, exteriorizado. **Editar** (do francês *éditer*) é uma das palavras que se emprega para significar a exteriorização do ato, e sua acepção, no caso, é a de “dar a lume; publicar” (A. B. HOLANDA FERREIRA, *Noo Dicionário*, cit.)

Figure-se outro exemplo. Assinado o “ato” de nomeação de um funcionário, ou outro ato qualquer, e enviado o “ato” (*rectius*: o instrumento do ato) à imprensa oficial, na noite do mesmo dia a autoridade que o assinou morre; e no dia seguinte, pela manhã, o texto do ato é publicado. Se levarmos a rigor a teoria de que ele só existe com a publicação no órgão oficial, teremos de considerar o ato **inexistente**. No entanto, se solucionarmos a hipótese da falta de publicação na imprensa oficial como de **nulidade**, nenhum problema haverá. A publicação na imprensa — solenidade, formalidade complementar exigida por lei — ter-se-á feito regularmente, e o ato, evidentemente, só terá a **eficácia**, decorrente de sua validade, após essa publicação.

Mas o exemplo se torna mais expressivo ainda no caso de a formalidade complementar ser a comunicação, a notificação ao interessado. Falecendo a autoridade no interregno entre a expedição da comunicação e o recebimento “no protocolo da unidade receptora”, ainda que curtíssimo, a manter-se aquela orientação teórica, teríamos aqui também, lógica e coerentemente, de considerar **não existente** o ato.

Vamos ainda a um outro exemplo, também expressivo: o funcionário é nomeado e trabalha dias, meses, anos; contudo, o ato de sua nomeação não foi publicado na imprensa oficial, como era de lei. O ato de nomeação poderá ser considerado inexistente? Nulo, sim. Mas, inexistente?

Em todos esses casos a solução é, a nosso ver, de nulidade do ato, não de inexistência. Certamente, ele não produzirá os seus efeitos legais; mas por ser nulo, não por não existir, juridicamente.

É essa, aliás, a solução dada, quotidianamente, no Direito Processual: a falta de publicação, no órgão oficial, de um ato de citação, notificação ou intimação acarreta a **nulidade** do ato. É, de resto, a solução dada pela própria lei processual (Código de Processo Civil, art. 247): “As citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais”.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO invoca a opinião de MICHEL STASSINOPOULOS, observando inicialmente que esse autor

diz "que no direito administrativo francês prevalece a tese de que o ato existe desde o momento em que é assinado", fazendo-se distinção entre validade, ou força executória, e força obrigatória ou oponibilidade do ato a terceiros (cf. M. STASSINOPOULOS, *Traité*, cit., § 46, I, p. 224). "A primeira existiria desde a assinatura, ainda que não publicado nem comunicado o ato (é a figura do ato oculto) e a segunda nasceria com a publicação ou comunicação" (C. A. B. MELLO, *Ato Administrativo*, cit., p. 45). E conclui. "STASSINOPOULOS, com razão, opta pela tese, que diz encampada pelos tribunais gregos e pela jurisprudência alemã, de que o ato existe a partir da sua publicação ou comunicação, conforme o caso" (*idem*, p. 46).

Mas parece-nos que STASSINOPOULOS, no § 46 do *Traité* (pp. 222-31), fala predominantemente em não ser o ato administrativo **válido**, e conseqüentemente em não produzir **efeitos**, embora às vezes aluda a inexistência; e à pág. 229 tem esta conclusão: "Se a lei não exige a publicação do ato individual, volta-se ao princípio acima enunciado segundo o qual o ato só produz seus efeitos jurídicos após sua notificação (v. *supra*, p. 227, nota 3). É, pois, a aplicação do sistema da recepção. Todavia a notificação não constitui um elemento essencial para o perfazimento" (*accomplissement*) "do ato, e, por conseguinte, uma irregularidade na notificação não macula" ("*ne saurait entacher*") "de ilegalidade o ato mesmo (*Conseil d'État*, 2 fev. 1906, Clément, *Rec.* p. 98; 8 jan. 1909, Malaval, *Rec.* p. 15; C. E., 26 mar. 1915, Mayon, *Rec.* p. 106; C. E. 28 jan. 1949, Chataignières, *R. d. p.* 1949, p. 389; JÈZE, III, p. 295; HAURIOU, p. 359; *Conseil d'État Hellénique*, 189 (1934): 'o defeito da notificação não ocasiona a nulidade do ato' . . .)". E aí se faz remissão ao § 21, 2, página 128 do livro, em que o mesmo autor assevera: "A notificação **não constitui uma forma do ato já emitido**; por conseguinte, seu defeito não afeta de modo nenhum" (*aucunement*) "a validade do ato" (grifo nosso).

Por outro lado, no mesmo § 21, 2 (p. 127) da mesma obra, e reforçando o que acima dissemos, STASSINOPOULOS escreve: "**A publicação do ato é uma formalidade externa** que é freqüentemente imposta pela lei. Para saber se a omissão da publicação ocasiona a **nulidade** do ato, é preciso examinar se ela tem caráter constitutivo ou somente declarativo. . . ." (grifos nossos, menos o primeiro).

De tudo se conclui que existem, realmente, **forma e formalidades**; que só a primeira é que, normalmente, é essencial para a **existência** do ato administrativo, concernindo as segundas à **validade** dele; que, pois, a forma é **elemento** do ato, enquanto as formalidades são **requisitos** de sua validade. Assim, o ato será inexistente quando lhe falte o **mínimo formal** para que **seja** ato, para que exista.

Nesse sentido é a exata lição de PONTES DE MIRANDA, que, apesar de contida em tratado de Direito Privado, tem inteira aplicação ao presente objeto de nosso estudo, pois na verdade tanto nela quanto aqui se trata de matéria concernente à teoria geral do Direito.

Concluimos o n.º 17, *supra*, com o trecho em que o mestre di-

zia: "Antes de ter forma, o ato não é, para o direito; não existe (. . .)". Mas, em sequência a essa frase, esclarece: "*Mas, em se tratando de forma especial, pública, legal ou voluntariamente exigida, ou de forma escrita, legal, a sanção é a nulidade, e não a inexistência. . . . Para que a infração da regra jurídica sobre forma especial não produza nulidade, é preciso que a lei o diga expressamente, porque a sanção de nulidade é o princípio geral. Às vezes, por defeito de forma, a sanção é de inexistência. Mas os casos são raros (e. g., artigo 194)*" (do Código Civil) (PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., § 322, 1, tomo III, pp. 346-7).

E no número seguinte (2) do mesmo § 322 ensina, de maneira elucidativa: "*A forma pode ser pressuposto de existência do ato jurídico, de eficácia ou de validade. A doação verbal de bem imóvel não é nula; é inexistente. A doação verbal de bem móvel, sem se lhe seguir, desde logo, a tradição, também o é. A doação de bem imóvel por instrumento particular é nula, porque não se observou o art. 134, II. A forma pode ser elemento necessário ao suporte fático para que entre no mundo jurídico, ou para que o ato jurídico valha, ou para que o ato jurídico tenha certo efeito, ou certos efeitos. Uma das formas apontadas ao testamento é necessária à existência do testamento; se, adotada uma delas, houve transgressão de regra jurídica sobre a forma, há nulidade. Se o ato jurídico não existe, porque, sem a forma, não se pode pensar em que exista, a ação de quem lhe nega existência é a declaratória negativa. Se alguém entende que o ato jurídico existe, a ação é a declaratória positiva. Se se alega que o ato jurídico violou regras jurídicas sobre forma especial e a sanção é a nulidade, a ação é constitutiva negativa. Tais regras jurídicas hão de ser expressas em lei; não cabe revelar-se regra jurídica sobre forma especial, se a lei expressamente não a estabeleceu. É isso o que se diz no art. 129: 'A validade' — a *fortiori*, a existência — 'das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 82)'. Se a lei exige a forma especial, sem dar a sanção, entende-se que é a de nulidade (art. 145, III); salvo se a faz elemento para que o suporte fático seja suficiente, porque, então, o ato jurídico não existe. Porém, às vezes, a forma especial é apenas para reforço à eficácia (= existe e vale, sem ela, mas não produz eficácia). O contrato de compra-e-venda de imóvel por instrumento particular não basta a que se entenda transferida, por acordo incluso, a propriedade, pois esse acordo seria nulo (art. 134, II), posto que possa ter eficácia obrigacional*" (PONTES DE MIRANDA, *ob. e loc. cit.*; os grifos nas frases são nossos).

O mesmo jurista anota, adiante (§ 333, 1, p. 348), que "a forma dos atos jurídicos ou é oral, ou é escrita, ou por atos, como a revogação do testamento que o testador destrói" (cf. Código Civil, art. 1.749). É o que também esclarece MARCELO CAETANO. Depois de dizer que "a forma do ato administrativo é o modo pelo qual a vontade do órgão administrativo se manifesta", escreve: "A vontade exprime-se normalmente pela linguagem oral ou escrita, mas existem também linguagens convencionais (os sinais gráficos, sonoros ou luminosos, as bandeiras

dos navios, a mímica etc.). E em certos casos a lei manda presumir certa manifestação de vontade a partir do conhecimento de uma conduta material — o silêncio, a passividade ou abstenção, ou as atitudes ou convenções que exprimem o voto, como o levantar-se ou ficar sentado, lançar uma esfera branca ou preta numa urna etc.” (**Princípios Fundamentais**, cit., nº. 67, p. 145). E CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “Normalmente, a formalização do ato administrativo é escrita, por razões de segurança e certeza jurídica. Entretanto, há atos expressos por via oral (por exemplo, ordens verbais para assuntos rotineiros) ou até por gestos (ordens de um guarda sinalizando o trânsito), o que, todavia, é exceção” (**Ato Administrativo**, cit., p. 81; **Elementos**, cit., p. 49).

21. Examinemos agora o outro elemento do ato administrativo, seu **conteúdo**.

Seja-nos permitido, inicialmente, insistir mais um pouco na distinção, que reconhecemos (e foi objeto de nossas considerações anteriores), entre conteúdo e **objeto** do ato administrativo. Como vimos anteriormente, o objeto é aquilo **sobre** o que o ato dispõe, enquanto que o conteúdo é o próprio ato, em sua substância (revestido pela forma). E isso corresponde à noção filosófica de objeto, como nos esclarece, mais uma vez, o **Philosophisches Wörterbuch**, de Brugger, em verbetes de DE VRIES: “Em todo conceito, importa distinguir o conceito como ‘ato de pensar’, o conceito como ‘conteúdo de pensamento’ e o ‘objeto’ do conceito. O conceito como ato de pensar é um ato espiritual (imaterial), embora em sua produção dependa de representações sensoriais ligadas ao corpo, e geralmente de muito curta duração temporal. O conceito manifesta ou representa o objeto, não por estas suas propriedades ontológicas, mas enquanto o ato de pensar implica em si, num modo ideal (só representado) de ser, um determinado conteúdo (enquanto, p. ex., é conceito de número e não de espaço); o conceito ‘significa’ o objeto, é intencionalmente dirigido para este. Mas o objeto do conceito não é o ‘conteúdo’ implicado neste; é, sim, o objeto independente da mente, o qual não é precisamente conhecido como existente no conceito, mas sim significado neste. Assim, por exemplo, o conceito ‘homem’ significa a quiddidade do homem real, não se significa a si próprio (o homem enquanto conceptualmente representado)” (**Dic. de Filos.**, cit., **sub voce** ‘Conceito’). “Quando o conhecimento se perfaz por intermédio de uma imagem cognoscitiva inconsciente, importa distinguir entre objeto e ‘conteúdo’ do conhecimento. Assim, p. ex., o conteúdo mental é a representação incluída no conceito ou no juízo; o objeto é o ente independente do pensamento (e que o transcende), ente significado (‘intendido’) pelo pensamento. Considerando o conteúdo como sendo o próprio objeto, desembocamos no idealismo epistemológico, para o qual o objeto é um produto do pensamento” (*idem*, **sub voce** ‘Objeto’).

Mas agora temos de focalizar problema assaz difícil: o da relação entre o conteúdo do ato e a declaração de vontade. CELSO ANTÔNIO

BANDEIRA DE MELLO observou: "Difícilmente encontrar-se-á problema tão desencontradamente tratado como o da vontade no ato administrativo. JULIO PRAT" (**Derecho Administrativo**, cit., p. 73) "anotou com precisão: 'Para alguns este elemento está subsumido no elemento conteúdo. Para outros, no sujeito. Para outros não é um elemento mas um pressuposto *sine qua non* do ato quanto a sua existência', sem embargo de que 'muitos autores não vacilam em incluí-lo como elemento essencial'. Outros, ainda, negam-lhe o caráter de elemento" (**Ato Administrativo**, cit., p. 63).

E BANDEIRA DE MELLO tomou partido na questão considerando a vontade como "pressuposto subjetivo" do ato administrativo, como anotamos antes (cf. nº. 19, *supra*), ao lado do "sujeito" que a emite, dizendo haver "subsumido a vontade entre os pressupostos subjetivos" (grifo nosso, ob. cit., pág. 63). Mas, diríamos mais: considerou não apenas "a vontade" como pressuposto subjetivo, mas a própria **declaração de vontade**: "O ato administrativo **pressupõe** uma declaração de vontade que o haja produzido e esta, logicamente, é imputável a algum sujeito" (ob. e loc. cit., grifo nosso).

Quanto ao conteúdo do ato, disse, de maneira muito expressiva: "**Conteúdo** é a decisão jurídica expressada no ato. É aquilo que este dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou **modifica** na ordem jurídica. É, em suma, a **própria alteração** na ordem jurídica produzida pelo ato. Em última instância, **é o próprio ato**, em sua essência. Daí ser (juntamente com a forma) o que há de elementar no ato" (ob. cit., p. 37; grifos nossos em "modifica" e "a própria alteração").

Comungamos inteiramente do pensamento do douto administrativista em que o "conteúdo é a decisão jurídica expressada no ato", e "aquilo que este dispõe"; e ainda que "em última instância, é o próprio ato, em sua essência" e "(juntamente com a forma) o que há de elementar no ato". Mas já não podemos concordar quando se afirma, ao mesmo tempo, que o conteúdo é também "aquilo que . . . modifica na ordem jurídica" e, "em suma, a própria alteração na ordem jurídica produzida pelo ato".

Como bem observou CLÓVIS DO COUTO E SILVA (**A Obrigação como Processo**, cit., p. 76, nota 9), "a divisão precisa em planos de existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos deve-se a PONTES DE MIRANDA, e constitui notável conquista para a dogmática jurídica". No passo acima parece-nos que há alguma confusão entre os planos da existência e da eficácia do ato administrativo.

Quando se conceitua, quando se define o conteúdo do ato, está-se no plano de sua existência: o conteúdo é a decisão, é o que o ato dispõe, é o próprio ato em sua essência. O ato (em seu conteúdo) decide **para** modificar, **para** alterar a ordem jurídica, quando a seu objeto. Mas não é o **conteúdo** do ato que modifica, que altera; isso são seus efeitos. É a sua eficácia, reconhecida pelo ordenamento jurídico, que o faz. E, se o ato está, por exemplo, sujeito a condição suspensiva, ou a termo inicial, esses efeitos — como, aliás, bem explicado pelo próprio

autor citado (**Ato Adm.**, cit., p. 39; **Elementos**, cit., pp. 39-41) — só se produzirão depois de advindo o termo ou verificada a condição. Isso mostra a “distância” a que a eficácia fica da existência. É, como bem diz PONTES DE MIRANDA, outro plano.

O ato administrativo — é afirmação correntia — é a declaração (manifestação) de vontade **destinada, tendente** a produzir efeitos jurídicos num caso concreto (ato individual). É a **decisão executória**, da doutrina e da jurisprudência francesas. Mas a decisão executória se constitui em **título executivo**, que propicia a execução; e, inclusive, a auto-execução; mas que não é ainda, ela própria, execução.

Mas, como dizíamos, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO considera a própria **declaração de vontade** como pressuposto subjetivo do ato; e essa concepção fica bem explicada por estas suas palavras: “De logo, impende observar que **vontade** é uma realidade psicológica e não jurídica. Contudo, assim como o Direito qualifica outras realidades atribuindo-lhes relevo ou significação jurídica, cumpre examinar, tanto como se faz nos demais casos, qual a significação, qual a relevância, que o Direito atribui à vontade no ato administrativo. É bom que se observe que um ato jurídico não é, como corrente e elipticamente se diz, uma ‘declaração de vontade, conhecimento ou juízo . . .’, mas é o ‘**significado** que o Direito atribui a uma declaração de vontade, conhecimento ou juízo. . .’ ” (**Ato Administrativo**, cit., pp. 63-4; grifos do autor).

Em rigor lógico-jurídico, devemos concordar inteiramente com essa advertência de BANDEIRA DE MELLO: “De antemão, excluamos a confusão entre o negócio jurídico e o suporte fático (**negotium**) do negócio jurídico. Negócio **jurídico** é classe de fatos **jurídicos**; e não de suportes fáticos. Negócio jurídico já é o suporte fático, o **negotium**, após a entrada desse no mundo jurídico. Se o negócio jurídico fosse o suporte fático, que o enche, não seria possível falar-se de negócio jurídico nulo, anulável, rescindível, resolúvel, resilível, denunciável. Suportes fáticos não podem ser nulos, nem anuláveis, nem rescindíveis, nem resolúveis, nem resilíveis, nem denunciáveis. Quando A joga, ou aposta, as manifestações de vontade, que fazem o suporte fático do negócio jurídico de jogo, ou de aposta, não são nulas: nulidade ‘de fatos’ não teria sentido. Nulo é o negócio jurídico de jogo, se é, por exemplo, proibido, sem se lhe vedar a entrada no mundo jurídico. . . . Daí o erro de se identificarem manifestação de vontade, que é acontecimento do mundo fático, e negócio jurídico, que é juridicização do suporte fático (manifestação de vontade + x + incidência da lei). Há manifestações de vontade que entram no mundo jurídico sem produzirem negócio jurídico. Tão-pouco, precisa ela, para produzir negócio jurídico, ser ‘clara’ (= declarada)” (PONTES DE MIRANDA, **Tratado**, cit., § 249, 1, III, pp. 3-4).

Mas, para bem entendermos essa lição, temos de esclarecer o sentido exato da expressão **suporte fático** e dessa outra tão conhecida, **manifestação de vontade**.

Consideremos primeiro esta última. Alguns juristas usam a expressão **declaração de vontade** em sentido lato, abrangendo nela as **atuações de vontade** que não consistem em declarações de vontade em sentido estrito. Foi nesse sentido que se empregou a expressão, neste trabalho, quando não acompanhada daquela outra ("manifestações de vontade"), com olhos postos nas várias definições de atos administrativos (espécie dos atos jurídicos **lato sensu**) apresentadas, que, como as definições de atos jurídicos propostas pela maioria dos escritores, falam simplesmente em "declaração de vontade"; esse é, na verdade, o termo mais usual. Mas é forçoso reconhecer que é espécie do gênero "manifestação de vontade", e que esta pode constituir base do negócio jurídico, ou do ato jurídico **stricto sensu**, sem que consista numa declaração propriamente dita. Por outro lado, quando dissemos que, para nós, o ato administrativo é, em essência, a própria declaração de vontade, só podíamos estar-nos referindo à declaração mesma (incluída aí a "declaração" tácita = pelo silêncio).

Exemplo daqueles juristas é LUDWIG ENNECCERUS: "Por **declaração** (da vontade de negócio) se entende simplesmente a **exteriorização** (da vontade de negócio). . . . A proposição 'declaração de vontade é igual a exteriorização de vontade' significa: são declarações de vontade, de um lado, as exteriorizações de vontade que têm por fim manifestar a vontade de negócio (**declarações de vontade em sentido estrito**) e, por outro, também, as **atuações da vontade** que, sem ter um fim de manifestação, dão realidade a uma vontade de negócio, sendo o ato exterior não um meio de manifestação mas um indício da vontade de negócio. Não se justifica estabelecer uma contraposição de princípio entre a declaração de vontade (em sentido estrito) e a atuação da vontade e tratá-las diversamente dentro da doutrina do negócio jurídico" (ENNECCERUS-NIPPERDEY, **Tratado de Derecho Civil**, trad. espanhola da 39ª. ed. alemã por Blas Pérez Gonzáles e José Alguer, 2ª. ed., Barcelona, 1950, § 136, II, 2, pp. 58-9).

Já PONTES DE MIRANDA (a nosso ver mais corretamente) prefere considerar a declaração de vontade como espécie do gênero manifestação de vontade, advertindo: "Com o emprego alternado, ou desatento, das expressões 'declaração de vontade' e 'manifestação de vontade', os juristas levaram o conceito de negócio jurídico a imprecisões lamentáveis. Desse modo, o primeiro cuidado que se há de ter, em exposição científica, é o de se responder à questão básica: Existem negócios jurídicos em que o suporte fáctico seja manifestação simples, em vez de **declaração** de vontade? A resposta é afirmativa, ainda se não se dilata, como, erradamente, fazem alguns, o conceito de declaração de vontade, até conter o de manifestações não-declaradas de vontade; e negativa, se não se mantém a distinção, já assente no direito comum, entre declarações de vontade, atuações (manifestações simples, adeclarativas) de vontade e atos reais, e se tomam a esses e aos outros atos-fatos como se fossem manifestações de vontade. Desde que se entendesse como declaração de vontade toda exteriorização de vontade e como

declaração de vontade, suporte fático do negócio jurídico, toda exteriorização de vontade de negócio, poder-se-ia dizer que o negócio jurídico tem **sempre**, por suporte fático, declaração de vontade; mas, com isso, se sacrificaria à **unidade do continente a diversidade do conteúdo**. A distinção entre declaração de vontade (senso estrito e certo) e o ato de vontade adeclarativo, ou simples manifestação de vontade, presta serviços relevantes à prática e tem todo fundamento na realidade psicológica. Não seria de admitir-se que não produzissem negócio jurídico atos humanos adeclarativos, em que há **vontade** de negócio, como: a aceitação da herança (art. 1.581, § 1º, 2ª. parte, **pro herede gestio**); a aceitação da oferta pelo consumo da mercadoria, ou pela encadernação do livro ofertado, ou pela tomada de posse e uso do terreno alugando, ou outro ato de vontade, adeclarativo (arts. 1.079 e 1.084); a aprovação do **dominus negotii**, por atos de consumo das coisas enviadas pelo gestor, ou pela remessa de utensílios (1.079 e 1.343); ou o uso da coisa vendida a contento (arts. 1.079 e 1.147); a derrelicção (art. 592, **verbis** 'coisa abandonada', **aliter**, o abandono de imóvel, art. 589 e § 2º.) e o reconhecimento da legitimidade da filiação, no caso dos arts. 340, II, e 341. Alguns atos adeclarativos (manifestações simples de vontade) estão tão próximos das declarações de vontade que se têm, juridicamente, como declarações de vontade **tácitas**: tal é, por exemplo, a revogação do testamento pela destruição (art. 1.749). Tácito, aí, significa 'silente', 'calado', sem se indagar se houve ato, ou não. Os atos volitivos adeclarativos são sem declaração, posto que manifestem vontade; os atos, de que falamos, têm declaração de vontade silente, — ou porque a regra jurídica, como a propósito da revogação (**re-vocatio**) dos testamentos pela destruição, ou da revogação do mandato (arts. 1.079 e 1.316, I), tenha dito que como 'declaração' de vontade de determinado conteúdo se devesse **considerar**, ou porque, o segundo as circunstâncias, o que deixa de falar **sabia** que se teria por declaração de vontade de determinado conteúdo o seu silêncio. No ato volitivo adeclarativo, o ato é indício de vontade, talvez de vontade de negócio; na declaração de vontade tácita ou pelo silêncio, ainda o é, mas há o **plus** de **declaração** de vontade, embora sem palavras. . . .” (*Tratado*, cit., § 249, 2, III, pp. 4-6).

Quanto à expressão **suporte fático**, anota CLÓVIS COUTO E SILVA que PONTES DE MIRANDA criou-a “para traduzir o vocábulo técnico germânico **Tatbestand**. Outros usam com o mesmo significado os termos ‘pressupostos de fato’, ‘suposto de fato’. Os juristas italianos utilizam o termo **fattispecie**, que é aglutinação da expressão latina medieval **species facti**. E **species** é o correspondente latino de **Eidos**, figura, forma” (*A Obrigação como Processo*, cit., p. 75, nota 4; cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., § 70., I, pp. 19-22).

E ENNECCERUS nos explica o significado do termo original: “O conjunto de requisitos, a que o ordenamento jurídico (é dizer, as proposições jurídicas abstratas) condiciona um efeito jurídico, ou seja, o nascimento, a extinção ou a modificação de uma relação jurídica, se chama

suposto de fato desse efeito jurídico. Entre o suposto de fato e o efeito jurídico medeia a relação lógica de fundamento a consequência. Esses requisitos abstratos (fatores singulares do suposto de fato) podem ser acontecimentos (por exemplo, a declaração de transmissão por parte do **tradens**) ("tradente"), "estados (por exemplo, a posse do usucapiente) ou verossimilitudes (por exemplo, §§ 252, 228, 862 e 904)" (do Código Civil alemão), "e ademais podem ser de natureza positiva (propositura de uma ação) ou negativa (negligenciar um prazo, omissão). Nem sempre são fatos, podem também ser direitos, por exemplo, a propriedade do **tradens** como um elemento do suposto de fato da transmissão, a aquisição da propriedade do imóvel arrendado como elemento do suposto de fato para o trespasse da relação de arrendamento (§ 571). A expressão suposto de fato (**Tatbestand**) foi criada pela ciência do direito penal (suposto de fato do delito), mas foi recolhida pela doutrina do direito privado. . . ."(Tratado de Derecho Civil, cit., § 127, I, vol. II, p. 5; cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., §§ 10. a 13, I, pp. 3-35).

Adverta-se que se não deve confundir a expressão acima, **suposto de fato (Tatbestand)**, com a expressão análoga "pressupostos de fato ou de direito", usada pela doutrina administrativa, geralmente, para indicar o motivo do ato administrativo; e que se refere a fatos anteriores ao **negotium**, antecedentes do ato, da declaração de vontade, não sendo, pois, aquele **suporte fático** em que se integram todos os elementos necessários para compor o negócio jurídico, o ato jurídico administrativo, dentre os quais sobressai a declaração de vontade.

Devemos ainda distinguir entre **negócio jurídico** e **ato jurídico em sentido estrito (stricto sensu)**, espécies do gênero **ato jurídico**. A distinção é sutil, mas "é assente na boa doutrina. Mas, quando se procura mostrar em que consiste a diferença, o mesmo engano e hábito, que levaram a definir-se o negócio jurídico pela escolha de efeitos, conduz a caracterizá-la por serem, nos negócios jurídicos, resultantes da vontade os efeitos e, nos atos jurídicos **stricto sensu**, da lei. No ato jurídico **stricto sensu**, a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a consequente, em vez de relação de escolha a escolhido" (PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., § 227, 2, II, p. 447). "Se não se quis o ato jurídico que resultou, não se pode pensar em negócio jurídico" (*idem*, § 228, 1, II, p. 450).

Necessitamos, ainda, do conceito preciso de negócio jurídico. "A prestante função do conceito de negócio jurídico está em servir à distinção entre negócio jurídico e ato jurídico não-negocial ou **stricto sensu**, naqueles casos em que o suporte fático do ato jurídico 'stricto sensu' consiste em **manifestação de vontade**" (PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., § 249, 1, III, p. 4). E essa noção exata nos é dada por ENNECCERUS (lembrando-se que ele usa a expressão "declaração de vontade" em sentido amplo, no sentido em que falamos em "manifestação de vontade"):

"Conquanto a plena realização da vontade humana, dentro dos li-

mites traçados pela lei moral e o bem geral, constitua a base do reconhecimento do negócio jurídico, a segurança do tráfico exige, não obstante, em casos nada raros, que a declaração de vontade suscetível de ser reconhecida exteriormente seja válida e eficaz, embora não medeie vontade alguma ou a declaração não tenha o conteúdo que corresponde à vontade. Por isso, a existência da vontade interna não deve recolher-se na definição do conceito do negócio jurídico. Por isso damos a seguinte definição: *o negócio jurídico é um suposto de fato que contém uma ou várias declarações de vontade e que o ordenamento jurídico reconhece como base para produzir o efeito jurídico qualificado de efeito querido*. (Concorde PLANCK-FLAD, preâmbulo à seção III, I, 1. Uma definição muito difundida na teoria do direito comum, em que se inspiram os Motivos" (do Código Civil alemão) "I p. 126, descreve o negócio jurídico como 'uma declaração de vontade privada dirigida a produzir um resultado jurídico, que o ordenamento jurídico dispõe precisamente porque é querido'. Diversamente, a definição dada no texto fala de um 'suposto de fato', etc., porque o negócio jurídico, segundo explicamos; pode compor-se também, pelas razões expressadas no texto II, de outros elementos que não são declarações de vontade; e de efeitos jurídicos 'qualificados como queridos' ") (*Tratado de Derecho Civil*, cit., § 136, II e nota 2, vol. II, p. 56).

Convém, todavia, atentar para esta observação: "Mas seria inexato considerar como parte do negócio a todos e a cada um dos requisitos de sua eficácia (cf. *supra* § 127, II). Por exemplo, a eficácia de muitos negócios depende do assentimento de terceiras pessoas, sem que este assentimento constitua uma parte integrante do negócio (*infra* § 191). Um testamento só pode produzir efeito ao morrer o testador e, não obstante, ninguém diz que a morte seja elemento do negócio. Portanto, só chamamos negócio jurídico àquele suposto de fato (que contém uma declaração de vontade) que o ordenamento jurídico considera como base do efeito jurídico (que se qualifica como querido). O que, segundo a concepção do ordenamento jurídico, não fundamenta o efeito jurídico mas só o condiciona, não é considerado parte do negócio mas unicamente como condição de sua eficácia, e se designa como **condicio juris** quando é posterior no tempo à conclusão do negócio. Disso se depreende quão inconveniente seria deduzir do conceito de negócio jurídico que sua eficácia haja de coincidir no tempo com a conclusão do negócio. É certo que tal princípio da simultaneidade regeu no antigo direito romano quanto aos negócios entre vivos (para os testamentos nunca) (cf. IHERING, *Geist des rom. Rechts* III, p. 143 ss.; ENNECCERUS, página 219 ss., 240 ss.), mas foi objeto de infinitas exceções no direito clássico (penhor de coisas futuras ou ainda não adquiridas, etc.) e desapareceu totalmente no C. c." (Código Civil alemão) (ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil*, cit., § 136, II, 3, vol. II, pp. 65-6 e notas 22-a e 24).

22. Essa noção de negócio jurídico, em sentido mais preciso, é importante, não porque se pretenda transplantar para o Direito Administrativo

vo a distinção, feita no Direito privado, entre atos negociais e os que o não são (cf. ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, **Erro e Ilegalidade**, cit., p. 101); mas porque pensamos que se pode dizer que a classe mais importante dos atos administrativos se constitui, efetivamente, de atos administrativos negócios jurídicos; de atos que têm como núcleo do suporte fático a vontade, ou melhor, a manifestação de vontade (em forma declarada), e dirigida à realização de determinada categoria de ato.

Por isso, também, é que doravante voltaremos a falar, mais especificamente, em "declaração de vontade" (como antes fizemos), de preferência a "manifestação de vontade", inclusive para guardar harmonia com as várias definições de ato administrativo apresentadas neste trabalho (*supra*, nºs. 2, 3 e 8; cf. nº. 18, *in fine*, e nº. 21); e não só porque é a expressão que os autores mais empregam, mas também porque se pode estendê-la no sentido lato antes aludido (embora menos apropriadamente), e porque, como acima observado, os atos administrativos de maior importância se constituem efetivamente em atos que têm como suporte fático uma declaração de vontade em seu núcleo, e caráter negocial.

Dizíamos, atrás (nº. 21, *supra*), que devemos concordar, em rigor lógico-jurídico, com a advertência de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, de que "um ato jurídico não é, como corrente e elipticamente se diz, uma "declaração de vontade, conhecimento ou juízo. . .", mas é o '**significado** que o Direito atribui a uma declaração de vontade, conhecimento ou juízo . . .'. Concordamos, no sentido do que foi antes exposto, isto é, de que a declaração de vontade não é só por si, muitas vezes, o único elemento do suporte de fato, agregando-se-lhe outros elementos que a lei prevê como necessários para compor-se a figura jurídica que se tem em vista; e que é só com o reconhecimento da mesma figura íntegra pela ordem jurídica, com a **incidência** da lei sobre ele, que o suposto de fato, o **negotium**, se torna negócio jurídico (e, no caso, da espécie ato administrativo). É, realmente, o Direito que lhe dá a chancela, que o "colore" (como diz PONTES DE MIRANDA), fazendo-o ingressar no mundo jurídico como negócio jurídico (ou ato jurídico **stricto sensu**, se não é caso daquele) e, pois, como ato administrativo.

Mas parece-nos que BANDEIRA DE MELLO não deu a suas palavras exatamente esse sentido, quando considerou, simplesmente, a declaração de vontade como "pressuposto subjetivo" do ato administrativo, dizendo que este "pressupõe uma declaração de vontade que o haja produzido" (cf., *supra*, nº. 21). Ou, pelo menos, não explicou precisamente o sentido dessa colocação. E pensamos, falando figurativamente, que se recuou demasiado "no tempo", colocando-se a declaração de vontade, como pressuposto, no mesmo plano "temporal" do motivo, dos "pressupostos de fato ou de direito" a que alude a doutrina administrativa; deu-se-lhe a mesma antecedência destes.

É certo que a declaração de vontade nem sempre é todo o conteúdo do ato jurídico: "Conteúdo do ato jurídico **lato sensu**, é (a) o que o enche, dando-lhe significado de manifestação de querer, de represen-

tação, ou de sentimento, **mais** o que a lei lhe exige como conteúdo necessário" (PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., § 324, 1, III, p. 319). Mas às vezes o é; e os juristas geralmente definem o ato jurídico identificando-o com a declaração de vontade. O próprio PONTES DE MIRANDA o reconhece, ao dizer que a orientação de excluir-se do conceito de **conteúdo** do ato jurídico "o que a lei lhe exige como elemento necessário", deixando só a declaração de vontade, "é dominante na doutrina, com a marca de desatenção pelo que é resultante, no conteúdo, do que a lei **põe** e do que a lei **dispõe**, se diferentemente o manifestante não dispôs" (*Tratado*, loc. cit., p. 320). Os administrativistas, em particular, como vimos, definem quase todos o ato administrativo como sendo "a declaração de vontade, etc."; e o próprio CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO o faz, definindo o ato administrativo individual unilateral como a "**declaração** unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos **concretos** complementares da lei expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional" (*Elementos*, cit., p. 39). Logo, se o ato administrativo é a declaração de vontade (agregada por vezes a outros elementos que a lei estabelece como necessários), não nos parece correto afirmar-se que ele "pressupõe" a declaração de vontade.

Aliás, como vimos, esse autor distingue os elementos dos pressupostos do ato administrativo, e classifica a vontade (e a própria declaração dela, como demonstrado) como pressuposto e não como elemento do ato. Para nós, ao contrário, a declaração de vontade é **elemento** do ato administrativo, como é elemento do ato jurídico em geral; e por isso é que, atrás, contrapusemos àquela afirmação, do preclaro administrativista, a de que o ato administrativo não pressupõe, mas é a própria declaração de vontade. Abstraindo dos casos em que se agreguem outros elementos tidos pela lei como necessários, e da própria incidência da lei (subentendida), pode-se dizer (com menor rigor embora) que o ato administrativo é a própria declaração de vontade (da Administração). (Abstrai-se também, aí, das hipóteses de menor importância, que são as declarações de conhecimento.)

Segundo informa ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, GIANNINI integra "no elemento vontade aquilo que para nós constitui o conteúdo" (*Erro e Ilegalidade*, cit., fazendo remissão às *Lezioni*, pp. 310 e 314). A verdade é que a declaração de vontade enche o conteúdo do ato jurídico, e, pois, do ato administrativo; às vezes completamente. Ainda quando não o preencha, pode-se dizer sempre que ela é o **núcleo** desse conteúdo; é, inegavelmente, o seu elemento mais importante, "**definidor** do conteúdo específico do negócio jurídico" (PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., § 251, 4, III, p. 11); é a essência do conteúdo, sua substância, sua força vital. É por isso que, seguindo a referida orientação da maioria dos administrativistas, STASSINOPOULOS, depois de tê-lo afirmado em sua definição de tal ato, lembra, adiante: "O ato

administrativo é, como nós já dissemos, uma declaração de vontade" (*Traité*, cit., § 46, I, pág. 222).

ENNECCERUS bem esclarece o problema: "Se o negócio jurídico consiste unicamente em uma declaração de vontade, que é reconhecida por si só como base do efeito jurídico, a declaração de vontade e o negócio jurídico são a mesma coisa. Por exemplo, à denúncia de uma relação jurídica podemos chamar indistintamente declaração de vontade ou negócio jurídico. Mas às vezes a declaração de vontade não produz o efeito jurídico por si só, mas só em relação com outras declarações de vontade ou com outras partes do suposto de fato. Então só é parte do suposto de fato que denominamos negócio jurídico, e induziria a erro e não estaria de acordo com a linguagem do C. c." (Código Civil alemão), "o qualificá-la, não obstante, como negócio jurídico" (*Tratado de Derecho Civil*, cit., § 136, I, p. 56). Adiante: "Muitos negócios jurídicos se compõem unicamente de uma declaração de vontade no sentido exposto, por exemplo, a promessa pública, a instituição de herdeiro e a denúncia, ou de uma pluralidade de declarações de vontade, que com freqüência se reúnem sob o nome de uma declaração de vontade conjunta, por exemplo, os contratos de compra-e-venda, de arrendamento, de sociedade. Mas há outros que têm, ademais, outras partes integrantes, cuja natureza não é só de fato, mas que pode ser também de direito" (e aí se mencionam os **negócios reais**, que exigem a entrega de uma coisa móvel, assim como aqueles que requerem a cooperação estatal, p. ex.: o registro necessário à transferência de um imóvel, a celebração do casamento, o testamento militar; cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado*, cit., § 251, 9, pp. 27-30, tomo III) (ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Tratado de Derecho Civil*, cit., § 136, 5, pp. 63-5).

No mesmo sentido, PONTES DE MIRANDA escreve: "Se a declaração de vontade (A), ou a manifestação de vontade (B), suficiente à composição do negócio jurídico, é **sozinha**, o negócio jurídico é, nesse particular, coincidente com a declaração ou manifestação de vontade" (*Tratado*, cit., § 251, 3, III, pág. 11).

23. Por tudo quanto vimos, não podemos concordar com a afirmação de ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, quando assevera que "a vontade não é um elemento essencial do ato administrativo" (**Erro e Ilegalidade**, cit., p. 108).

O ilustre administrativista português, aliás, no início de suas considerações sobre essa questão, assinala — justificadamente, a nosso ver — que "poderá parecer estranho que, tendo nós atrás definido o ato administrativo como um ato voluntário, nos recusemos agora a incluir a vontade entre os elementos essenciais do ato administrativo" (*idem*, pág. 100).

Aceita ele a distinção "essencial" entre vontade psicológica e vontade normativa, feita por MARCELO CAETANO (no *Tratado* e no *Manual*, cit., pp. 217 e 219, resp. — A. G. PEREIRA, ob. cit., pp. 104-5; cf., *supra*, nº. 16), e afirma que "a vontade normativa existe sempre e necessariamente no ato administrativo — mas não é um seu elemento"

(id., p. 105). No que respeita à vontade psicológica, escreve: "O mesmo se não pode dizer da vontade psicológica. Esta poderá ser um elemento do ato administrativo na medida em que a sua presença seja necessária para a produção da vontade normativa. E aqui surge a necessidade de distinguir entre vinculação e discricionariedade. No ato totalmente vinculado é irrelevante a vontade psicológica do agente. Mas quando há discricionariedade, o que sucede a nosso ver é que a lei faz coincidir a vontade normativa com a vontade psicológica do agente. E, como melhor veremos adiante, ao tratarmos especificamente da caracterização do poder discricionário, não é a qualquer vontade psicológica que a lei confere o valor de servir de suporte à vontade normativa — tem de ser uma vontade orientada para a prossecução do fim legal, e que esteja em condições de se pronunciar, isto é, que tenha examinado as 'circunstâncias do caso' " (págs. 106-7).

Assim, para chegar à conclusão inicialmente anunciada, pondera: "Mas, como se vê, a vontade psicológica, embora seja um elemento normal, não é um elemento essencial do ato administrativo, já que pode em certos casos não existir; o ato administrativo é perfeitamente concebível sem a vontade psicológica, o que não sucede com os outros elementos. Podemos assim dizer que a vontade normativa não é um elemento do ato administrativo; e que a vontade psicológica não é um seu elemento essencial" (págs. 107-8).

Mas, qual o raciocínio seguido para chegar à conclusão de que "a vontade normativa não é um elemento do ato administrativo" (pág. 106)? O seguinte: "É que nos parece que a vontade normativa não é um elemento, um componente do ato administrativo, mas sim um efeito legal da reunião de todos os seus elementos — ou seja uma consequência imputada pela lei. Como tal não faz parte, com autonomia, do ato. Assim a competência, a forma, etc. são elementos componentes do ato — se eles faltam não há um ato administrativo, ou não há um ato administrativo válido — e é possível individualizar mentalmente cada um destes elementos, fazendo o que FRAGOLA chamou 'anatomia do ato' (é o título do capítulo 1º. do livro de FRAGOLA, *Gli atti amministrativi*). Mas a vontade normativa não tem existência autônoma; não pode faltar — existe necessariamente desde que estejam reunidos os elementos. O estudo dos elementos do ato administrativo é a decomposição da estrutura deste — e de tal estrutura não faz parte a vontade normativa, que é uma qualidade jurídica atribuída ao todo e que não pode ser sequer por abstração separada. Aliás, o escopo prático dos elementos do ato administrativo é o de permitir a descrição dos vícios do ato, isto é, a 'anatomia' é um ponto de passagem indispensável para a 'patologia' do ato. Ora, os vícios do ato podem afetar a competência, a forma, etc., — mas não há vícios da vontade normativa; os vícios são as razões pelas quais não surge, ou surge deficientemente, a vontade normativa" (págs. 105-6).

Exposto, assim, o pensamento de ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, devemos examiná-lo. Mas antes é necessário que esclareçamos

o significado da vontade normativa, a que ele se refere, em contraposição à vontade psicológica, de acordo com a distinção feita por MARCELO CAETANO.

Vejam os então, em suas linhas essenciais, essa teoria, exposta também por MARCELO CAETANO nos seus **Princípios Fundamentais** (ob. cit.) — o que significa que corresponde às suas últimas idéias sobre o assunto, já que essa obra é mais recente que as outras duas mencionadas linhas atrás.

Começa, o notável publicista luso, por advertir que a afirmação, contida em sua definição do ato administrativo, de que “a conduta do órgão da Administração deve ser **voluntária**”, toca “no ponto mais delicado na teoria do ato jurídico, em geral, e do ato administrativo, em especial” — o que, aliás, estamos a ver. E prossegue, pouco mais adiante: “Sabe-se que a vontade é uma faculdade da alma humana: só os indivíduos têm vontade, é o que podemos chamar **vontade psicológica** ou **vontade psíquica**” (ob. cit., pág. 112, gr. nosso). E assim conclui essas primeiras considerações: “Ora aqui está como, em Direito, se deve distinguir a **vontade individual** da **vontade funcional**: ambas são expressas por indivíduos, mas a primeira traduz a ação do particular a tratar dos seus interesses, enquanto a segunda é manifestada pelo indivíduo que, como titular de um órgão, cumpre o dever de curar de interesses alheios. Não é difícil de fazer a aproximação destes conceitos com os de direito subjetivo e poder funcional. A vontade funcional expressa para realizar fins ou interesses de uma coletividade é que origina o que poderemos chamar **vontade coletiva**” (nº. 48, págs. 113-14).

Adiante, fala da **vontade normativa**, pela qual Kelsen, “dentro da lógica da sua doutrina normativista”, substituiu a vontade psicológica na teoria jurídica. E explica: “Na verdade, quando se diz que houve conduta voluntária de um órgão colegiado porque se manifestou a vontade deste mediante uma votação donde resultou o apuramento da maioria dos votos, está claro que esta vontade funcional nada tem de psicológico. É em virtude de uma convenção, estabelecida pela norma legal ou estatutária, que se aceita considerar a maioria dos votos aprovadora de uma proposta como expressão de vontade do órgão, como é para respeitar o comando contido numa norma que se faz a imputação à pessoa coletiva da vontade expressa pelo seu órgão. Estamos perante uma vontade, não psicológica, mas **normativa**. O mesmo se dá com a presunção **juris et de jure** que a lei manda ver no fato do silêncio do órgão da Administração que tenha o dever de se pronunciar, dentro de certos prazos, sobre questão que lhe seja submetida. . . . Aliás nos casos de vontade normativa existe sempre, no fundo, um elemento psicológico a que se deve atender” (MARCELO CAETANO, **Princípios Fundamentais**, cit., nº. 49, pp. 114-16).

Parece-nos que se faz verdadeira subversão da teoria do ato administrativo (espécie do ato jurídico) quando se diz que “a vontade normativa” não é um seu elemento, “mas sim um efeito legal da reunião de todos os seus elementos — ou seja uma consequência imputada pela lei”

(ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Erro e Ilegalidade*, cit. — v. acima). A vontade, fonte e mola propulsora, **elemento nuclear** do ato jurídico (administrativo ou não), em seu conteúdo, passa a ser mero efeito, mera consequência da "reunião" de outros "elementos" (todos); quando, na verdade, ela é que é, em muitos casos, o **único** elemento substancial do ato, preenchendo todo o seu conteúdo (como vimos no número anterior), e revestida pela forma do ato.

Nenhuma diferença faz, a esse propósito, que se trate da vontade normativa: ela desempenha, no caso, o mesmo papel que a vontade individual da pessoa física. Também desta não interessa, em princípio, a face psicológica, interior, a que se gera nos meandros da consciência; ao Direito interessa apenas (salvo alegações de vício no processo de sua formação) sua face exteriorizada, a vontade manifestada, por palavras (declarada) ou de outra maneira, desde que fique bem revelado o seu sentido. Vimos, no número anterior, que, inclusive, em princípio prevalece a manifestação de vontade, mesmo quando essa manifestação, na realidade, não encontra correspondência com o querer íntimo do agente, podendo ser até bem diversa ou mesmo inexistente a vontade real; a segurança o exige.

A vontade normativa, funcional, só difere da vontade individual da pessoa física no processo de formação, e por resultar de uma convenção estabelecida pela lei ou pelo estatuto; mas, exteriorizada que seja, sua significação e sua função são idênticas à dessa: dar nascimento, pela incidência da lei, ao ato jurídico (administrativo), enchendo-lhe o suporte fático, por vezes com outros elementos que a lei exige como necessários para integrar a categoria jurídica cujos efeitos são queridos.

A vontade (normativa ou não) é "antecedente", não consequente (antecedente não do ato — pois ela "é" o próprio ato, em seu conteúdo nuclear —, mas dos efeitos desse); é "causa", não efeito.

Ademais, alude-se a outros "elementos" de que ela seria mero resultado; alude-se, por exemplo, a "a competência, a forma, etc.". Desses, somente a forma é elemento, o elemento exterior do ato, que lhe revela o conteúdo; a competência não é elemento, é requisito de validade do ato; outro plano, que não o de sua existência.

Aliás, nota-se facilmente a confusão entre os planos de existência e de validade do ato, quando, referindo-se à competência e à forma, se diz que elas são "elementos componentes do ato", e que se "faltam não há um ato administrativo, ou não há um ato administrativo válido" — e sobretudo quando se coloca a ambos "na frente" da vontade (normativa), fazendo-a derivar deles, como mera "consequência imputada pela lei".

Interessante é que, diversamente, se diz que a "vontade psicológica" poderá "ser um elemento do ato administrativo na medida em que a sua presença seja necessária para a produção da vontade normativa"; e que, no ato em que há discricionariedade (em que a vontade psicológica não é irrelevante), "a lei faz coincidir a vontade normativa com a vontade psicológica do agente". No entanto, enquanto a vontade

psicológica pode ser elemento do ato, a vontade normativa simplesmente "não o é". . .

A vontade normativa, escreve-se, não faz parte "da estrutura" do ato administrativo; é "uma qualidade jurídica atribuída ao todo". Todavia, com tal concepção, de que a vontade normativa não é elemento do ato, esvazia-se este de qualquer conteúdo substancial; e, assim, está-se atribuindo "qualidade" ao oco, ao vazio. Como já foi dito, é a vontade, declarada, que enche o ato, seu conteúdo.

E, ao contrário do que acima se diz, pensamos que, na verdade, a vontade psicológica é que não é elemento do ato administrativo, mesmo quando haja discricionariedade para a autoridade que o edita. É que a vontade psicológica se traduz sempre na vontade normativa; é esta, portanto, que irá encher, sempre, o suporte fático do ato, nunca aquela. Aquela é apenas processo de formação desta, pré-jurídico, não interessando, em princípio, ao Direito, salvo se houver indício de vício na mesma formação.

A vontade psicológica do agente, da autoridade, se exterioriza, se manifesta, justamente na vontade normativa declarada (ou manifestada de outra forma); aquela é querer interno do órgão, de que não cogita o Direito, em princípio. Mesmo entendendo-se que, nos casos em que há discricionariedade, "a lei faz coincidir a vontade normativa com a vontade psicológica do agente", esta se corporifica naquela, e só aquela — a vontade normativa — é que aparece para o Direito. (Diz GONÇALVES PEREIRA, aliás, que a vontade psicológica "poderá ser um elemento do ato administrativo na medida em que a sua presença seja necessária **para a produção da vontade normativa**" — afirmação que contém contradição, pois na "produção" mesma da vontade normativa a vontade psicológica está se excluindo do suporte fático, do conteúdo do ato administrativo.)

Assim, concluímos que a vontade declarada (manifestada) é, efetivamente, elemento essencial do ato administrativo, é o elemento nuclear de seu conteúdo, sendo mesmo, muitas vezes, todo esse conteúdo. Por isso é que se diz, em geral (e menos exatamente), que o ato administrativo é a declaração de vontade (com as características que a tornam tal).

BIBLIOGRAFIA (obras consultadas)

- BRUGGER, WALTER – *Dicionário de Filosofia*, trad. bras., por Antônio Pinto de Carvalho, do *Philosophisches Wörterbuch*, 9ª. ed., Friburgo, 1957; 3ª. ed., São Paulo, 1977.
- CAETANO, MARCELO – *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, 1977.
- CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ – *Direito Administrativo Brasileiro*, 1ª. ed., Rio de Janeiro, 1983, vol. I.
- FAGUNDES, MIGUEL SEABRA – *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª. ed., Rio de Janeiro, 1979.
- FLEINER, FRITZ – *Les principes généraux du droit administratif allemand*, trad. francesa, por Charles Eisenmann, da 8ª. ed. das *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, de 1928; Paris, 1933.
- JÈZE, GASTON – *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, trad. espanhola, por Carlos García Oviedo, da 2ª. ed. francesa; Madri, 1928.
- LAUBADÈRE, ANDRÉ DE – *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1953.
- LUCIFREDI, ROBERTO – *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milão, 1963.
- MASAGÃO, MÁRIO – *Curso de Direito Administrativo*, 3ª. ed., s/d, São Paulo.
- MAYER, OTTO – *Derecho Administrativo Alemán*, trad. argentina, por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin, da ed. francesa da versão escrita pelo próprio autor, Paris, 1903; Buenos Aires, 1949.
- MEIRELLES, HELY LOPES – *Direito Administrativo Brasileiro*, 7ª. ed., São Paulo, 1979.
- MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE – *Elementos de Direito Administrativo*, 1ª. ed., 3ª. tiragem, 1983, São Paulo.
- *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, São Paulo, 1981.
- *Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos*, 1ª. edição, 4ª. tiragem, São Paulo, 1984.
- ROLLAND, LOUIS – *Précis de droit administratif*, Paris, 1953.
- SILVA, CLÓVIS VERÍSSIMO DO COUTO E – *A Obrigação como Processo*, São Paulo, 1976.
- STASSINOPOULOS, MICHEL – *Traité des actes administratifs*, Atenas, 1954.
- WALINE, M. – *Droit administratif*, 7ª. ed., Paris, 1957.
- ZANOBINI, GUIDO – *Corso di diritto amministrativo*, 6ª. ed., Milão, 1950, vol. I.