

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

MURILO CEZAR SOARES E SILVA

**A VONTADE NA TEORIA GERAL DO ATO ADMINISTRATIVO:
REFLEXOS NA DISCRICIONARIEDADE**

CURITIBA

2004

MURILO CEZAR SOARES E SILVA

**A VONTADE NA TEORIA GERAL DO ATO ADMINISTRATIVO:
REFLEXOS NA DISCRICIONARIEDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, do curso de graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Profa. Dra. Angela Cassia Costaldello

CURITIBA

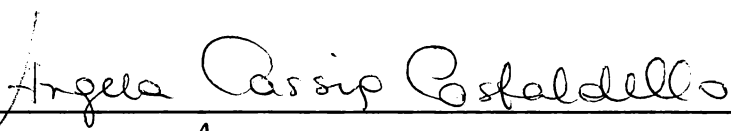
2004

TERMO DE APROVAÇÃO

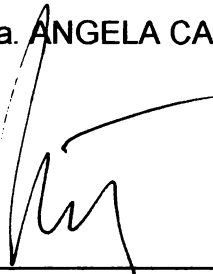
MURILO CEZAR SOARES E SILVA

A VONTADE NA TEORIA GERAL DO ATO ADMINISTRATIVO: REFLEXOS NA DISCRICIONARIEDADE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela banca examinadora formada pelos professores:

Orientadora: 

Professora Dra. ANGELA CASSIA COSTALDELLO



Professor ROGÉRIO DISTÉFANO



Professora LÍGIA MELO

Curitiba, 03 de dezembro de 2004.

Não faltará quem escape para garantir os resultados da gerência, modo ambivalente e portanto equívoco de substantivar o gerir e o gerar, com aquela confortável margem de imprecisão que produz as mutações do que se diz, do que se faz e do que se é.

José Saramago

RESUMO

Nesta monografia, procurou-se analisar o ato administrativo sob a perspectiva da vontade, partindo da teoria geral do fato jurídico em sentido amplo e das prescrições legislativas referentes ao ato jurídico, objetivando, em um primeiro momento, conformar a concepção da teoria geral do Direito com as especificidades do ramo Administrativo. Para tanto, foi necessário, através de pesquisa em doutrina e direito positivo brasileiros e estudo comparado com a doutrina estrangeira, abordar a função administrativa e o regime jurídico administrativo, interagindo os princípios constitucionais norteadores do Direito Administrativo com o conceito de ato jurídico formulado pela teoria geral do Direito. Em seguida, dedicou-se a demonstrar como a vontade, seja a coletiva (normativa) ou a individual (psicológica), se relaciona com o ato administrativo, constituindo elemento cerne da existência do ato ou elemento concretizador de sua validade. Por fim, objetivou-se apresentar de que forma a vontade influencia a discricionariedade do ato e como pode auxiliar na determinação da ilegitimidade e gravidade de certos vícios.

SUMÁRIO

RESUMO.....	iv
1 INTRODUÇÃO.....	1
2 DIREITO ADMINISTRATIVO E REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO.....	6
2.1 ESTADO, GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	6
2.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.....	9
2.3 A CONCEPÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	12
2.4. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E ESTADO DE DIREITO.....	14
2.5 PRERROGATIVAS, RESTRIÇÕES E PRINCÍPIOS INERENTES AO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO.....	16
2.5.1 Princípio da legalidade.....	20
2.5.2 Princípio da finalidade.....	22
2.5.3 Princípios da razoabilidade e proporcionalidade.....	22
2.5.4 Princípio da impessoalidade.....	23
2.5.5 Princípio da moralidade administrativa.....	23
2.5.6 Princípio da publicidade.....	24
2.5.7 Princípio da eficiência.....	24
2.5.8 Princípio da motivação.....	25
2.6 REGIME JURÍDICO E ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	25
2.6.1 Presunção relativa de legitimidade.....	27
2.6.2 Imperatividade.....	27
2.6.3 Auto-executoriedade.....	38
3 FATO JURÍDICO E ATO ADMINISTRATIVO.....	29
3.1 ASPECTOS GERAIS DO FATO JURÍDICO.....	29
3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS.....	31
3.2.1 Ato jurídico em sentido amplo.....	34
3.3 FATO, CONTRATO E ATO ADMINISTRATIVO.....	36
3.4 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	40
4 A VONTADE NO ATO ADMINISTRATIVO.....	43

4.1 A VONTADE COMO INFLUÊNCIA NA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	43
4.2 A VONTADE PRESENTE NOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	45
4.2.1 Vontade normativa e norma jurídica.....	48
4.3 DISCRICIONARIEDADE E ATO ADMINISTRATIVO.....	51
4.4 REFLEXOS DA VONTADE NA DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.....	54
5 CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS	63

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho destina-se à discussão da influência da vontade nos atos administrativos, em especial a formação da vontade em pessoas jurídicas e órgãos responsáveis pela prática da função administrativa, através da vontade coletiva (normativa), bem como as relações da vontade psicológica do agente com o ato quando este possua certa margem de discricionariedade para atuação.

A dificuldade de reconhecimento da vontade nos atos administrativos é inerente a própria forma como se trabalha a teoria geral do ato jurídico e a sua conformação com o ramo do Direito Administrativo.

Nesse sentido, a problematização inicial cinge-se na conformação da teoria geral do ato jurídico, a qual foi desenvolvida preponderantemente no âmbito do direito privado, com as especificidades inerentes à função administrativa e ao regime jurídico administrativo.

Outra questão a ser levantada é como a vontade, atributo da alma humana, pode subsistir em entidades abstratas como pessoas jurídicas e seus órgãos.

No Direito Administrativo a questão ganha contornos ainda mais complexos, uma vez que, diferente das pessoas jurídicas de direito privado, as quais se relacionam com a liberdade de atuação inerente à mera compatibilidade de ação com o ordenamento jurídico, as pessoas responsáveis pelo exercício da função administrativa encontram-se vinculadas à relação de conformidade com o ordenamento jurídico, podendo atuar apenas nos limites das permissões legais.

Dessa forma, a formação da vontade da Administração Pública encontra dificuldade que supera a simples adequação entre as vontades psicológicas dos agentes responsáveis pelo ato com a decisão, possuindo a formação desta vontade coletiva um componente vinculado muito superior ao encontrado no âmbito do direito privado.

Com o intuito de analisar esta problemática, buscamos na teoria geral do direito o ponto de partida para a conceituação de fato jurídico, ato jurídico e, finalmente, ato jurídico administrativo, visando adquirir na generalidade do conteúdo inerente ao direito uma solução adequada ao ramo Administrativo.

O cerne do caminho traçado neste trabalho, hábil a justificar uma análise detida na vontade nos atos administrativos, com as suas nuances e limitações à vontade psicológica do agente, reside na peculiaridade do Direito Administrativo e, em especial, na influência que o princípio da legalidade exerce sobre este ramo do direito.

Tal princípio merece análise destacada, constante crítica de seus conceitos e necessário remonte às suas origens históricas, seja como forma de consolidação de seu caráter normativo, seja como revisão de seus institutos e suas formas de incidência.

Portanto, a síntese que se busca entre o regime jurídico administrativo e a teoria geral do ato jurídico deve ser formulada à luz deste princípio da legalidade.

Muitas formulações teóricas foram construídas com o objetivo de delimitar o campo de incidência do princípio da legalidade, especialmente no campo da Ciência do Direito Administrativo. Entretanto, poucas resistem a uma análise mais detida de seu efetivo relacionamento com a ordem jurídica vigente.

Primeiramente, urge distinguir os campos de conhecimento do Direito, sendo indispensável verificar se estamos diante de conceitos da Ciência do Direito ou do Direito Positivo¹. A importância reside na diferença da organização lógica e nas funções pragmáticas que incidem em cada discurso lingüístico, erro comum nas formulações teóricas em geral.²

Dessa forma, diante do Direito Positivo, devemos recorrer estritamente à lógica da deontica, eis que a função da norma positiva é a de prescrever juízos de dever-ser, trabalhando nas apertadas malhas do válido-inválido³ e solucionando seus conflitos (embora em algumas espécies normativas subsistam colisões de normas válidas) através de regras destinadas a aplicar uma das normas, mesmo que apenas para dado caso concreto.⁴

¹ A expressão é utilizada para designar o complexo de normas jurídicas válidas num dado território.

² "São comuns definições de ramos do Direito que começam por referências ao conjunto de regras jurídicas e terminam com alusões a princípios e composições que a Ciência desenvolveu a partir da análise do direito positivo". Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.

³ CARVALHO, P.B. *op cit.*, p. 1-4.

⁴ Para tanto, essencial o capítulo terceiro da obra de ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales** (Madrid, 1997), intitulado *La estructura de las normas de derecho fundamental*, em especial a solução dos conflitos de regras e colisão de princípios.

De outro lado, e igualmente essencial ao Direito Administrativo, temos a Ciência do Direito. Ensina Paulo de Barros Carvalho (2003) que esta, como toda ciência, trabalha com a lógica apofântica (clássica), cuja incumbência primordial é a de descrever a norma prescrita pelo Direito Positivo, exercendo juízos de sobredireito, mediante a determinação da verdade-falsidade.⁵

Tal ressalva é absolutamente útil, tanto para a análise crítica das teorias formuladas em relação ao alcance do princípio da legalidade quanto para o norte do Direito Administrativo e do presente trabalho.

A concepção ampliativa do princípio da legalidade (relação de conformidade com a lei em sentido material) é a que entendemos nortear o Direito Administrativo, em especial o ato administrativo⁶, pois, diferente da posição do indivíduo, a Administração Pública deve conformar sua vontade com a lei, que é o Estado definindo os seus fins e os seus meios, uma vez que a Administração constitui-se no Estado em ação, visando à consecução desses fins, mediante a utilização dos meios igualmente fornecidos pela lei.⁷ Tais noções serão mais uma vez levantadas no momento oportuno, ao longo do presente trabalho.

Diante desta relação peculiar da Administração Pública com o ordenamento jurídico, pretendemos justificar uma análise detida na vontade nos atos administrativos, apresentando a influência desta vontade tanto na formação de atos completamente vinculados à norma jurídica, quanto naqueles exercidos com certa margem de discricionariedade para atuação.

Outro objetivo é demonstrar como a vontade psicológica do agente pode influenciar a discricionariedade administrativa, apontando os caminhos fornecidos pelo ordenamento jurídico para que o juízo e o querer interno do administrador determinem a escolha do objeto, bem como a conformação de outros elementos do ato.

Ainda, pretendemos indicar brevemente como a vontade psicológica do agente incumbido do exercício da função administrativa é componente importante

⁵ CARVALHO, P.B., *op cit.*, p. 230.

⁶ Gonçalves Pereira entende, e parece-nos razoável, que nem toda atuação administrativa vai se pautar na relação de conformidade com a lei em sentido material. A edição de regulamentos, por exemplo, submete-se muito mais a uma regra de compatibilidade com a lei em sentido formal. Cf. GONÇALVES PEREIRA, André. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. In Coleção Jurídica Portuguesa, volume XXII. Edições Ática, p. 45.

⁷ ZANOBINI, L' **attività amministrativa e la legge**, in Rivista di Diritto Pubblico, 1925, p. 381 e seguintes. *Apud* GONÇALVES PEREIRA, A., *op. cit.*, p. 22.

para a constatação de anomalias nos atos administrativos, servindo de suporte para a determinação da gravidade do vício de que eventual atuação ilegítima possa eivar o ato administrativo, o que é essencial às conseqüências jurídicas do ato, v.g., convalidação ou anulação do ato e responsabilização do agente.

Por outro lado, em que pese todas as questões acima aventadas constituírem o foco específico desta monografia, alguns temas delas decorrentes deixaram de ser analisados ou tiveram breve enfoque, eis que o estudo detido destes elementos escaparia da presente proposta, provocando temas que merecem trato específico.

Nesse sentido, os elementos do ato administrativo não foram abordados com profundidade, restando apenas delimitado o essencial de seus conteúdos e, na medida em que a discussão da vontade provocava algum conhecimento específico de um destes elementos, a análise era explicitada, mas conformando-se diretamente com a questão principal desta monografia.

Da mesma forma, os vícios do ato administrativo apenas foram mencionados na sua direta relação com a vontade psicológica do agente responsável pela prática do ato, uma vez que não é objeto desta monografia discutir toda a complexidade do tema e a enorme gama de variações e nuances que a abordagem detida das anomalias requer.

As classificações dos atos administrativos também não foram apresentadas de forma linear, nem mesmo encontram-se todas no capítulo destinado ao estudo específico do ato. Ora, além da existência de inúmeras classificações dos atos administrativos, a preocupação maior com este ato jurídico era relacioná-lo com a teoria geral do ato, conformando os seus elementos nucleares com as necessidades do Direito Administrativo para, finalmente, adentrar ao tema da vontade.

Ademais, o ato administrativo foi estudado como objeto. Assim, não tendo as classificações o condão de interferir nos objetos ontologicamente considerados, mas tão-somente o de ordená-los, preferimos abster a preocupação de uma rígida e científica classificação. Esta, quando necessária, foi abordada no momento em que se fazia necessária e lateralmente a outras preocupações.

A discricionariedade também não foi abordada em todo o seu alcance e relações com o Direito Administrativo, como formas de controle, efeitos de revogação e análise detida em seus vícios, mas apenas no que se refere a sua

relação direta com a vontade, isto é, a forma como esta pode influenciar o estudo da discricionariedade.

Em relação à abordagem da monografia, fizeram-se necessárias algumas considerações iniciais acerca do Estado Democrático de Direito, origem do regime jurídico administrativo hodiernamente consagrado, com o sistema marcado pelas “prerrogativas e restrições” que conferem à Administração Pública um modo de agir peculiar, as especificidades do regime jurídico do ato administrativo, bem como breves considerações acerca da função administrativa, essencial para contextualizar o ato administrativo.

Após, buscamos na teoria geral do direito a determinação do fato jurídico, do ato jurídico, até adentrarmos no ato administrativo e abordarmos algumas das suas condições essenciais.

Quando do ato administrativo preferimos tratar apenas superficialmente das diversas classificações de ato e apenas apontar brevemente os elementos do ato administrativo, eis que a complexidade destes institutos fogem do presente trabalho. Nesse sentido, o ato administrativo foi estudado visando uma conceituação geral de ato e a discussão da existência da vontade em seu cerne.

Por fim, realizamos estudo da influência da vontade no ato administrativo, trabalhando com os conceitos de vontade normativa e vontade psicológica e a sua relação com os atos administrativos, em especial daqueles que conferem certa margem de discricionariedade ao administrador.

2 DIREITO ADMINISTRATIVO E REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

2.1 ESTADO, GOVERNO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A expressão Administração Pública que ora adotamos comporta dois sentidos, podendo indicar tanto os entes que exercem a atividade administrativa, ou seja, as pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer a função administrativa da atividade estatal (sentido orgânico, subjetivo ou formal) quanto a natureza da atividade exercida (sentido funcional, objetivo ou material), designando a própria função administrativa.⁸ Esta é a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual define o Direito Administrativo como o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da função administrativa, e os órgãos que a desempenham.⁹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro averba que é comum a utilização da expressão “Administração Pública em sentido amplo” para representar os órgãos governamentais e a função política, reservando à função administrativa e aos órgãos administrativos a designação “Administração Pública em sentido estrito”.¹⁰

Contudo, preferimos distribuir as acepções ampla e restrita supramencionadas entre o vocábulo Governo e a expressão Administração Pública, restando à última tão-somente o sentido de função administrativa ou de órgãos administrativos.¹¹

Antes, porém, de discorrer acerca das expressões acima mencionadas, faz-se necessário uma breve conceituação de Estado.

Por Estado tomemos a noção de sociedade politicamente organizada, reconhecida como pessoa jurídica internacional (concepção abstrata), com soberania em determinado território e repercussão interna e externa de seu poder.

⁸ Tais sentidos (subjetivo e objetivo), utilizados aqui para a expressão Administração Pública, são úteis para caracterizar todas as funções do Estado, mas apresentamo-los apenas para a Administração Pública em virtude do objeto do presente trabalho. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 54.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.

¹⁰ *Idem, ibidem*.

¹¹ Alguns autores utilizam a expressão administração pública (com letras minúsculas) para se referir à função administrativa (atividade, sentido material) e Administração Pública (conjunto de entidades jurídicas que podem desenvolver a atividade, sentido orgânico). Cf. CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Tomo I. 10 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1982, p. 5/6.

Constitui-se, portanto, em um conjunto de Poder, ligando-se diretamente ao ordenamento jurídico (concepção estrutural).

Para Kelsen, o Estado é a ordem jurídica, ou seja, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a idéia a qual os indivíduos adaptam sua conduta.¹²

Kelsen nega qualquer conteúdo sociológico de Estado.¹³ Assim, para o autor, o Estado é uma sociedade politicamente organizada porque é uma comunidade constituída por uma ordem coercitiva, e essa ordem coercitiva é o Direito.¹⁴ Esta é a concepção que será adota no presente trabalho¹⁵, eis que carrega conteúdo abstrato suficiente para diferenciá-lo da acepção de governo.

No que tange à definição de “governo”, Gianfranco Pasquino, remetendo à linguagem política corrente, leciona que “pode-se definir Governo como o conjunto de pessoas que exercem o poder político e que determinam a orientação política de uma determinada sociedade”.¹⁶

Em sentido material, Renato Alessi conceitua “governo” como:

A função política que implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade da soberania estatal.¹⁷

Nesse sentido, as atividades de Governo (função política) dizem respeito mais ao Estado, à sociedade e à nação, como são exemplos a convocação

¹² KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 185.

¹³ Para Kelsen o Estado não pode constituir uma unidade sociológica, eis que as culturas subsistentes em um mesmo Estado são inúmeras, não podendo ser encontrado o elemento “uno entre os muitos”. Assim, não raro, pessoas pertencentes a Estados diferentes têm contatos mais intensos que cidadãos do mesmo Estado, o que não tem o condão de diminuir a influência estatal. Da mesma forma, os cidadãos de um mesmo Estado nem sempre querem, sentem ou pensam as mesmas coisas, mas sempre se amoldam à vontade do Estado, que é normativa. Cf. KELSEN, H., *op. cit.*, p. 185/189.

¹⁴ *Idem, ibidem.*, p. 191.

¹⁵ O caráter normativo do Estado fica evidente diante de quadros de anormalidade, como nos estados de defesa e de sítio, onde a sociedade vê-se obrigada a obedecer aos comandos legalmente estabelecidos, mesmo que bastante desraigados do sentido sociológico predominante. Entretanto, é inconcebível uma estrutura política interna sem a ligação Estado-Sociedade, posto que não estar voltado à Sociedade é perder o Estado a sua razão de ser, obviamente que dentro de uma normalidade, mas mesmo a anormalidade momentânea possui um interesse público, e apenas diante deste interesse é que pode ser invocada. Por isso, é óbvio que a atuação pública não pode se pautar exclusivamente na determinação da lei abstratamente considerada, mas como esta atuação se refere muito mais à Administração Pública e ao Governo do que ao Estado propriamente dito, mantemos o conceito normativo de Estado.

¹⁶ BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 4. ed. Brasília: Editora Unb, p. 552/553.

¹⁷ ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Buenos Aires: Bosch, Casa Editorial, 1970. t.1. *Apud* DI PIETRO, *op cit.*, p. 55.

extraordinária do Congresso Nacional e a intervenção federal nos Estados, do que aos interesses individuais, embora estes não possam ser desconsiderados, principalmente diante da consagração dos direitos difusos e coletivos, cuja ofensa igualmente afeta a individualidade, embora de número maior de pessoas do que aquele individualmente considerado.

Em que pese a proximidade conceitual e atributiva de Estado e Governo, Estado constitui uma representação abstrata e puramente normativa, enquanto Governo apresenta-se como atuação material, personalizando a atuação estatal do plano fictício, abstrato, ao plano concreto, atuando tanto no âmbito legislativo (formulação de comandos abstratos) quanto na execução concreta dos comandos abstratamente previstos, mediante exercício da função política, tipicamente de representação popular. Portanto, Governar é estabelecer metas, diretrizes e estratégias.¹⁸

Por outro lado, Estado e Governo, isoladamente considerados, não têm instrumentos para agir concretamente, sendo necessário pessoas para atuar em seu nome, com características próprias. Dessa forma, surge a figura da Administração Pública, que constitui o modo de governar a sociedade, sendo atividade tipicamente vinculada (execução concreta dos comandos abstratamente previstos, ao menos predominantemente vinculados), ligada a princípios e outros comandos normativos.

José Cretella Júnior leciona que nenhum Estado pode existir sem Administração, “já que esta é ação viva que lhe completa a vida, do mesmo modo que, entre o homem, a vida não consiste apenas em vontade e pensamento, mas, antes de tudo, em ação”.¹⁹

Por esse motivo, conclui José Cretella Júnior que “sempre existiram atos administrativos, editados quer pelo próprio chefe do grupo quer por agentes que traduziam a vontade do Estado, embora de formação, por assim dizer, rudimentar”.²⁰

Todos os poderes executam atividade de Administração Pública, em maior ou menor grau. Portanto, de plano, afasta-se a visão tradicional de Administração Pública como sinônimo de Poder Executivo.

¹⁸ Verifica-se que o conceito de Governo ora adotado aproxima-se da noção de Regime Político, na acepção dos países anglo-saxônicos (“Government”). Assim, é o Governo o responsável pelas características que determinado Estado pode assumir, como Estado social, liberal ou ditatorial. Diferente é o conceito adotado por Gianfranco Pasquino, conforme mencionamos. PASQUINO, *op. cit.*, p. 553.

¹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Do ato Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Bushatsky, 1977, p. 4.

²⁰ *Idem, ibidem.*

Por fim, cumpre salientar que a separação das funções políticas e administrativas (Governo e Administração Pública) apenas é apropriada quando tomada a cautela de dissociar a designação “função política” de concepções que atribuam aos atos tidos por políticos a insuscetibilidade de controle jurisdicional, o que é inaceitável e incompatível com o Estado de Direito.²¹

2.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Do exposto, infere-se que a Administração Pública subjetivamente considerada corresponde aos sujeitos responsáveis pelo exercício da atividade administrativa, abrangendo todos os entes aos quais a lei atribui o exercício dessa função.

Nesse sentido, são nos órgãos do Poder Executivo que predominantemente recaem as atividades administrativas, embora não exclusivamente, uma vez que é a estes órgãos que o ordenamento jurídico brasileiro atribui precipuamente a função administrativa.

Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello critica o critério subjetivo (orgânico), dizendo que tal critério “é muito insatisfatório simplesmente porque inexistente uma correspondência exata entre um dado conjunto orgânico e uma certa função. Há apenas, em cada qual, uma forte predominância da atividade que lhe é típica”.²²

Assim, não adotando, o regime constitucional, o princípio da separação absoluta de poderes e sim o da especialização de funções, os demais Poderes do Estado também exercem, além de suas atribuições predominantes, algumas funções tipicamente administrativas. Maria Sylvia Zanella Di Pietro trata do exercício da função administrativa pelo Poder Legislativo e Judiciário, averbando:

Tais funções são exercidas, em parte, por órgãos administrativos existentes no âmbito dos dois poderes (as respectivas Secretarias) e, em parte, pelos próprios parlamentares e magistrados; os primeiros, por meio das chamadas leis de efeito concreto, que são leis apenas, em sentido formal, porque emanam do Legislativo e obedecem ao processo de elaboração das leis, mas são verdadeiros atos administrativos, quanto ao seu conteúdo; os segundos, por meio de atos de natureza disciplinar, atos de provimento de

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 35.

²² BANDEIRA DE MELLO, C.A., *op. cit.*, p. 31.

seus cargos, atos relativos à situação funcional dos integrantes do Poder Judiciário.²³

Nesse sentido subjetivo, a Administração Pública pode ser classificada como direta (pessoas jurídicas políticas) ou indireta (transferência da atividade administrativa às pessoas jurídicas com personalidade de direito público ou privado)²⁴, podendo-se defini-la como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.²⁵

No entanto, a Administração Pública ainda pode ser vislumbrada por seu sentido objetivo, enfocando as atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes incumbidos pelo ordenamento jurídico de realizar no campo material as necessidades coletivas, ou seja, de realizar a função administrativa.²⁶ Por esta perspectiva, a Administração Pública abrange atividades como o fomento, a polícia administrativa, o serviço público e a intervenção.

Através do fomento, a Administração incentiva a iniciativa privada de utilidade pública, realizando subvenções (auxílios financeiros), financiamentos, favores fiscais e desapropriações.²⁷

À polícia administrativa incumbe a função de execução das chamadas limitações administrativas, ou seja, a de executar as restrições impostas por lei ao exercício de direitos individuais, seja através de ordens, notificações, licenças, autorizações, fiscalizações ou sanções.

Por função administrativa compreende-se também o serviço público, o qual Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua como:

Toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade.²⁸

²³ DI PIETRO, M.S.Z *op. cit.*, p. 61.

²⁴ Nos termos do artigo 4º do Decreto-lei nº 200/67 (redação dada pela lei nº 7.596/87).

²⁵ DI PIETRO, M.S.Z *op. cit.*, p. 61.

²⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello subdivide este sentido em objetivo material ou substancial, que reconhece a função a partir de elementos intrínsecos a ela, ou seja, que se radiquem em sua própria tipologia, e objetivo formal, o qual se apega essencialmente em características “de direito”, como a de se desenvolver mediante comandos “infralegais” e excepcionalmente “infraconstitucionais”, expedidos na intimidade de uma estrutura hierárquica. O autor adota, entretanto, apenas o sentido objetivo formal, sustentando que as funções são caracterizadas apenas através do sentido dado pelo Direito. Cf. BANDEIRA DE MELLO, C.A., *op. cit.*, p. 30/31.

²⁷ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. **Conceituação do direito administrativo**. RDA 120/14. *Apud* DI PIETRO, M.S.Z., *op. cit.*, p. 59.

²⁸ PIETRO, M.S.Z, *op. cit.*, p. 59.

Por fim, a função administrativa é também responsável pela intervenção (espécie do gênero fomento), compreendendo a regulamentação e fiscalização de atividade econômica de natureza privada, assim como a atuação direta do Estado no domínio econômico (empresas estatais). Quanto a esta última função, Maria Sylvia Zanella Di Pietro considera atividade privada, que o estado exerce em caráter de monopólio, não constituindo típica função administrativa.²⁹

Entretanto, mesmo todas estas atividades acima mencionadas, e tidas como inerentes à função administrativa, não são suficientes para a determinação de toda a atuação da Administração Pública, assim como nenhuma classificação é capaz de determiná-la com suficiência e rigor científico.

Função administrativa, para Celso Antônio Bandeira de Mello, é aquela onde:

(...) o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.³⁰

Conceituada a função administrativa, pode-se agora, de forma mais nítida, distingui-la da função política (exercida pelo que denominamos de Governo). Nesse sentido, verifica-se que a função política não se pauta em comportamentos infralegais ou infraconstitucionais, expedidos na intimidade de uma relação hierárquica, como a função administrativa, pois são decisões eminentemente políticas. Assim, embora igualmente sujeita ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, difere da função administrativa pelo seu sentido objetivo.³¹

Em relação à Administração Pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui que, em sentido objetivo, apresenta as características de atividade concreta (executa a vontade do Estado contida na lei), cuja finalidade é a satisfação direta e mediata dos fins do Estado, sujeito ao regime jurídico de direito público, nos termos que iremos demonstrar em momento posterior.³²

²⁹ *Idem, ibidem*, p. 60.

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, M.S.Z., *op. cit.*, p. 34.

³¹ *Idem, ibidem*, p. 35.

2.3 A CONCEPÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Existe uma impressão comum que reside no consciente da comunidade em geral, de que o Direito Administrativo atua favoravelmente ao administrador, a fim de que este domine e controle os administrados. Tal visão, mesmo equivocada e desraigada da própria origem histórica do Direito Administrativo, reforça-se com as formulações doutrinárias e, muitas vezes, dos próprios legisladores, apresentando os “poderes” da Administração, como o “poder normativo”, o “poder regulamentar” e “poder discricionário”.³³

Conforme averbou Celso Antônio Bandeira de Mello, a razão primordial para esta forma deturpada de encarar o Direito Administrativo talvez resida na diferença de tratamento que este ramo do Direito exige quando comparado com aqueles essencialmente privados.³⁴

Com efeito, fundados nas liberdades privadas e na aplicação da legalidade restritiva (na acepção da palavra dada por André Gonçalves Pereira, conforme explicitado no capítulo introdutório, isto é, relação de mera compatibilidade, no sentido de que tudo o que não é proibido é permitido), as quais conduzem, em regra, à aplicação de um sistema naturalmente equilibrado pelo fiel da igualdade (em que pese material, pragmaticamente quase sempre formal), os ramos do direito privado não possuem as especificidades subsistentes no Direito Administrativo.

Dessa forma, prevendo o Direito Administrativo a existência em favor da Administração Pública de extenso rol de prerrogativas inexistentes nas relações entre os particulares e que exorbitam a natural ótica igualitária de direitos e faculdades reconhecidas reciprocamente entre os particulares, a consequência imediata foi apreender tais prerrogativas como instrumentos jurídicos conferidos aos administradores para impor aos administrados suas concepções discricionárias e, no consciente comum, arbitrárias.

³² DI PIETRO, M.S.Z., *op. cit.*, p. 61.

³³ BANDEIRA DE MELLO, C.A., *op. cit.*, p. 37.

³⁴ *Idem, ibidem.*

No Direito Administrativo Francês foi fundamental a mudança da linha de pensamento trazida por Leon Duguit, o qual buscou substituir a noção de Poder de autoridade detido pelo Estado (“puissance publique”) pelo conceito de serviço público.³⁵

Logo, a mudança da idéia central do Direito Administrativo de poder para prestação de serviço, embora não atenda completamente a todo o objeto do Direito Administrativo, tem o condão de aproximar a noção de “dever” do administrador, afastando a concepção de poder, como idéia de mando e controle, uma vez que retira este elemento do núcleo do Direito Administrativo. Lecionou Celso Antônio Bandeira de Mello:

De revés, propõe uma visão supeditada na convicção de que o Direito Administrativo e seus institutos organizam-se em torno do dever de servir à coletividade, dos encargos de atender as necessidades gerais, sendo elas e só elas as justificativas para o exercício da autoridade (...) É natural que centrando-se no dever de servir e não no poder de impor, suscita, com maior espontaneidade e coerência, todos os temas ligados ao controle do poder, às limitações à autoridade, à fiscalização dos atos da Administração.³⁶

Tratando da natureza e dos fins da Administração Pública, Hely Lopes Meirelles concluiu:

A natureza da administração pública é a de um *múnus público* para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. Como tal, impõe-se ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do Direito e da Moral administrativa que regem a sua atuação. Ao ser investido em função ou cargo público, todo agente do poder assume para com a coletividade o compromisso de bem servi-la, porque outro não é o desejo do povo, como legítimo destinatário dos bens, serviços e interesses administrados pelo Estado.³⁷

Portanto, o cerne do Direito Administrativo reside no precípua estudo do dever da Administração Pública, tornando hábil o exercício das prerrogativas inerentes à Administração, desde que voltado ao exclusivo caminho trilhado pelo interesse público. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o Poder, no

³⁵ DUGUIT, Leon. **Droit Administratif**. Bruxelas: Ed. Maison Ferdinand Larcir, 1968, p. 228. *Apud* BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 38.

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 38/39.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 84.

direito público atual, só aparece, só tem lugar (...) para tornar possível o cumprimento do dever de atingir a finalidade legal".³⁸

Lúcia Valle Figueiredo ensina que:

A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário.³⁹

Partindo desta concepção de Direito Administrativo, compartilhamos o conceito de função administrativa formulado por Lúcia Valle Figueiredo, a qual inclui entre os componentes da função o dever, a obediência ao ordenamento jurídico, a realização dos fins públicos e a possibilidade de controle pelos demais poderes, inclusive o Poder Judiciário, conforme acima explicitado.

2.4. REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E ESTADO DE DIREITO

O Estado Democrático de Direito⁴⁰, estampado como dogma inabalável no artigo 1º da Constituição Federal, constitui o norte do Direito Administrativo brasileiro e de nosso ordenamento jurídico.

Apenas com a superação do regime absolutista da Idade Média, sob o marco histórico da Revolução Francesa, é que tal concepção de Estado (Estado de Direito) pôde se estabelecer como cerne das comunidades de cultura ocidental e,

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, *op. e loc. cit.*

³⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34.

⁴⁰ A concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, compreende o Estado como de legitimidade justa (ou Estado de Justiça Material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja, a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de *controle das decisões*, e de sua *real participação nos rendimentos da produção*. Cf. DÍAZ, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**, Madrid: Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1973, p. 139 e 141. *Apud* SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 118.

como decorrência, o germe das noções de dever e interesse público e das garantias dos administrados.

Portanto, pode-se dizer que o Direito Administrativo, como ramo autônomo que conhecemos, nasce com o Estado de Direito, pois, hodiernamente, entre outras funções, regula a conduta da Administração Pública. Como bem argumentou Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) não poderia existir numa época em que o Direito Público praticamente se resumia a um brocardo: 'o que agrada ao príncipe tem vigor de lei'. Este só poderia existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente.⁴¹

Saliente-se que não se está a negar a anterior existência de normas voltadas à administração, mas tão-somente a subsistência de um direito administrativo autônomo e garantista, o qual constitui fundamento para o objeto do presente trabalho.

Do mesmo modo, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴²:

(...) o conteúdo do Direito Administrativo varia no tempo e no espaço, conforme o tipo de Estado adotado. No chamado Estado de Polícia, em que a finalidade é apenas a de assegurar a ordem pública, o objeto do Direito Administrativo é bem menos amplo, porque menor é a interferência estatal no domínio da atividade privada. O Estado do Bem-estar é um estado mais atuante... o Direito Administrativo amplia o seu conteúdo, porque cresce a máquina estatal e campo de incidência da burocracia administrativa.

Nesse sentido a importância do Estado de Direito, pois, independente das concepções governamentais, naturalmente cambiantes no tempo, a atuação administrativa deverá sempre se respaldar no conteúdo normativo do ordenamento jurídico, sob pena de atuação ilegal ou imoral.

Por Estado de Direito devemos buscar a confluência de duas vertentes inspiradoras de pensamento, tidas por muitos como as suas fontes: a de Jean Jacques Rousseau e a de Montesquieu.⁴³

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio; DALLARI, Adilson Abreu; CAMMAROSANO, Márcio. et. al. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 12/13.

⁴² DI PIETRO, M.S.Z. **Direito...** *op. cit.*, p. 25.

⁴³ Afonso Rodrigues Queiro, referindo-se a Scheuner, lecionou: 'Aquilo que o Estado de Direito é, forçosamente, é Montesquieu e Rosseau(...)'. **Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo**. Coimbra Editora, 1940, p. 8 e nota de rodapé 2. *Apud* BANDEIRA DE MELLO, **Curso...**, *op. cit.*, p. 41.

Rousseau, firmando o princípio da igualdade de todos os homens, retira do povo e de todos os membros da coletividade o conteúdo residente de Poder, que deixa ser vislumbrado como resultado de fatos, dominações ou origens divinas, culminando, assim, na fórmula da representação popular. Então, os homens que governam passam a assumir o Poder na condição de representantes escolhidos pelos demais e, por consequência, o exercício da função passa a se coadunar muito mais com a noção de dever.⁴⁴

De igual relevância são as idéias de Montesquieu, o qual proclamou que o único que pode deter o Poder é o próprio Poder, pois quem o assume tende a dele abusar. Logo, necessário o fracionamento do poder para que suas parcelas se contenham reciprocamente, dando origem a tripartição de poderes, a qual, embora não deva subsistir com o rigor científico proposto, é essencial ao Estado de Direito que buscamos atingir.⁴⁵

Em nosso ordenamento jurídico tais concepções exercem forte influência, sendo determinantes na formulação dos instrumentos democráticos hodiernamente consagrados e na separação dos poderes disposta constitucionalmente.

2.5 PRERROGATIVAS, RESTRIÇÕES E PRINCÍPIOS INERENTES AO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Por certo, o que afirmamos é que a simples consagração de Estado de Direito basta para vincular a Administração ao ordenamento jurídico, pois, embora tal não seja garantia de justiça social⁴⁶, é suficiente para impor à Administração Pública uma relevante gama de restrições, convivendo ao lado de suas prerrogativas.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, C.A., *op. cit.*, p. 41/42.

⁴⁵ *Idem, ibidem.*

⁴⁶ Não raro surgem deformações do conceito de Estado de Direito, uma vez que seu significado depende da própria idéia que se tem do Direito. Assim, o Estado Fascista e o Estado Ditatorial (desde que adotado o conceito de Estado de Kelsen, que pressupõe o conteúdo formal de direito, eis que para o autor todo Estado é Estado de Direito). Cf. SILVA, J.A., *op. cit.*, p. 112/116.

Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que o regime jurídico administrativo constitui o conjunto de princípios peculiares ao Direito Administrativo, os quais guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade. Assim, o sistema de Direito Administrativo se constrói sobre os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público pela Administração.⁴⁷

Ora, o regime jurídico administrativo, mesmo o desenvolvido durante o ápice do individualismo burguês, se caracteriza por estes traços de autoridade e de supremacia do interesse público sobre o individual. Nesse sentido, leciona Garrido Falla:

Es curioso observar que fuese el próprio fenómeno histórico político de la Revolución francesa al que haya dado lugar simultáneamente a dos ordenamientos distintos entre sí: el orden jurídico individualista y el régimen administrativo. El régimen individualista se ha ido alojando en el campo del Derecho civil, mientras el régimen administrativo ha ido a formar la base del Derecho público administrativo.⁴⁸

Portanto, é em razão do momento histórico de sua concepção que o regime jurídico administrativo se desenvolveu respaldado, de um lado pela proteção e garantia dos indivíduos, e de outro pela necessidade de satisfação do interesse público, em um sistema marcado por prerrogativas e restrições.

Justamente esta bipolaridade, correspondente às prerrogativas da Administração e liberdade dos particulares, é que reforça a noção de poder-dever do administrador, a qual apresenta-se como garantia superior àquela mera atribuição de poder, conforme externou Bandeira de Mello⁴⁹, eis que as prerrogativas consagradas só têm razão de ser diante do interesse público, dogma que vincula toda a função administrativa, resguardando a liberdade dos particulares neste dever exigido pelo ordenamento. Nesse tocante, mister trazer mais uma vez o ensinamento de Garrido Falla:

⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 46/47.

⁴⁸ É interessante observar que tenha sido o próprio fenómeno histórico político da Revolución francesa que tenha dado lugar simultaneamente a dois ordenamentos diferentes entre si: a ordem jurídica individualista e o regime administrativo. O regime individualista alojou-se no campo do Direito civil, enquanto o regime administrativo formou a base do Direito público administrativo. Cf. GARRIDO FALLA, Fernando. **Las transformaciones del régimen administrativo**. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 44/45.

⁴⁹ O autor prefere o conceito de dever-poder, mas que a bem da verdade constituem a face de uma mesma moeda. Cf. BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Discrecionariade e Controle Jurisdiccional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 13.

Repetidamente hemos expuesto que el Derecho administrativo agrupa sus instituciones en torno a dos ideas, a la par antagónicas y complementarias: prerrogativa administrativa y garantía del particular. La primera coloca a Administración en una situación de privilegio, pues implica el reconocimiento jurídico, a su favor, de una serie de medios que exorbitam el Derecho privado y que poseen los particulares: es el sistema de las potestades administrativas. Pero, frente a la prerrogativa, el Derecho administrativo consagra um contrapuesto sistema de garantías para el particular. Gracias a éstas, el privilegio administrativo deja de ser abitrio para convertirse en pieza lógica de un ordenamiento jurídico.⁵⁰

Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

(...) para assegurar-se a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é aplicação, ao direito público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária a consecução dos seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.⁵¹

No que tange à supremacia do interesse público⁵², esta se traduz na preponderância dos interesses da coletividade face aos individuais. Por força desse princípio, são outorgadas à Administração prerrogativas, as quais a coloca em situação jurídica superior perante os particulares. Assim, a Administração possui prerrogativas, inexistentes no âmbito do direito privado, como a auto-executoriedade dos atos administrativos, autotutela, aplicação de sanções administrativas, efetivação de medidas de polícia, etc.

Mister salientar que a utilização de tais prerrogativas somente será legítima quando destinadas ao alcance dos interesses públicos, sendo, portanto, poderes instrumentais à persecução dessas finalidades. Não se poderá concebê-las de outra forma, sob pena de caracterização de ilegalidade ou imoralidade.

⁵⁰ Repetidamente expusemos que o Direito administrativo agrupa suas instituições em torno de duas idéias, simultaneamente antagônicas e complementares: prerrogativa administrativa e garantia do particular. A primeira coloca a Administração numa situação de privilégio, pois implica o reconhecimento jurídico, a seu favor, de uma série de meios que exorbitam o Direito privado e que se sobrepõem aos particulares: é o sistema das prerrogativas administrativas. Mas, frente à prerrogativa, o Direito administrativo consagra um contraposto sistema de garantias para o particular. Graças a estas, o privilégio administrativo deixa de ser arbítrio para converter-se em peça lógica de um ordenamiento jurídico. Cf. GARRIDO FALLA, F. **Tratado de derecho administrativo**. v. I. 9. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 12.

⁵¹ DI PIETRO, M.S.Z., **Direito...** *op. cit.*, p. 65.

⁵² Em interessante conceituação jurídica de interesse público, BANDEIRA DE MELLO aduz: "o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem". BANDEIRA DE MELLO, **Curso...** *op. cit.*, p. 53.

De outro lado estão as restrições, atinentes às garantias dos particulares, que emergem dos princípios da moralidade administrativa, legalidade, publicidade, bem como da indisponibilidade de bens e interesses públicos e observância da finalidade pública.

A essência desse princípio da finalidade foi magistralmente traduzida por Ruy Cirne Lima⁵³, “o fim – e não a vontade – domina todas as forma de administração”.

Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação que deve enunciar e determinar a regra de direito.

Após, sintetiza sua idéia na seguinte frase “Administração, segundo o nosso modo de ver, é a atividade do que não é proprietário, - do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado”.⁵⁴

Logo, seguindo a linha de raciocínio desenvolvida, pode-se dizer que nesse exercício não cabe ao agente administrativo agir de acordo com sua vontade, mas sim conforme os deveres e as finalidades predeterminadas. Conclui Celso Antônio Bandeira de Mello.

Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses *não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.⁵⁵

Por conseguinte, infere-se que as restrições acima referidas decorrem dessa situação, qual seja: os interesses e bens públicos são apenas curados pela Administração, que somente poderá agir de acordo com os deveres e finalidades preestabelecidas.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵⁶ sintetiza o regime jurídico como “o conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares”. Aduzindo ainda:

⁵³ LIMA, Rui Cirne. **Princípios de direito administrativo**, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962, p. 22

⁵⁴ LIMA, R.C., *op. cit.*, p. 22.

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, C.A., **Curso...**, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁶ DI PIETRO, M.S.Z., **Direito...**, *op. cit.*, p. 66.

“Muitas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de princípios que informam o direito público e, em especial, o Direito Administrativo”.⁵⁷

Acerca destes princípios, traçamos brevemente algumas considerações relevantes à exposição do presente tema.

2.5.1 Princípio da legalidade

O primeiro deles, elemento normativo essencial de todo o regime jurídico administrativo, é o princípio da legalidade. Hely Lopes Meirelles, sobre esse princípio averbou:

A legalidade, como princípio da administração (CF, Art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar.⁵⁸

O administrativista português André Gonçalves Pereira apresenta duas concepções de Princípio da Legalidade, uma restritiva e outra ampliativa.⁵⁹ Nesse sentido leciona o mestre José Roberto Vieira:

Socorre-se Gonçalves Pereira, como o fazemos agora nós, da bem construída teoria de Charles Einsenmann, ex-professor da Faculdade de Direito e de Ciências Econômicas de Paris, para identificar a concepção restritiva do princípio com uma relação de não contrariedade ou de compatibilidade (agir de modo não contrário ou compatível com a lei, que só fixa limites – o que não é proibido é permitido), numa noção mínima de legalidade; e para identificar a concepção ampliativa com uma relação de conformidade (agir conforme a lei, que fixa limites e permissões expressas – o que não é permitido é proibido), numa noção máxima de legalidade.⁶⁰

Renato Alessi⁶¹ ensinou que o que existe entre a administração e a lei é uma relação de subordinação:

⁵⁷ *Idem, ibidem.*

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 86.

⁵⁹ Como salientei na introdução desta dissertação (vide p. 4), Gonçalves Pereira entende que à Administração Pública apenas é cabível a concepção ampliativa de legalidade.

⁶⁰ VIEIRA, José Roberto. Princípio da Legalidade, *in* Princípios Constitucionais e Estado de Direito, *in* **Revista de Direito Tributário nº 54**, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1990, p. 96.

⁶¹ ALESSI, R. *op. cit.* p. 16.

Não apenas porque a lei pode impor ou vedar determinados comportamentos à Administração, mas também no sentido de que a Administração não pode praticar comportamentos que não estejam de antemão supedaneados em alguma lei permissiva.

Dessa forma, identifica-se o publicista italiano com a concepção ampliativa do Princípio da Legalidade, isto é, a legalidade como relação de conformidade. Concepção inegavelmente recepcionada pelo Direito Administrativo Brasileiro.

Atualmente, sustenta-se que esse princípio deve ser considerado num sentido mais amplo, qual seja, de que a conduta da Administração deve amoldar-se ao ordenamento jurídico vigente, não apenas à lei, mas sim ao conjunto de normas do regime jurídico administrativo. Nesse sentido, alguns deles o vêm denominando como princípio da juridicidade. Para elucidar essa idéia, oportunas são as palavras de Carmen Lucia Antunes Rocha:

Sendo a lei, entretanto, não a única, mas principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado.⁶²

Odete Medauar também se pronunciou a respeito:

A compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado democrático de direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, *caput* da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional.⁶³

Saliente-se que o conceito de norma deve abranger tanto a regras quanto a princípios, nos termos da fundamentação de Robert Alexy:

Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.⁶⁴

⁶² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 79.

⁶³ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 138.

⁶⁴ Tanto as regras quanto os princípios são normas porque ambos dizem o dever ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deónticas básicas do comando normativo, a permissão e a proibição. Os princípios, assim como as regras, são comandos normativos para juízos concretos de dever ser, ainda que sejam comandos normativos de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é pois uma distinção entre dois tipos de normas. Cf. ALEXY, R., *op. cit.*, p. 83.

Certamente, nosso ordenamento jurídico adotou a concepção ampliada do princípio da legalidade para o Direito Administrativo, pois, conforme explicitado quando da introdução do presente trabalho, a Administração Pública apenas pode agir diante das permissões legais, isto é, em relação de conformidade com as normas jurídicas.

Do mesmo modo, o princípio da legalidade refere-se não somente à lei, mas à todas as normas, incluindo, regras e princípios, conforme depreende-se de nosso sistema constitucional.

2.5.2 Princípio da finalidade

Intimamente ligado ao princípio da legalidade, está o da finalidade, já que para o efetivo cumprimento da lei, não basta a mera observância da forma, sendo imprescindível o atendimento da sua finalidade. Embora não conste expressamente em nossa Carta Magna vigente, subsiste como norma implícita, pois inerente ao princípio da legalidade, conformando o mandamento legal com a sua razão de ser e com o objetivo da sua edição.

Argumenta Celso Antônio Bandeira de Mello que “tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la”.⁶⁵

2.5.3 Princípios da razoabilidade e proporcionalidade

Decorrentes também do princípio da legalidade, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são de observância obrigatória, principalmente no que tange ao exercício da discricionariedade.

O princípio da razoabilidade tem o intuito de vedar a prática de atos incoerentes ou impertinentes por parte da administração quando do exercício de sua competência discricionária. Ou seja, quando no exercício dessa competência,

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, C.A., *Curso... op. cit.*, p. 97.

deverão ser observados os critérios admissíveis do ponto de vista racional, de modo que não se adote conduta que fuja do senso comum de normalidade.

Aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “a irrazoabilidade, basicamente, corresponde à falta de proporcionalidade, de correlação ou de adequação entre os meios e os fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa”.⁶⁶

No que tange à proporcionalidade, a notável administrativista defende o reconhecimento deste princípio como mero aspecto da razoabilidade, nos seguintes termos:

Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isso porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar (cf. Celso Antônio Bandeira de Melo, in *RDP* 65/27).⁶⁷

2.5.4 Princípio da impessoalidade

Expressamente elencado no *caput* do art. 37 da Constituição da República, o princípio da impessoalidade determina que a administração tem o dever de dispensar tratamento igualitário aos particulares, sem discriminações ou benefícios impertinentes. Esse princípio nada mais é do que o princípio da isonomia (art. 5º, *caput* da Carta Magna vigente) trazido para o âmbito da Administração Pública.

2.5.5 Princípio da moralidade administrativa

A Constituição Federal de 1988 arrola o princípio da moralidade entre os princípios a que se submete a Administração Pública, demonstrando que a

⁶⁶ DI PIETRO, M.S.Z., *Discricionariedade...* *op. cit.*, p. 201.

⁶⁷ DI PIETRO, M.S.Z., *op. cit.* p. 201/202.

preocupação do constituinte não se resumiu apenas ao controle administrativo pelo Direito.

A discussão entre a distinção de direito e moral é bastante antiga, cuja melhor expressão podemos encontrar na referência a dois círculos secantes. Conforme Alberto Montoro Ballesteros:

Direito e moral compartilham (essa é a zona de intersecção dos círculos secantes) o conteúdo comum da justiça: tanto o direito como a moral nos obrigam a ser justos, se bem que por razões diferentes e mediante técnicas diversas também.⁶⁸

Encerra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, salientando que o princípio da moralidade exige da administração “comportamentos compatíveis com o interesse público que lhe cumpre atingir, voltados para os ideais ou valores presentes no grupo social e que estão expressos, agora, de forma muito nítida, no preâmbulo da Constituição”.⁶⁹

2.5.6 Princípio da publicidade

Consagrando o dever de transparência da atuação administrativa, o princípio da publicidade (art. 37, *caput*) determina a ampla divulgação dos atos administrativos, ressalvadas as situações em que o sigilo é condição *sine qua non* ao adequado atendimento do interesse público. Esse princípio tem grande relevância no âmbito da Administração Pública, sendo que sua inobservância pode, inclusive, gerar a invalidação do ato, de parte ou até mesmo de todo o processo que integrava.

2.5.7 Princípio da eficiência

⁶⁸ BALLESTEROS, Alberto Montoro. **Sobre las relaciones entre moral y derecho**. *Anales de la Cátedra F. Suárez*, Grana, nº 28, 1988. *Apud* DI PIETRO, M.S.Z., *op. cit.*, p. 148.

⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 150.

A eficiência⁷⁰ (art. 37, *caput*), erigida a princípio constitucional, apresenta duas facetas: “modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração pública”⁷¹, visando uma melhor prestação do serviço público.

2.5.8 Princípio da motivação

Por fim, decorrente do art. 1º, II e parágrafo único e do art. 5º, XXXIV da Constituição da República, o princípio da motivação “impõe à Administração o dever de expor as razões de fato e de direito pelas quais tomou a providência adotada. Cumpra-lhe fundamentar o ato que haja praticado, justificando as razões que lhe serviram de apoio para expedi-lo”.⁷²

O dever de fundamentar é imprescindível, quer para proteger os particulares de decisões arbitrárias, quer como forma de se aferir a validade do próprio ato administrativo.

2.6 REGIME JURÍDICO E ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Conceituado o regime jurídico administrativo de maneira geral em momento anterior do presente trabalho, passamos agora a apresentar algumas especificidades inerentes ao ato administrativo propriamente considerado, delineando alguns dos seus principais atributos.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar do regime jurídico-administrativo, afirma que a Administração Pública pode submeter-se tanto ao regime jurídico de direito privado como ao regime jurídico de direito público, denominando estas variações de regime de regimes jurídicos da Administração Pública.⁷³

⁷⁰O dever de eficiência foi erigido como princípio da Administração Pública através da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998.

⁷¹DI PIETRO, M.S.Z., *Direito...* *op. cit.*, p. 66.

⁷²BANDEIRA DE MELLO, C.A., *Curso...* *op. cit.*, p. 40.

⁷³DI PIETRO, M.S.Z., *op. cit.*, p. 63.

Para a autora, “a opção por um ou por outro regime é feita, via de regra, por meio da Constituição Federal ou pela Lei”, como ocorre com a empresa pública e a sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou serviços (artigo 173, §1º), não cabendo à Administração Pública optar por um regime jurídico não autorizado pelo ordenamento jurídico, como decorrência do princípio da legalidade.⁷⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalva, entretanto, que embora a Administração empregue alguns modelos do direito privado, não fica integralmente submissa a eles, justamente por não poder despir-se de determinados privilégios para permitir que possa atingir a sua finalidade de preservar o interesse público.⁷⁵

Portanto, torna-se claro que embora o regime jurídico administrativo seja aplicável a todo o Direito Administrativo, o regime jurídico da Administração Pública não possui uma única faceta, eis que nem mesmo a sujeição ao regime jurídico público é absoluta quando do exercício de algumas funções administrativas, admitindo-se, em hipóteses expressas, o regime jurídico privado. Motivo pelo qual adotamos o conceito de função administrativa proposta por Figueiredo, sustentando que o regime público é o prevalecente, embora não o único.⁷⁶

Nesse sentido, podemos falar de um regime jurídico da concessão, das autarquias, das desapropriações, das empresas estatais, dos bens públicos, dos cargos em comissão, dos contratos administrativos, dos servidores e, até mesmo, do regime jurídico peculiar ao ato administrativo, cada qual apresentando suas especificidades.

O regime jurídico do ato administrativo será o típico de direito público, com a sujeição à relação de conformidade, em virtude de seus atributos fundamentais. São atributos do ato administrativo: 1) estrita conformidade à lei; 2) presunção *juris tantum* de legitimidade; 3) imperatividade; 4) dever de motivação; 5) auto-executoriedade, se, quando e como necessária; 6) possibilidade de contraste pelo Judiciário; 7) possibilidade de exercício da auto-tutela e da tutela.⁷⁷

Em relação à estrita conformidade à lei (legalidade ampla) e ao dever de motivação, remetemos às considerações do regime jurídico administrativo,

⁷⁴ *Idem, ibidem.*

⁷⁵ *Idem, ibidem*, p. 64.

⁷⁶ Para tal, vide p. 12 da presente monografia.

⁷⁷ FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 172/173.

genericamente tratado no início deste capítulo, assim como deixaremos de tratar das formas de controle, por escapar do objeto da presente monografia.

2.6.1 Presunção relativa de legitimidade

Maria Sylvia Zanella Di Pietro utiliza a expressão “presunção de legitimidade ou de veracidade”, a fim de desdobrar situações diferentes da presunção no ato administrativo. A presunção de legitimidade remete ao respeito à conformidade do ato com a lei. Assim, em decorrência desse atributo, presume-se de forma relativa (admite prova em contrário) que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei.⁷⁸

A presunção de veracidade refere-se aos fatos. Por este atributo, presumem-se relativamente verdadeiros os fatos alegados pela Administração, os quais são dotados de fé pública.⁷⁹

Dessa presunção decorre a imediata produção de eficácia do ato, em regra (salvo casos de manifesta ilegalidade), enquanto o ato não for revogado ou tiver decretada a sua invalidade pela própria Administração ou pelo Judiciário. Outra hipótese da retirada desta produção imediata de efeitos são os recursos dotados de efeito suspensivo.⁸⁰

2.6.2 Imperatividade

Renato Alessi chama a imperatividade de “poder extroverso”, o qual permite ao Poder Público editar atos que superam a esfera jurídica do sujeito emitente, isto é, interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as, de forma unilateral, em obrigações.⁸¹

⁷⁸ DI PIETRO, M.S.Z., *Direito... op. cit.*, p. 191.

⁷⁹ *Idem, ibidem.*

⁸⁰ *Idem, ibidem*, p. 192.

⁸¹ ALESSI, R., *op. cit.* p. 383.

Dessa forma, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui que a imperatividade não existe em todos os atos administrativos, mas apenas naqueles que impõem obrigações. Para a administrativista, a imperatividade é uma das características que distingue o ato administrativo do ato de direito privado, pois este não cria obrigações unilateralmente, ou seja, sem a concordância dos terceiros envolvidos.⁸²

2.6.3 Auto-executoriedade

Celso Antônio Bandeira de Mello atribui a esta característica do ato administrativo “a qualidade pela qual o Poder Público pode compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu”.⁸³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que esta auto-executoriedade não existe, também, em todos os atos administrativos, apenas sendo possível: a) quando expressamente prevista em lei, como a apreensão de mercadorias pela polícia administrativa; b) quando se tratar de medida urgente que, se não adotada, poderá ocasionar prejuízo maior para o interesse público, como exemplo, a demolição de prédio que ameaça ruir.⁸⁴

⁸² DI PIETRO, *Direito...* *op. cit.*, p. 193.

⁸³ BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 383.

⁸⁴ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 194.

3 FATO JURÍDICO E ATO ADMINISTRATIVO

3.1 ASPECTOS GERAIS DO FATO JURÍDICO

Embora tema da Teoria Geral do Direito, o fato jurídico é classicamente tratado pelo Direito Civil, tendo o ordenamento jurídico brasileiro optado por prescrever legislativamente a matéria nas codificações referentes àquele ramo. É de se dizer que não subsiste qualquer dispositivo legal que conceitue ato administrativo, remetendo o assunto à doutrina e à Ciência do Direito.

Tal solução é também encontrada na doutrina italiana, conforme resume Silvio Trentin: “a noção do ato administrativo necessariamente se reportará ao conceito geral do ato jurídico e neste achará seus elementos fundamentais”.⁸⁵

Por conta disso, e tendo manifestado que à ciência do direito incumbe a função precípua de descrever o direito positivo prescrito, faz-se mister recorrer aos dispositivos legais que conceituaram o fato jurídico e, a partir de uma formulação geral, enunciada no campo da Teoria Geral do Direito, conceituar o ato administrativo.

Embora o Código Civil conceitue apenas negócio jurídico, fazendo remissão ao conceito de ato jurídico do Código Civil de 1916, denomina o livro destinado à matéria de “dos fatos jurídicos”. Assim, fato jurídico é conceito determinável pela generalidade subsistente entre ato jurídico em sentido amplo (para o direito privatista, ato em sentido estrito e negócio jurídico) e ato ilícito, do qual podemos extrair o sentido de fato jurídico, em sentido amplo, como todo componente do mundo dos fatos que interesse ao direito, ou seja, fato cujo surgimento, modificação ou extinção interfira nos bens jurídicos e seja relevante à ordem jurídica.

Dessa forma, determinado acontecimento do mundo dos fatos adentrará ao mundo jurídico a partir do momento em que uma norma pertencente ao ordenamento jurídico se preocupar com as decorrências inerentes às interações que este fato possa trazer a um ou mais bens jurídicos, ou seja, que se apresente hábil a produzir efeitos no mundo do direito.

⁸⁵ TRENTIN, Silvio. *L'atto amministrativo*, 1915, p. 24. *Apud* CRETELLA JÚNIOR, J. *Do ato... op. cit.*, p. 8.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que somente é fato jurídico, o fato que produz efeitos no mundo do direito⁸⁶, com o que discordamos. Ora, a eficácia jurídica não é elemento essencial do fato jurídico, tanto assim que há fatos jurídicos que existem, inclusive validamente, e deixam de existir ou perdem a sua validade sem haver produzido seus efeitos jurídicos específicos⁸⁷, como acontece com um ato administrativo revogado antes que suas disposições tenham produzido efeito.

Embora a separação dos planos jurídicos em existência, validade e eficácia mereça relativização, seja porque atos tidos por inexistentes ou inválidos muitas vezes geram efeitos, seja pelos interesses que se apresentam diante do Direito Administrativo, onde a convalidação de atos defeituosos, anuláveis e até mesmo nulos apresenta-se em diversas hipóteses como solução adequada e até mesmo obrigatória, o plano da existência ainda subsiste como momento essencial para a prática da convalidação, por exemplo.

Assim, dizer que fato jurídico é apenas o que produz efeito, antecipa dois momentos essenciais do fato jurídico, a existência e a validade. Tanto é fato jurídico aquele que ainda não produziu efeitos, que um ato administrativo que resida com efeito suspensivo é igualmente passível de apreciação e controle, tanto pela própria administração (o administrador pode revogar o ato, por exemplo) quanto pelo poder judiciário e órgãos de controle do poder legislativo.

Negar a juridicidade de ato momentaneamente ineficaz é negar a possibilidade de determinado ato subsistir no mundo jurídico porque meramente existente e válido, o que vedaria a apreciação e o controle de ato jurídico perfeito, válido e momentaneamente ineficaz. Assim averbou Marcos Bernardes de Mello:

É verdade indiscutível que a finalidade precípua do fato jurídico reside na produção de efeitos jurídicos, porque seria até sem sentido, mesmo ilógico, que se imaginassem fatos jurídicos sem qualquer utilidade para a realidade da vida humana no plano de suas relações interpessoais (...) Mas a constatação dessa verdade não pode eliminar a outra de que há fato que, embora concebido para gerar efeitos jurídicos, em certas circunstâncias pode não gerá-los, sem que se descaracterize.⁸⁸

Dessa forma, acolhemos o conceito de fato jurídico fornecido por Pontes de Miranda:

⁸⁶ DI PIETRO, M.S.Z., *Direito... op.cit.*, p. 183.

⁸⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 106.

⁸⁸ *Idem, ibidem*, p. 106/107.

Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimanar, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não diname eficácia jurídica. Não importa se é singular, ou complexo, desde que, conceptualmente, tenha unidade.⁸⁹

Por estes motivos, preferimos a expressão “hábil a produzir efeitos”, pois entendemos que basta a mera possibilidade de determinado fato produzir efeitos no mundo jurídico, isto é, que tenha sido concebido para tal, para ser considerado fato jurídico.

3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS FATOS JURÍDICOS

O fato jurídico constitui campo fértil para inúmeras classificações, conforme demonstra a doutrina. Entretanto, como a presente classificação deve partir da Teoria Geral do Direito para servir de base ao Direito Administrativo e, em especial, para o ato administrativo, buscamos a que melhor se coaduna com os dados essenciais que lhe são próprios e exclusivos, partindo do conceito geral de fato jurídico.

Para tal classificação, Pontes de Miranda se orientou na rigorosa aplicação do critério de individuá-los com fundamento nos dados nucleares (cerne) de seu suporte fático. A partir dessa orientação metodológica, podemos identificar como elementos nucleares (cerne) diferenciais: a) conformidade ou não conformidade do fato jurídico com o direito; b) a presença ou não de ato humano volitivo no suporte fático tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica.⁹⁰

Enquanto o primeiro elemento nuclear objetiva classificar os fatos jurídicos (em sentido amplo) em lícitos e ilícitos, o segundo visa divisá-los em fato jurídico em sentido estrito e ato jurídico em sentido amplo. Apresentamos algumas ressalvas a estes identificadores.

O primeiro pode se apresentar insuficiente para uma Teoria Geral do Direito, pois coloca como indicador da legitimidade (licitude ou ilicitude) a relação de

⁸⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. I, p. 77. *Apud* MELLO, M. B. de. **Teoria... op. cit.**, p. 108.

conformidade apenas. Ora, como salientamos quando da análise do princípio da legalidade, o direito admite a relação de conformidade (apenas é lícito o que é regulado nas estritas malhas do ordenamento jurídico, em um sentido amplo de legalidade) e de compatibilidade (tudo o que o direito não prescreve como proibido é permitido, em um sentido restrito de legalidade).

Do exposto, infere-se que esse primeiro identificador apresentará perplexidade quando diante de fatos jurídicos enquadráveis em regimes que se bastem na relação de compatibilidade (legalidade restritiva), como os típicos do direito privatista e, em boa monta, os atos administrativos de direito privado e o momento de estipulação do contrato administrativo.⁹¹

Ora, para a classificação de fatos jurídicos como lícitos ou ilícitos será necessário verificar previamente qual a concepção de legalidade que se coaduna com a norma jurídica na qual incide o suporte fático.

Quanto ao segundo elemento nuclear, apresentamos restrições ao que foi denominado de “ato humano volitivo”⁹². Seu conteúdo não está equivocados, mas é preciso atentar às especificidades de tal consideração no âmbito do direito público, em especial do Direito Administrativo.

Voltaremos a falar da vontade no Direito Administrativo quando tratarmos especificamente do ato administrativo, mas, por ora, saliente-se que esta vontade hábil a classificar os fatos jurídicos nem sempre será a vontade psicológica do sujeito, do agente que executa a atividade concretamente e, nem mesmo, do agente responsável pela determinação para a execução da atividade concreta, surgindo o que se convencionou denominar pelo professor Marcello Caetano de vontade normativa.⁹³

Por outro lado, uma vez que os fatos administrativos ilegais (em sentido amplo) não são objeto do presente trabalho, não vamos nos preocupar com o primeiro elemento nuclear. Ora, apenas iremos classificar os fatos jurídicos lícitos,

⁹⁰ MELLO, M.B. de. *Teoria... op. cit.*, p. 112.

⁹¹ GONÇALVES PEREIRA, *op. cit.*, p. 51.

⁹² Não negamos que máquinas, como semáforos, radares e parquímetros, sejam instrumentos hábeis a execução de atos administrativos, mas sempre a sua utilização estará condicionada a uma decisão, em maior ou menor grau, por parte da Administração Pública ou de quem lhe faça as vezes. Assim, a conduta de um órgão da Administração no exercício de um poder público poderá ter este sentido de ato humano, já que ato humano refere-se aos fatos com interferência do homem, em contraposição aos fatos da natureza e não àqueles meramente praticados por pessoas físicas.

⁹³ GONÇALVES PEREIRA, *op. cit.* p. 104/105.

objetivando apresentar, por fim, uma classificação dos fatos jurídicos administrativos lícitos.

Diante do segundo elemento identificador, presença ou não do ato humano volitivo, podemos classificar os fatos jurídicos em: a) fatos jurídicos em sentido estrito; b) atos-fatos jurídicos; c) atos jurídicos em sentido amplo; c1) atos jurídicos em sentido estrito; c2) negócios jurídicos.⁹⁴

A importância desta classificação reside no sentido de que fatos jurídicos em sentido estrito e atos-fatos jurídicos, uma vez existentes, já se bastam para deflagrar seus efeitos na ordem jurídica. Assim, conforme leciona Bandeira de Mello não são revogáveis, anuláveis ou convalidáveis (tais fatos não subsistem no plano da validade, mas se bastam no da existência para gerar efeitos).⁹⁵

Os fatos jurídicos em sentido estrito são meros eventos que envolvem sujeitos e interessam ao direito. Nos fatos jurídicos em sentido estrito incluem-se os fatos da natureza ou do animal, como a avulsão provocada por chuvas, ou aqueles em que, praticados pelo homem ou contando com a sua colaboração, tem as suas condutas como irrelevantes ao direito, como o nascimento ou a morte, onde, conforme leciona Bernardes de Mello, “a circunstância de haver um ato humano em sua origem não muda o caráter do evento que constitui seu suporte fático”.⁹⁶

Por ato-fato jurídico entende-se toda a realidade física que interesse ao mundo do direito, sempre decorrente da ação humana, mas, uma vez que o ato que está à base do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica o recebe como

⁹⁴ Marcos Bernardes de Mello, baseando-se na doutrina de Pontes de Miranda, inclui nesta classificação o ato-fato jurídico, classificando nesta categoria os atos reais materiais, como o direito originário de propriedade inerente à obra artística, literária ou científica (independe da capacidade do agente de ter vontade para a obtenção da propriedade), os atos jurídicos lícitos indenizativos, como os decorrentes da prática de desforço pessoal imediato, e atos jurídicos caducificantes, como a prescrição e a decadência. Cf. MELLO, M. B. de. *Teoria... op. cit.*, p. 130/137. Afastamos esta classificação para o ato jurídico real e o lícito indenizativo na Teoria Geral do Direito, pois: a) o ato-fato jurídico real é exclusivamente útil ao direito privatista, onde a vontade, quando relevante, é apenas a psicológica, havendo sentido na diferenciação entre fato jurídico, ato-fato jurídico e ato jurídico, pois no ato-fato a conduta humana é essencial ao cerne, mesmo sem vontade alguma. Não é útil ao Direito Administrativo e, portanto, a uma Teoria Geral do Direito, pois, no ato que exija conduta humana em seu cerne, sempre haverá vontade (mesmo que apenas normativa, dando origem ao dever de agir). Assim, ou a conduta humana será irrelevante (fato jurídico em sentido estrito) ou estará ligada a alguma forma de vontade relevante (ato jurídico em sentido amplo); b) o ato-fato jurídico indenizativo não ocorre no Direito Administrativo, pois, embora a indenização por ato lícito seja cabível (pense-se em uma desapropriação), este ato sempre possuirá uma vontade normativa, sendo absolutamente inadmissível no Direito Administrativo uma atuação legítima que gere indenização sem a necessária vontade normativa hábil à ação da administração, como iremos demonstrar, não subsistindo fato administrativo lícito (em sentido estrito) indenizável. Portanto, igualmente inútil a classificação para a Teoria Geral, que ora buscamos.

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Curso... op. cit.*, p. 343.

avolitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem, retirando-o caráter essencial à sua classificação como ato jurídico.

Difere do fato jurídico em sentido estrito, pois o elemento “conduta humana” é essencial para a sua subsistência, embora norma específica retire o requisito da vontade para a configuração do ato. Esta classificação apenas alcança utilidade para a Teoria Geral do Direito e para o Direito Administrativo nos fatos caducificantes, como a preclusão, a prescrição e a decadência.

O cerne desses fatos se constitui de uma necessária conduta humana, onde a norma jurídica desconsidera o elemento volitivo, isto é, a inação do titular, eis que se houver uma conduta humana positiva, em regra, não haverá o fato caducificante e, se esta for negativa, ele subsistirá. Portanto, o fato caducificante possui como elemento essencial de seu cerne, além do decurso do tempo (evento), uma conduta humana (inação).

A diferenciação entre fato jurídico em sentido estrito e ato-fato jurídico é relevante, pois enquanto no primeiro o evento já basta para a existência do ato e, na sua condição específica, a deflagração de efeitos (não há o plano da validade para o fato jurídico em sentido estrito, ou este é irrelevante, bastando que seja existente para deflagrar efeitos), no ato-fato jurídico poderá subsistir campo para discussão da conduta humana “inação”.

Dessa forma, mesmo deflagrado o tempo, a inação poderá se justificar nas hipóteses de impedimento, suspensão ou interrupção do fato caducificante⁹⁶ (artigos 197 a 204 do CC), como a ausência do titular do direito do país para a prestação de serviço público, não se bastando o evento, como no fato jurídico em sentido estrito, eis que envolve um ato humano relevante à ordem jurídica e passível de discussão.

3.2.1 Ato jurídico em sentido amplo

⁹⁶ MELLO, *op. cit.*, p. 127.

⁹⁷ Embora a decadência não seja passível de suspensão ou interrupção e a Administração, para o exercício da autotutela, sujeite-se exclusivamente à decadência e não à prescrição e à preclusão (institutos de reflexo no campo processual), a autotutela não é a única forma de controle do Direito Administrativo.

O ato jurídico em sentido amplo é o fato jurídico cujo suporte fático tenha como cerne um ato humano⁹⁸ volitivo exteriorizado, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido (ou não proibido) e possível.

Ensina Léon Duguit que “o ato administrativo, propriamente dito, do ponto de vista material, é sempre ato jurídico, isto é, uma declaração de vontade, conforme a lei e feita no sentido de criar situação jurídica subjetiva”.⁹⁹

Para José Cretella Júnior, o ato jurídico “projeta-se no mundo jurídico mediante a manifestação da vontade, expressa ou tácita, pela palavra, escrita ou oral, por sinais, gestos e símbolos”.¹⁰⁰

No campo privatista acrescenta-se a necessidade de consciência dessa exteriorização de vontade, conforme explicita Marcos Bernardes de Mello.¹⁰¹

Entretanto, para o Direito Administrativo, o agente que manifesta ou declara não o precisa fazer com o intuito de realizar aquela conduta juridicamente relevante, desde que o conteúdo manifestado ou declarado obedeça plenamente ao comando da vontade normativa estabelecida, conforme será mais bem apreciado adiante.

Dessa forma, são elementos nucleares essenciais de qualquer ato jurídico em sentido amplo: a) a existência de sujeito; b) a existência de forma (exteriorização, plenamente vinculada ou não ao ordenamento); e c) a existência de objeto juridicamente protegido (relação de conformidade, em um sentido de legalidade ampliativa) ou não proibido (relação de compatibilidade, em um sentido de legalidade restritiva) e possível.

Por fim, o que diferencia o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico é a possibilidade ou impossibilidade de auto-regramento.

Nesse sentido, ato jurídico em sentido estrito é aquele em que o Direito o recebe em um certo e determinado senso, portanto, sem escolha de categoria jurídica, e com efeitos preestabelecidos e inalteráveis pela livre (no sentido de legalidade restritiva) vontade do sujeito.¹⁰²

⁹⁸ Salientamos, mais uma vez, que ato humano tem o sentido de fato oriundo da interferência do homem, contrapondo-se ao sentido de fato da natureza ou do animal. Portanto, o ato é humano e não ato pessoa física. Para tanto, vide nota 92.

⁹⁹ DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. Paris: Fontemoing et Cie. Editeurs, 1911. *Apud* CRETELLA JÚNIOR, J., *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁰ CRETELLA JÚNIOR, J., *op. cit.*, p. 15.

¹⁰¹ MELLO, M.B. de, *op. cit.*, p. 138.

¹⁰² O ato administrativo, mesmo aquele em que subsista discricionariedade, se subsume a esta espécie de fato jurídico da Teoria Geral do Direito. A existência de um campo de discricionariedade, como iremos demonstrar no momento adequado, não interfere nesta ausência de poder de escolha da categoria jurídica. Apenas, o legislador, não podendo prever todas as situações

Diverso é o chamado negócio jurídico, onde, conforme leciona Marcos Bernardes de Mello, o direito outorga liberdade às pessoas para, dentro de certos limites, auto-regrar os seus interesses, permitindo a escolha de categorias jurídicas de acordo com as suas conveniências, e possibilitando a estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas decorrentes.¹⁰³

Estes limites ao poder de auto-regramento são variáveis de acordo com o ramo do direito ao qual recai o regime jurídico inerente ao negócio jurídico.

No Direito Administrativo, embora propriamente apenas possamos chamá-lo de contrato administrativo, em uma figura jurídica bastante peculiar, ensina o mestre André Gonçalves Pereira que a submissão da administração ao sentido de legalidade restritiva (relação de compatibilidade), única permissiva do auto-regramento, apenas ocorre no momento de estipulação contratual, sendo inadmissível na escolha do tipo contratual e nas derrogações dos contratos por parte da Administração.¹⁰⁴

3.3 FATO, CONTRATO E ATO ADMINISTRATIVO

De todos os atos da administração¹⁰⁵, não pertencerão à classificação de fato jurídico administrativo lícito (em sentido amplo): a) os *atos materiais da administração*¹⁰⁶; b) *atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor*¹⁰⁷; c) os *atos políticos*¹⁰⁸; e d) *atos normativos*¹⁰⁹.

jurídicas relevantes, outorga à Administração Pública o dever de completar a vontade normativa no caso concreto. Este é um dos fundamentos mais relevantes para toda a sujeição da discricionariedade ao amplo controle de legitimidade, uma vez que a sua vontade psicológica discricionária ingressa no ordenamento jurídico como elemento completante da vontade normativa estabelecida, sujeitando-se, assim, a todo o campo da legalidade ampla e não podendo, em hipótese alguma, se afastar desta vontade normativa e da finalidade pública. Por isso, a discricionariedade não retira do ato a sua condição de ato jurídico em sentido estrito, residindo distante do auto-regramento.

¹⁰³ MELLO, *op. cit.*, p. 148.

¹⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 50/51.

¹⁰⁵ DI PIETRO, M.S.Z., *Direito... op. cit.*, p. 183/184.

¹⁰⁶ Como a realização de um serviço ou a apreensão de uma mercadoria, pois envolvem mera execução, não sendo constituídos do suporte fático incidente em determinada regra jurídica. Sendo assim, para o direito apenas é relevante o ato que deu origem à exteriorização, este sim capaz de produzir efeitos criativos, modificativos e extintivos, e não a exteriorização propriamente dita.

¹⁰⁷ São exemplos o atestado e a certidão, que também não são constituídos de um suporte fático incidente em uma regra jurídica, não sendo sequer hábeis a produzir efeito criativo, modificativo

Dessa forma, podemos concluir que, diante da premissa de fato jurídico estabelecida, são fatos jurídicos administrativos lícitos: a) *os fatos administrativos*, como a morte de um funcionário (relevante para o Direito Administrativo pela vacância do cargo, por exemplo); b) *os atos de direito privado*, como a doação e a locação¹¹⁰; c) *os atos administrativos propriamente ditos*; e d) *os contratos administrativos*.

Como toda classificação, a disposição das espécies de fatos jurídicos não interfere nos objetos ontologicamente considerados, apenas podendo ser atribuída à classificação o *status* de maior ou menor utilidade. O critério efetivamente relevante para a determinação de um fato em uma ou outra categoria do fato jurídico é adequar-se ao próprio sentido conceitual do fato jurídico que propomos e aos elementos essenciais de cada espécie.

Ora, mesmo que determinado fato seja classicamente classificado como ato material da administração, se este passar a interessar ao mundo jurídico, com a possibilidade de produzir efeitos criativos, modificativos e extintivos relevantes ao Direito Administrativo, passará a ser classificado como fato jurídico administrativo, sujeitando-se ao regime jurídico próprio dos fatos administrativos, eis que a mera classificação como ato material não interfere no objeto, mas apenas se operacionaliza como indicativo do regime aplicável.

A classificação em fato administrativo, ato administrativo e contrato administrativo é diversa da aplicável ao direito privado, embora ambas possam ser extraídas da Teoria Geral do Direito, como fizemos no capítulo anterior, eis que no Direito Administrativo a vontade psicológica do agente é, em regra, irrelevante e, mesmo quando existente, é considerada sob várias restrições.

ou extintivo na ordem jurídica, eis que apenas informam a realidade jurídica existente, sem nela interferir.

¹⁰⁸ Salientamos, quando do tema da função administrativa, que tais atos seriam enquadrados como função política, inerente ao Governo e não à Administração Pública, embora sejam fatos sobre os quais incidam regras jurídicas (de Direito Constitucional) e sejam hábeis a produzir efeitos na ordem jurídica.

¹⁰⁹ Como os decretos, as portarias e as resoluções, pois, tendo característica geral e abstrata, complementam e regulam a ordem jurídica inovadora, constituindo regra e não fato.

¹¹⁰ Embora possam ser aplicadas as teorias do fato jurídico referentes ao direito civil, em especial àquelas atinentes ao negócio jurídico, deve-se atentar ao regime jurídico administrativo, principalmente no tocante às prerrogativas, restrições e princípios. Em virtude da aplicação destas normas, Agustín Gordillo sustenta que tais atos deveriam ser classificados como atos administrativos propriamente ditos. GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, t. 3., Macchi, 1979, pp. II-30 e II-39. *Apud* BANDEIRA DE MELLO, *Curso... op. cit.*, p. 351, nota 8.

Entretanto, mesmo nessas situações, em que o ato administrativo é completamente vinculado pela norma jurídica, podemos verificar a presença da conduta humana e da vontade, embora restrita, conforme lição de Vicente Raó:

“Pode o agente visar aos efeitos jurídicos de seu fato, e assim, normalmente acontece; mas, os efeitos por ele visados só podem ser determinados e disciplinados intransponivelmente por lei: os efeitos assim queridos, diz Santoro Passarelli, só e unicamente se realizam quando coincidem com os efeitos admitidos e disciplinados pelo ordenamento jurídico”.¹¹¹

Quando versamos acerca do fato jurídico para a Teoria Geral do Direito, apontamos que a separação entre fato jurídico em sentido estrito e ato jurídico em sentido amplo envolvia a aferição da relevância ou não de um ato volitivo no cerne do suporte fático. Enquanto no fato jurídico o ato humano volitivo não existia ou não interessava ao direito, no ato jurídico ele deveria, de alguma forma, subsistir.

Embora Celso Antônio Bandeira de Mello critique esta concepção e afirme que a diferença entre fato jurídico e ato jurídico não reside no ato humano volitivo, argumentando que existem atos praticados por pessoas que são classificados como fatos e atos que não são praticados por pessoas que se classificam como atos (atos administrativos praticados por semáforos, parquímetros e radares de velocidade)¹¹², salientamos que o fundamento essencial para a diferenciação reside sempre na relevância que o ordenamento atribui ao ato humano volitivo, sendo este o elemento determinante.

Ora, poderá figurar ato que, mesmo tendo participação humana volitiva, esta não integre o suporte fático do fato jurídico, isto é, apenas o evento ingresse no mundo jurídico, o que será fato jurídico.

Nesse sentido, uma cirurgia realizada por médico do sistema público de saúde pode ser considerada fato jurídico administrativo, eis que a conduta do médico durante a cirurgia é irrelevante para o núcleo do fato jurídico administrativo lícito¹¹³, sendo suficiente, como evento que é, para vir a produzir determinada

¹¹¹ RAÓ, Vicente. **Ato jurídico: pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997, p. 32.

¹¹² BANDEIRA DE MELLO, *Curso... op. cit.*, p. 340/342.

¹¹³ Embora possa interessar na determinação de um eventual ato ilícito, mas o qual constituirá um novo fato, incidente no ordenamento jurídico por normas e hipóteses diversas.

conseqüência fornecida pelo ordenamento, como auferição de renda do servidor, computo de serviço prestado ou tempo de contribuição, bastando por si só.

Ademais, o próprio conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello de fato jurídico se coaduna com a noção aqui admitida. Leciona o mestre: “o fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei que é que fala sobre ele”.¹¹⁴

Com efeito, a lei imputa relevante apenas o evento, ou seja, o suporte fático que incide sobre a norma é tão-somente o fato, independente da existência de qualquer outro elemento e, sob este fundamento, é fato jurídico, mesmo que no mundo dos fatos tenha havido algum ato humano, pois, nesta hipótese, o direito se satisfaz apenas com o fato.

No ato administrativo, onde a ação do órgão incumbido da função administrativa é essencial para a subsistência do ato, existe uma norma jurídica realizável apenas mediante atuação concreta do administrador naquilo que fora planejado normativamente no plano abstrato, qual seja, sua conduta.

Portanto, subsiste um elemento volitivo importante, e é este que o difere do fato jurídico administrativo.

Seria sem sentido divisar Estado de Administração Pública sem reconhecer que à Administração Pública, ou quem lhe faça as vezes, incumbe a função precípua de concreção dos objetivos estabelecidos previamente pelo Estado e pelo Governo. Ora, se é concreção há atuação e deve subsistir alguma forma de vontade capaz de informar quando e como agir.

Assim, para Marcello Caetano, ato administrativo é “a conduta voluntária de um órgão da administração no exercício de um poder público, de que resulte a aplicação de normas jurídicas a um caso concreto”.¹¹⁵

André Gonçalves Pereira conceitua ato administrativo como “o ato voluntário de um órgão da administração que, no exercício da função administrativa, e usando de um poder público, concretiza em comandos individualizados o comando contido abstractamente na norma jurídica.”¹¹⁶

Ainda, uma conseqüência importante do ato administrativo, pela função administrativa que o ato representa e todas as sujeições ao regime jurídico

¹¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, *Curso... op. cit.*, p. 340/342.

¹¹⁵ CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 5. ed, 1960. *Apud* GONÇALVES PEREIRA, André. *Erro... op. cit.*, p. 35.

¹¹⁶ GONÇALVES PEREIRA, *op. cit.*, p. 95.

administrativo a que se submete, este ato sempre estará sujeito a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Deixará de ser ato administrativo, para ser considerado contrato administrativo, e, portanto, sujeito a regime peculiar, quando o cerne da previsão normativa permitir estipulações com poder de auto-regramento entre as partes, sujeito, ainda, a todas as nuances do regime jurídico administrativo próprio, o qual escapa do objeto do presente trabalho.

3.4 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Diante do conceito de ato administrativo adotado verifica-se que são essenciais para a existência do ato a presença de agente (sujeito), forma e objeto, assim como ocorre com os demais atos jurídicos, embora no ato administrativo sejam exigidos outros elementos para a conformação deste com o ordenamento jurídico.

A mera presença dos elementos supramencionados já bastará para a existência do ato administrativo, embora ainda não suficientes para a determinação da sua validade.

Para a validade do ato administrativo será necessário o adequado preenchimento da conduta volitiva do agente incumbido da função administrativa em relação ao ordenamento jurídico, através da composição dos cinco elementos do ato administrativo. Cretella Júnior os coloca como “o conjunto dos cinco elementos básicos constitutivos da manifestação da vontade da Administração, ou seja, o agente, o objeto, a forma, o motivo e o fim”.¹¹⁷

Embora a divergência doutrinária seja grande, a orientação de que estes cinco elementos residem no plano da validade corrobora com a prescrição de nosso Direito Positivo, conforme o artigo 2º da Lei da ação popular (Lei nº 4.717/65), eis que este indica como hipóteses de nulidades de atos lesivos ao patrimônio público a incompetência, o vício de forma, a ilegalidade do objeto, inexistência do motivo e

desvio de finalidade. Independente da prescrição legislativa de 1965 não se aproximar da riqueza construída pela doutrina em relação aos elementos do ato administrativo e as suas conseqüências, é de se reconhecer que as ofensas à competência, à forma, ao objeto, ao motivo e à finalidade recaem no plano da validade, já existente o ato quando possuir agente, forma e objeto que preencham o cerne da norma jurídica.

Estes cinco elementos são imprescindíveis ao Direito Administrativo, fornecendo um importante fundamento diferenciador dos demais atos jurídicos, eis que além da conformidade do sujeito, da forma e do objeto com o ordenamento, a validade do ato administrativo vai exigir motivo (que deve, além de existir, ser suficiente e verídico) e finalidade (pública) adequados às concepções adotadas.

Tendo em vista que o objeto do presente trabalho escapa de uma análise mais detida destes elementos, das suas conseqüências e de seus vícios, apenas apresentaremos uma breve definição dos mesmos, conforme Di Pietro.

Sujeito (agente) é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato. Ora, para o Direito Administrativo não basta a mera capacidade (requisito do direito privatista), sendo necessária competência para a prática do ato.¹¹⁸

Quanto ao objeto (conteúdo), embora subsista concepção doutrinária diferenciando objeto de conteúdo, temos por este o efeito jurídico imediato que o ato objetiva produzir, isto é, aquilo que o ato enuncia, prescreve, dispõe.¹¹⁹

Forma, além da exteriorização do ato, constitui toda a formalidade que deve ser observada durante o processo de formação da vontade da Administração, inclusive os requisitos concernentes à publicidade do ato (concepção ampla).¹²⁰

Por motivo, temos os pressupostos de fato (conjunto de acontecimentos que conduzem à prática do ato) e de direito (norma jurídica que se baseia o ato) que servem de fundamento ao ato administrativo.¹²¹

Por fim, finalidade é o efeito mediato que o ato produz, ou seja, é o resultado que a Administração quer alcançar ao praticar o ato. Esta finalidade ora disposta é

¹¹⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Do ato administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1977. *Apud* DI PIETRO, *Direito... op. cit.*, p. 195.

¹¹⁸ DI PIETRO, M.S.Z., *Direito... op. cit.*, p. 196.

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 199.

¹²⁰ *Idem, ibidem*, p. 200.

¹²¹ *Idem, ibidem*, p. 203.

sempre a finalidade pública, como consecução de um resultado de interesse público (sentido amplo), sob pena de invalidade do ato.¹²²

¹²² *Ibid*, p. 202.

4 A VONTADE NO ATO ADMINISTRATIVO

4.1 A VONTADE COMO INFLUÊNCIA NA PERSONALIDADE JURÍDICA

Conceituado o ato administrativo e residindo a vontade no cerne do suporte fático inerente a sua existência, cumpre-nos estudar como a vontade influencia os atos praticados pelos agentes incumbidos da função administrativa e de que forma se relaciona com a Administração Pública.

Celso Antônio Bandeira de Mello considera que a Administração Pública é constituída pela própria pessoa do Estado e por pessoas jurídicas que este cria para auxiliá-lo em seus misteres – como autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações.¹²³ Portanto, entidades dotadas de personalidade jurídica, sendo esta personalidade a capacidade de determinada pessoa para ser titular de direitos ou obrigações. Na lição de Themístocles Brandão Cavalcanti:

Essa capacidade é criada pelo direito, tem uma expressão jurídica, sem que se torne necessário recorrer a abstrações, porque é um fato concreto que se manifesta nas múltiplas relações que mantém [...] é, assim, a personalidade [...] uma afirmação jurídica, como o é, também, a personalidade de uma pessoa física.¹²⁴

Para Jellinek, “a personalidade jurídica resulta da lei, e não de condições físicas. Não se compreende a personalidade jurídica de uma pessoa isolada, porque ela pressupõe uma idéia de relação, de dependência”.¹²⁵

Conformando este sentido, o professor Marcello Caetano expõe que os serviços públicos têm “de ter como suportes, para o efeito das relações jurídicas, pessoas colectivas. São os órgãos destas que formam o sistema da Administração Pública”.¹²⁶

¹²³ BANDEIRA DE MELLO, C.A., *Curso... op.cit.*, p. 127.

¹²⁴ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973, p. 5.

¹²⁵ *Idem, ibidem*.

¹²⁶ CAETANO, M., *op. cit.*, p. 176.

Por outro lado, esta capacidade inerente à Administração Pública seria mera possibilidade, não podendo se manifestar de forma concreta, sem a presença da vontade. Assim, a vontade é condição indispensável ao exercício da personalidade (concepção subjetiva da personalidade).¹²⁷

Certamente, a vontade, como exteriorização humana que é, apenas pode ser realizada mediante a participação do homem. Conforme assevera Marcello Caetano, “sabe-se que a vontade é uma faculdade da alma humana: só os indivíduos têm vontade, é o que podemos chamar vontade psicológica ou psíquica”.¹²⁸

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que para as atribuições da Administração Pública se concretizarem é necessário a presença de seres físicos, os agentes. Assim, é o querer e o agir destes sujeitos que o Direito imputa ao Estado, de forma que seu querer e agir são recebidos como o querer e o agir do Estado, onde estas pessoas físicas atuam como veículo de expressão de sua vontade.¹²⁹

Portanto, verifica-se que essa participação do homem não tem o condão de reduzir a presença da vontade apenas às pessoas físicas. Assim:

Parece-nos, porém, que uma vez admitido o carácter eminentemente jurídico do conceito de pessoa e reconhecido que a qualidade de pessoa pode ser atribuída sempre que haja um centro de interesses diferenciados servido por uma vontade nada impede que a par das pessoas singulares cujo substrato é um ser humano, existam pessoas colectivas tendo por substrato um ser social.¹³⁰

A possibilidade de reconhecimento da personalidade a estes seres sociais reside na prova de que existem interesses coletivos diferentes dos interesses dos indivíduos que compõem um grupo. Uma sociedade (pessoa jurídica de direito privado) manifesta a sua vontade mediante a deliberação dos sócios, constituindo uma vontade que é diversa da vontade psicológica de cada um dos sócios, dando azo a uma vontade coletiva. Leciona o Professor Marcello Caetano:

Ora aqui está como, em Direito, se deve distinguir a vontade individual da vontade funcional: ambas são expressas por indivíduos, mas a primeira

¹²⁷ CAVALCANTI, J.B., *op. cit.*, p. 5.

¹²⁸ CAETANO, M., *Manual... op. cit.*, p. 93.

¹²⁹ BANDEIRA DE MELLO, C.A., *Curso... op. cit.*, p. 130.

¹³⁰ CAETANO, M. *Manual... op. cit.*, p. 177.

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. [...] A vontade funcional expressa para realizar fins ou interesses de uma coletividade é que origina o que poderemos chamar vontade coletiva.¹³¹

Podemos concluir que a personalidade jurídica atribui a condição de determinada pessoa expressar uma ação volitiva, como titular de direitos ou obrigações. E, sempre que se possa diferenciar um centro de interesses organizados para a manifestação de uma vontade coletiva, estarão “reunidas as condições presentemente exigidas pelo Direito pra reconhecer um substrato personificável, e a lei pode atribuir-lhe a qualidade pessoa originando uma pessoa colectiva”.¹³²

Ainda, há pessoas coletivas que, pelo seu caráter e pelas funções que exercem, pertencem ao Direito Público (o que não afasta a possibilidade da subsistência de relações regidas pelo Direito Privado, como já expusemos na presente monografia).

O que as caracterizaram como tal é a necessidade de realização de interesses públicos, ou seja, de interesses considerados fundamentais para a existência, conservação e desenvolvimento da sociedade política. Essas necessidades são impostas por lei e independem da iniciativa privada, eis que compete à própria sociedade política qualificar um interesse de público e determinar que seja prosseguido por via do regime jurídico administrativo.¹³³

Portanto, a persecução dos interesses públicos que recai sobre a Administração Pública não retira desta a sua condição de pessoa coletiva, possuindo vontade para atuar, conforme a vontade coletiva reconhecida nas pessoas jurídicas de direito privado, embora com algumas peculiaridades.

4.2 A VONTADE PRESENTE NOS ATOS ADMINISTRATIVOS

¹³¹ CAETANO, Marcello. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 94.

¹³² CAETANO, M., **Manual... op. cit.**, p. 180.

¹³³ *Idem, ibidem*, p. 183.

Tendo salientado que a conduta humana voluntária constitui elemento cerne do ato jurídico, cumpre atentar que muitas vezes o agente não sabe, não prevê e nem deseja que a conduta produza um resultado jurídico. No entanto, a lei atribui efeitos jurídicos à conduta, abstraindo o desconhecimento ou desinteresse do agente. Marcello Caetano denomina estes atos de simples, explicitando que:

A sua própria vontade de produzir efeitos é presumida por lei ou por esta contrariada em razão de superiores interesses [...] o Direito atribui efeitos jurídicos a certas condutas sem que o agente os tenha previsto e querido. Todavia o acto é considerado voluntário em todos os seus aspectos: a lei determina que uma dada conduta, considerada em si mesma, deve sempre ser interpretada como manifestação de vontade produtora de uns tantos efeitos jurídicos [...] A norma está formulada segundo este tipo: 'Se alguém se conduzir de tal modo, deve sempre entender-se que quis tais efeitos jurídicos'.¹³⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro averba que “a Administração Pública não dispõe de autonomia da vontade, porque está obriga a cumprir a vontade da lei”.¹³⁵

No entanto, sendo o ato administrativo uma forma de exteriorização da Administração Pública, é imperioso reconhecer a presença da vontade nas suas ações, embora a vontade deva ser analisada sob a égide do regime jurídico administrativo, restringindo a aceção que é dada pelo direito privatista. Nesse sentido, o professor Marcello Caetano expõe a vontade normativa:

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.¹³⁶

Diversamente, André Gonçalves Pereira entende que “a vontade não é um elemento essencial do ato administrativo”.¹³⁷ No entanto, acatamos a crítica exposta por Edson Ribas Malachini, eis que Gonçalves Pereira imputa à vontade normativa a condição de mero efeito legal da reunião de todos os elementos do ato. Nos seguintes termos:

A vontade, fonte e mola propulsora, elemento nuclear do ato jurídico (administrativo ou não), em seu conteúdo, passa a ser mero efeito, mera

¹³⁴ CAETANO, M., *Manual...* *op. cit.*, p. 424.

¹³⁵ DI PIETRO, M.S.Z., *Direito...* *op. cit.*, p. 183/184.

¹³⁶ CAETANO, M., *Princípios...* *op. cit.*, p. 95.

¹³⁷ GONÇALVES PEREIRA, A. *op. cit.*, p. 100/108.

conseqüência da 'reunião' de outros 'elementos' (todos); quando, na verdade, sua declaração é que é, em muitos casos, o único elemento substancial do ato, preenchendo todo o seu conteúdo [...] e revestida pela forma"¹³⁸

A Constituição Federal de 1998 dispõe em seu artigo 5º, inciso II, que as ações humanas (fazer ou não fazer) apenas se apresentarão obrigatórias diante de lei, isto é, a vontade das pessoas poderão ser controladas pelo ordenamento jurídico. Imperioso reconhecer que esta interferência na vontade (fazer ou não) refere-se a qualquer tipo de pessoa, seja física ou jurídica, de direito público ou privado.

Portanto, a vontade é, em regra, de exercício livre. Entretanto, conforme já averbado à exaustão no presente trabalho, os entes incumbidos do exercício da função administrativa sujeitam-se à legalidade ampla, sendo-lhes vedado agir fora do estrito campo da conformidade com o direito.

Ora, mesmo agindo nas apertadas malhas das permissivas legais, a sujeição a este regime peculiar não tem o condão de retirar a vontade da pessoa que age.

O ordenamento jurídico impõe à administração a obrigatoriedade de praticar atos nos termos da lei, o que é diverso de praticar mera conduta executória a fim de preenchê-la ou de abster da condução da Administração Pública o elemento volitivo. Leciona Marcello Caetano que "a sua acção está positivamente regulada e por isso só pode querer o que a lei permitir que queira".¹³⁹

O que ocorre, para a existência do ato, é uma obrigatoriedade de adequação da conduta da pessoa com a forma de vontade permitida pela norma jurídica, a vontade normativa.

Edson Ribas Malachini equipara esta vontade normativa com a vontade individual da pessoa física, desempenhando o mesmo papel diante do ordenamento jurídico. A diferenciação reside no desinteresse, ao menos em princípio, do elemento psicológico (interior). Ao direito interessa tão-somente sua face exteriorizada, isto é, a vontade manifestada, desde que fique bem revelado o sentido. Essa manifestação subsiste até mesmo quando, na realidade, não encontra

¹³⁸ MALACHINI, Edson Ribas. **Ato Administrativo**. Curitiba: Juruá, 1990, p. 138

¹³⁹ CAETANO, M. **Manual de direito administrativo**. 5. Ed, 1960. *Apud* GONÇALVES PEREIRA, André. **Erro...**, p. 23.

correspondência com o querer íntimo do agente, podendo ser diversa a vontade real.¹⁴⁰

Por outro lado, a vontade psicológica (que carrega um sentido intencional) aproxima-se muito do sentido teleológico. Ora, a finalidade pública dos atos administrativos é elemento vinculado do ato, originando-se dos princípios do Direito Administrativo. Assim, não há como justificar a teleologia de uma atuação concreta sem encontrar respaldo em uma vontade, mesmo que advinda do ordenamento jurídico (normativa). Nesse ponto, a lição de Ernest Forsthoff:

Parece óbvio considerar como atos de vontade as manifestações da Administração, porque essas [...] têm natureza teleológica e esse sentido intencional é expresso pela palavra vontade. Nesse sentido se fala continuamente nos livros e na jurisprudência da vontade ou intenção das autoridades administrativas; também estão muito difundidos outros antropomorfismos como 'opinião', 'representação', 'pensamento' ou 'desejo da Administração'.¹⁴¹

Este senso teleológico da vontade normativa é igualmente inerente à vontade da pessoa física, embora nesta, por não estar atrelada a uma finalidade previamente estabelecida pela lei, o elemento psicológico apresente-se muito mais relevante. Conforme Marcello Caetano, “se atendermos à função da vontade, aos fins que ela serve, então poderemos distinguir a vontade individual da vontade colectiva”.¹⁴²

Concordamos mais uma vez com Edson Ribas Malachini, quando este afirma que a vontade normativa só difere da vontade individual no processo de formação e por ser estabelecida previamente pela lei. Constituindo a vontade declarada (manifestada), independente até mesmo da existência de uma vontade real ou psicológica, elemento cerne do ato administrativo.¹⁴³

Nesse sentido, salientamos que no mundo fático só existem vontades individuais (psicológicas). A vontade do órgão é resultante da vontade dos seus titulares, valorizada e interpretada nos termos das normas institucionalizadas da função que ele exerce.¹⁴⁴

4.2.1 Vontade normativa e norma jurídica

¹⁴⁰ MALACHINI, E.R., *op. cit.*, p. 138/139.

¹⁴¹ FORSTHOFF, E. *Tratado...*, p. 288/289. *Apud* MALACHINI, E.R., *op. cit.*, p. 139.

¹⁴² CAETANO, M., *Manual...* *op. cit.*, p. 179.

¹⁴³ MALACHINI, E.R., *op. cit.*, p. 140/142.

¹⁴⁴ CAETANO, M., *Manual ...*, *op. cit.*, p. 432/433.

A estranheza que a expressão vontade normativa provoca é inerente ao vocábulo norma e a própria condição destas, eis que as normas, sendo abstratas e gerais, não podem consistir em vontade, que se refere a intelecção concreta.

Vontade normativa não é ficção correspondente ao preenchimento da norma jurídica, denominada de volitiva apenas para satisfazer um componente geral de toda a teoria do ato jurídico. Primeiro porque a vontade é uma atuação concreta e não abstrata, como a norma jurídica.

A vontade normativa surge diante de fatos que exigem a presença de uma vontade para existir, como os atos jurídicos em sentido amplo, e tem a função de substituir a vontade psicológica nas hipóteses que tal função apresente-se necessária. Assim, onde subsistiria uma vontade (interna), a norma aponta outra, à semelhança do que ocorre em uma deliberação de sociedade privada.

É exemplo a aposentadoria compulsória. Completada a idade para a aposentadoria, o administrador é obrigado a reconhecê-la, independente da sua vontade, pois há uma vontade normativa que o conduz ao dever de assim agir.

Nesse sentido, verifica-se que a vontade é inerente a toda atuação concreta, por mais vinculada à norma jurídica que esta esteja. A norma jurídica cria o dever de atuação, da qual o agente incumbido da concreção não pode se furtar. Este dever apenas impõe uma limitação à vontade psicológica do agente, obrigando-o a praticar o ato conforme a norma jurídica.

Quando este agente realiza a norma jurídica está agindo de acordo com a vontade normativa, independente de sua vontade psicológica, mas é imperioso reconhecer que subsiste uma vontade de agir do agente, a qual cumpriu o dever.

No entanto, a vontade normativa, como elemento autônomo à norma jurídica, fica mais evidente nos atos em que conviva conjuntamente com a vontade psicológica, como nos atos que possuam algum elemento discricionário, eis que a vontade psicológica do agente deve igualmente preencher aquela vontade normativa, sob pena de ilegitimidade do ato (embora não mais de inexistência).

Assim, a vontade psicológica do agente estará limitada por esta vontade normativa, com a qual deverá se coadunar completamente, sob pena de eivar o ato, agora existente, em sua validade.

Ora, mesmo que o ato não se coadune com a vontade normativa ele será existente, pois haverá um ato humano volitivo, a vontade psicológica, desde que preencha os termos do ato jurídico administrativo, conforme expusemos.

Nesta hipótese, se reconhecêssemos que não existe a vontade normativa, pois esta seria a própria norma jurídica, seríamos obrigados a reconhecer a inexistência do ato por falta de suporte fático, já que a conduta praticada apenas conforme a vontade psicológica não preencheria o cerne da norma jurídica correspondente, inexistindo como ato jurídico.

Com efeito, tendo a norma jurídica a natureza de prescrição abstrata e não se coadunando completamente a conduta advinda da vontade psicológica com esta norma jurídica, o suporte fático não estaria completo e, por via de consequência, o ato seria inexistente.

Por isso, imperioso reconhecer a vontade normativa com natureza jurídica diversa da norma, pois, assim, mesmo que a sua obediência diante de atos que reconheçam a vontade psicológica do agente (suficiente para existir como ato) mantenha-se absolutamente relevante, eventual inobservância de sua prescrição residirá naturalmente no plano da validade do ato, cujos vícios tornam-se convalidáveis nos casos de imperiosa necessidade.

Até mesmo a doutrina que não compreende a existência da vontade normativa coloca a utilização ilegítima da vontade psicológica (como no ato administrativo discricionário que não se coaduna com elementos vinculados do ato, como a finalidade pública) como ofensas ao plano da validade, reconhecendo que estes preenchem os requisitos de existência do ato jurídico, ou seja, conformidade do suporte fático com a norma jurídica.

Por este motivo preferimos atribuir o elemento ato humano volitivo como essencial ao ato jurídico, eis que nos atos totalmente vinculados a vontade normativa é imperiosa para a existência do ato e nos atos que possua margem para atuação discricionária a vontade normativa é controladora da vontade psicológica, esta suficiente para a existência do ato (preenche o suporte fático da norma jurídica), mas ainda devendo se coadunar completamente com a vontade normativa no plano da validade.

Evidente que a vontade normativa cumpre papel diverso da norma jurídica, embora advenha da norma jurídica e seja decorrência desta, conforme averba Marcello Caetano:

Quando a lei confere poderes discricionários a certo órgão para escolher o conteúdo dos seus actos, o órgão, ao praticar um acto, exerce uma competência que lhe deixa liberdade de escolha da solução a dar ao caso concreto, sem ter de resolver este por subsunção em regras contidas numa lei vigente. Falar em aplicação da norma jurídica carece então de propriedade. Por isso é preferível definir o objecto da conduta do órgão não como 'aplicação de norma jurídica', mas como 'produção de efeitos jurídicos'. Na verdade, os efeitos jurídicos podem produzir-se em consequência de uma norma que confira essa eficácia à manifestação de uma vontade, sem que esta necessariamente haja de aplicar certa lei.¹⁴⁵

Entretanto, em alguns atos administrativos, a vontade normativa cumpre papel muito superior a esta de mera adequação da vontade psicológica com o sentido desejado pela sociedade política, correspondendo, conforme já explicitamos, a única vontade, isto é, atua como substitutivo da vontade psicológica, impondo uma atuação ou conduzindo a efeitos, muitas vezes indesejados pelos agentes.

Nesse sentido, conclui Marcello Caetano que o agente em muitos casos não quer o efeito, "mas a norma preceitua que se se comportou assim é porque deveria querê-los e impõe a todas as outras pessoas as atitudes consequências dessa vontade normativa".¹⁴⁶

Mesmo na discricionariedade sempre há uma vontade normativa, e é esta própria vontade normativa que autoriza a validade da vontade psicológica, eis que a norma jurídica abstrata é incapaz de prever todas as nuances necessárias ao atendimento do interesse da coletividade, conferindo esta margem de atuação, regulada pelo molde da vontade normativa.

4.3 DISCRICIONARIEDADE E ATO ADMINISTRATIVO

Como anteriormente explicitado, a abstração e a generalidade não são suficientes para enquadrar toda a complexidade da função administrativa, sendo necessário, em alguns casos, a disposição de uma margem de liberdade para atuação por parte dos agentes incumbidos da função administrativa, dentro da qual o querer interno e as concepções do agente são relevantes.

¹⁴⁵ CAETANO, M., *Manual... op. cit.*, p. 435.

¹⁴⁶ *Idem, Ibidem*, p. 425.

Em virtude desta situação, em que alguns atos administrativos apresentam-se completamente regrados, vinculando a atuação do agente responsável pela prática do ato e substituindo o seu querer interno por uma vontade coletiva (normativa), e outros em que o agente possui a discricção para atuar com certa margem de liberdade, realizando o ato com influência de sua vontade psicológica, é que se convencionou distinguir os atos administrativos em vinculados e discricionários.

Os primeiros seriam aqueles praticados pela Administração sem margem de liberdade para decidir, uma vez que a lei apresenta previamente o único comportamento possível diante da hipótese concreta. Já os atos discricionários seriam os que a Administração pratica dispondo de liberdade para decidir, pois a lei prescreve a matéria de modo a deixar campo para apreciação subjetiva.¹⁴⁷

Criticando esta dicotomia, Celso Antônio Bandeira de Mello diz que a expressão “ato discricionário” apenas pode ser concebido com o sentido de “ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção”¹⁴⁸, isto é, o ato discricionário não é contraposto à vinculação, eis que jamais subsistirá esta discricionariedade absoluta que a impropriedade do termo poderia sugerir.

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro salienta que, mesmo discricionário, o poder de ação administrativa não é absolutamente livre, porque, sob alguns aspectos, como a competência, a forma e a finalidade subsiste vinculação.¹⁴⁹ Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos.¹⁵⁰

Portanto, o ato administrativo é o mesmo na sua essencialidade, apenas, na discricionariedade, a atuação do administrador supera o mero dever de obediência e constituição de uma vontade adequada ao quadro previamente estabelecido pelo legislador, integrando a sua concepção interna.

¹⁴⁷ BANDEIRA DE MELLO, C.A., *Curso... op. cit.*, p. 388.

¹⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 393.

¹⁴⁹ DI PIETRO, M.S.Z., *Direito... op. cit.*, p. 205.

¹⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, C.A., *Curso... op. cit.*, p. 394.

A vontade psicológica do agente ganha relevância, o que apenas é possível diante de permissiva legal, em função da relação de conformidade da Administração Pública com o ordenamento jurídico.

Assim, diante da discricionariedade, o ordenamento jurídico permite que a vontade psicológica do agente influa na atuação administrativa, não sendo mais o querer interno do agente completamente substituído por uma vontade normativa.

A justificativa jurídica para tal concepção pode ser captada pela teoria da formação do Direito por degraus, de Hans Kelsen, da qual extrai-se que, para chegar ao ato final de aplicação ao caso concreto, é necessário editar outras normas inferiores àquelas de grau superior e, em cada um desses degraus, acrescentar-se-ia um elemento inovador, neste caso a discricção, sem a qual a norma superior não poderia ser aplicada.¹⁵¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro adiciona algumas justificativas práticas, quais sejam, evitar o automatismo da aplicação rigorosa de normas preestabelecidas pelo legislador, suprir a impossibilidade de previsão abstrata de todas as situações concretas possíveis, bem como a de cumprir as necessidades coletivas, naturalmente complexas e cambiantes.¹⁵²

O ato administrativo mantém-se na mesma relação de existência, apenas o grau da legitimidade da atuação é que se altera, eis que a discricionariedade incide nos elementos do ato administrativo.

Alguns destes elementos, como a finalidade, a forma (quando esta for necessária) e a competência continuam vinculadas. Entretanto, os demais elementos apresentam discricção, embora a escolha igualmente continue condicionada ao ordenamento jurídico, como não poderia deixar de ser.

O motivo será discricionário quando: a) a lei não o definir ou não mencionar a situação de fato, como na exoneração de funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão; b) a lei definir o motivo através de conceitos jurídicos indeterminados, v.g. situação de fato condicionada à ordem pública.¹⁵³

De igual sorte, a norma jurídica pode descrever o ato em termos estritamente objetivos, mas possibilitar a atuação administrativa com margem de liberdade. Tal liberdade lhe confere a condição de poder optar por praticar ou não o

¹⁵¹ DI PIETRO, M.S.Z., **Direito...** *op. cit.*, p. 206.

¹⁵² *Idem, ibidem.*

¹⁵³ BANDEIRA DE MELLO, C.A., **Discricionariedade...** *op. cit.*, p. 17.

ato, de eleger o momento adequado de ação ou escolher pela forma que revestirá o ato (quanto esta não for essencial).¹⁵⁴

Ainda haverá discricionariedade, agora no elemento conteúdo (objeto), quando a providência a ser tomada permitir a opção por pelo menos duas alternativas para atingir a finalidade da norma, todas válidas perante o direito.¹⁵⁵

4.4 REFLEXOS DA VONTADE NA DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Nas hipóteses de atuação discricionária acima aventadas, depreende-se que o juízo subjetivo do administrador é essencial para aferição da legitimidade do ato e sua conformação com o ordenamento jurídico. O querer interno do agente ganha relevância jurídica no ato administrativo exercido com competência discricionária, eis que supera aquela anterior vinculação da atuação do agente e a subsunção da sua vontade à vontade normativa previamente estabelecida.

Em função da relevância conferida à vontade psicológica do agente, o ato administrativo dotado de margem para atuação discricionária necessita, além da obediência aos elementos vinculados, algumas formalidades para o reconhecimento de sua validade no ordenamento jurídico, não subsistindo liberdade absoluta nem mesmo nos elementos em que a ação se dê por discricção.

Dessa forma, embora nem todo ato administrativo precise revelar os motivos que levaram a administração a decidir, v.g., exoneração de funcionário exercente de cargo de provimento em comissão, sempre que assim o fizer, estará vinculado pelo motivo que conferir à decisão.¹⁵⁶

Conforme leciona Marcello Caetano, a vontade, livre na razão, passa a ser vinculada na formação.¹⁵⁷ Assim, a vontade psicológica do agente, a qual possui a escolha entre um ou outro ato, quando motivada, imputa aos motivos apresentados

¹⁵⁴ *Idem, ibidem.*

¹⁵⁵ DI PIETRO, M.S.Z., *Direito... op. cit.*, p. 208/209.

¹⁵⁶ DI PIETRO, M.S.Z., *Discricionariedade... op. cit.*, p. 76.

¹⁵⁷ CAETANO, M., *Manual... op. cit.*, p. 478.

a inafastável suficiência e veracidade dos mesmos, ensejando, por exemplo, a aplicação da teoria dos motivos determinantes.

A solução proposta pela teoria dos motivos determinantes¹⁵⁸ incorpora a importância da vontade psicológica na discricionariedade, eis que para esta, se o agente utiliza-se de motivo insuficiente ou não verdadeiro para a prática do ato, macula a ação praticada por falta de correspondência do seu querer interno com a realidade dos fatos. Independentemente da hipótese concreta atribuir ou não o dever de motivar, se assim o fez o agente, revelou o seu querer interno e este deve corresponder à realidade.

Desta forma, Marcello Caetano compreende que “mesmo quando a fundamentação seja facultativa, ela deve considerar-se uma formalidade do acto e, quando incongruente, essa formalidade apresenta-se viciada”.¹⁵⁹

É inequívoca a relevância da vontade psicológica na solução destes casos, eis que mesmo que a discricionariedade para tal exoneração independa de motivação, quando esta é exercida, e apresenta motivo inábil, aponta uma inequívoca mácula no querer interno do agente que praticou o ato. Assim, se a vontade psicológica que conduziu o agente à ação não representa a realidade dos fatos, o ato é ilegítimo.

Quando diante da completa vinculação, onde o querer do agente é substituído pela vontade coletiva (normativa), expressa abstratamente pelo legislador, é certo que, se o ato corresponder à estrita malha da prescrição legislativa, os cinco elementos da validade do ato restarão preenchidos, eis que todos são vinculados positivamente.

É, pois, na discricionariedade que tal função se torna essencial, em virtude da relevância imputada à vontade psicológica, cuja utilização ilegítima pode conduzir a consequências anômalas, eis que ou o agente falseou a verdade por motivos fraudulentos ou incorreu em erro de direito ou de fato.¹⁶⁰

Em todas estas hipóteses subsiste uma vontade psicológica, embora nas anomalias esta vontade reste viciada. O professor Marcello Caetano aduz:

¹⁵⁸ Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “de acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando [...] a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato”. *In: Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 369-370.

¹⁵⁹ *Idem, ibidem*.

¹⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, C.A., *Curso... op. cit.*, p. 480.

Os motivos devem aparecer como premissas donde se extraia logicamente a conclusão, que é a decisão. Se há contradição entre a fundamentação e a decisão, essa incongruência não pode deixar de influir na validade do acto [...] quando a lei exige que o acto seja fundamentado é porque entende deverem ser conhecidas as razões da decisão. Ora, se os motivos invocados não explicam a decisão tomada e até porventura implicariam uma atitude contrária, não pode considerar-se satisfeita a exigência legal.¹⁶¹

Miguel Sánchez Mórón comunga da mesma opinião, considerando que “la inexistencia o inexactitud de los hechos sobre los que la Administración funda una decisión discrecional constituye un error de hecho, determinante de la invalidez de la decisión”.¹⁶² Portanto, considera o autor a influência da vontade psicológica no exercício da discricionariedade, eis que admite a existência de erros de fato hábeis ao reconhecimento da ilegitimidade do ato e ao controle judicial.

O objeto (conteúdo) do ato também apresenta especificidades diante da discricionariedade e da vontade do agente, tanto no que se refere à certeza e à legalidade do ato administrativo, quanto ao fim imediato visado pela prática deste.

Assim, definido o fim a atingir (finalidade mediata, vinculada) a lei autoriza o agente competente a deduzir dele, segundo o seu critério em cada caso, as formas de ação e os modos de agir.

A Administração age conforme o querer interno, possuindo liberdade de apreciação de certos pressupostos, conveniência de agir ou de se abster e eleição do objeto.

No entanto, tal discricção deve ser exercida por meio de ponderação cautelosa e equilibrada de todas as circunstâncias e razões dignas de influenciar na resolução livre.¹⁶³

Ademais, a escolha do fim mediato (conteúdo) deve obedecer aos demais elementos vinculados do ato, entre eles a finalidade, que deve sempre visar o interesse público e o atingimento das necessidades públicas mais relevantes naquele espaço de competência e tempo da atuação. Há, portanto, uma óbvia limitação da vontade do executor.

O objeto do ato pode, ainda, servir de constatação material para uma hipótese bastante consagrada de ilegalidade no ato administrativo, o desvio de

¹⁶¹ CAETANO, M., *Manual... op. cit.*, p. 479.

¹⁶² A inexistência ou inexatidão dos fatos sobre os quais a Administração fundamenta uma decisão discricionária constitui erro de fato, determinante da invalidez da decisão. MORÓN, Miguel Sánchez. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 132.

¹⁶³ CAETANO, M. *Manual... op. cit.*, p. 485.

finalidade, o qual é influenciado pelo querer interno do agente, que o faz eleger conteúdo ilegítimo à atribuição que lhe é conferida.

A propósito da eleição de determinado conteúdo para atingimento de finalidade diversa, diz Eduardo García de Enterría que “os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade; são poderes funcionais, outorgados pelo ordenamento em vista de um fim específico”.¹⁶⁴ Comungando da mesma opinião, exemplifica Celso Antônio Bandeira de Mello:

Se o agente tem competência para remover um funcionário e possui também competência para suspendê-lo, não pode removê-lo com a finalidade de puni-lo, pois o ato de remoção não tem finalidade punitiva. Se quiser punir, deverá valer-se de um ato previsto no sistema legal punitivo.

No desvio de finalidade, o agente exerce a sua competência mediante a prática de ato cujo conteúdo não visa atingir a finalidade projetada para o exercício da função, podendo ocorrer tanto quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público¹⁶⁵, v.g. o agente utiliza sua função para beneficiar a atividade comercial de um amigo, quanto quando o agente busca uma finalidade alheia à categoria do ato que utilizou, conforme o exemplo acima apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello.

O querer interno do agente é relevante no desvio de finalidade. A concepção mais consagrada do desvio de poder ocorre quando o agente utiliza sua função com vontade inadequada, denominada “móvel” por boa parte da doutrina, isto é, quando a vontade psicológica do agente se dirige à satisfação pessoal.¹⁶⁶

No entanto, a vontade psicológica do agente pode se dirigir ao interesse público e da mesma forma praticar ato com desvio de finalidade, conforme acima averbado.

Nessa hipótese, o querer interno do agente é maculado pelo erro, fazendo-o supor que o conteúdo eleito era adequado à busca do resultado visado e, assim, haver praticado o ato objetivando alcançá-lo pela via de finalidade mediata ilegítima. A vontade do agente deixa de dolosamente almejar o desvio de finalidade, para nele incorrer por erro. Esta é a concepção de André Gonçalves Pereira:

¹⁶⁴ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, 4ª ed., t. I, Madrid: Civitas, 1983, p. 442. *Apud* BANDEIRA DE MELLO, **Curso... op. cit.**, p. 371.

¹⁶⁵ CAETANO, M. **Manual... op. cit.**, p. 487.

¹⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, C.A., **Curso... op. cit.**, p. 373.

Todo o acto administrativo [...] tem a sua origem imediata num processo psicológico do agente administrativo; esse processo consiste em o agente, através da ponderação dos comandos legais, dos pressupostos, dos motivos e de razões de política administrativa, tomar a decisão de praticar determinado ato. Quando este acto se revela ilegal, e surge ferido de um vício, podemos considerar duas hipóteses no que se refere à causa psíquica do acto – e a ilegalidade será então intencional ou não-intencional.¹⁶⁷

Portanto, é a discricionariedade conferida ao ato administrativo que subsume a vontade psicológica do agente como a determinante do ato que lhe imprime o sentido peculiar, eis que, nesta hipótese, a análise detida do querer interno do agente é hábil a verificar a validade do ato praticado.

No entanto, é imperioso reconhecer que a ilegalidade do ato oriunda de vontade dolosa do agente em desviar a finalidade pública, por mais gravosa do que aquela cuja origem é erro de fato ou de direito - nem tanto pela consequência jurídica do ato em si, eis que ambos são ilegítimos, mas principalmente em decorrência da má-fé do agente público -, merece análise e controle destacado, uma vez que atuações anômalas deste quilate violam frontalmente o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, é importante aquilatar a mácula na vontade psicológica do agente, isto é, se originária de erro de direito ou de fato ou se viciada pelo dolo.

¹⁶⁷ GONÇALVES PEREIRA, A., *Erro... op. cit.*, p. 153-154.

5 CONCLUSÃO

O ato administrativo é essencial ao Estado Democrático de Direito, eis que a Administração Pública, atuando mediante tais atos jurídicos, é responsável pela prática e fiscalização dos serviços públicos, bem como pelo exercício do poder de polícia.

Para que a Administração Pública atinja adequadamente suas finalidades precípuas, é preciso discutir e analisar constantemente as formas através das quais as suas atividades se desenvolvem, haja vista que as necessidades públicas, naturalmente cambiantes, estão sempre a exigir novas participações dos agentes responsáveis pelo exercício da função administrativa, as quais nem sempre se satisfazem com a estrita malha das disposições positivas.

Nesse sentido, este trabalho permitiu o estudo de dois momentos relevantes a esta discussão, quais sejam, a relação do ato administrativo com a teoria geral do ato jurídico e a influência da vontade no ato administrativo.

O primeiro constatou que a generalidade da teoria geral do ato jurídico constitui suporte nuclear para o ato administrativo, importante para compreender as especificidades do ato administrativo e o sentido de algumas prerrogativas, aquilatando, ainda, a presença de uma vontade coletiva (normativa) no elemento cerne de todo ato jurídico administrativo.

Quanto à influência da vontade (psicológica dos agentes responsáveis pela prática do ato), o estudo demonstrou que, por maior objetividade que possua a atuação administrativa, mesmo com todo o esforço realizado a fim de tornar a atividade do agente público a mais regrada possível, subsiste uma forte carga de discricionariedade na maioria dos atos praticados e, nestas hipóteses, a presença da vontade do agente responsável pelo ato.

Quando do estudo da função administrativa e do regime jurídico administrativo salientamos a influência dos princípios constitucionais na Administração Pública, demonstrando a presença salutar do dever administrativo e do respeito ao ordenamento jurídico como todo, o qual certamente vincula a atuação administrativa em todos os seus aspectos.

Por outro lado, o estudo da teoria geral do ato jurídico permitiu a formulação de uma situação antitética bastante interessante, eis que esta teoria está predominantemente voltada ao direito privatista e às relações de mera compatibilidade com o direito positivo. A prática de ato com vigor jurídico, isto é, aqueles onde subsista manifestação ou declaração de vontade relevantes ao direito, possuem este componente de liberdade, que é de boa monta contraposto ao regime jurídico administrativo.

Assim, o estudo crítico do ato administrativo que diretamente o relacione com a teoria geral do ato permite fazer a coalizão de duas idéias a princípio antagônicas, quais sejam, aquelas do direito privado e do público, da qual se torna possível analisar a influência da vontade no ato administrativo, sintetizando esta relação às especificidades da Administração Pública, à sua função e ao regime que lhe é peculiar.

Ora, embora constitua indelével desejo de todos aqueles que buscam um efetivo Estado Democrático de Direito reduzir o tanto quanto possível a carga de poder daquele que exerce as funções estatais, este poder continua essencialmente subsistente.

Evidente que a atuação do agente público constitui dever e não poder, conforme explicitado à exaustão pelos maiores expoentes do Direito Administrativo atual. No entanto, a atuação anômala e os vícios dos atos administrativos são uma constante diária de muitos daqueles que detêm o exercício de funções públicas, demonstrando o quanto um querer interno desvirtuado do sentido da função administrativa pode influenciar o ato administrativo.

Ainda, durante a realização da pesquisa, alguns temas laterais foram abordados, os quais permitem algumas conclusões hábeis a compreender a atuação da Administração Pública, as prerrogativas que gozam na prática dos atos administrativos, bem como a influência da vontade nestes atos. Apresentamos aqui algumas destas conclusões:

1. A Administração Pública constitui o modo de gerir a sociedade, sendo atividade tipicamente vinculada (execução concreta dos comandos abstratamente previstos, ao menos predominantemente vinculados), ligada a princípios e outros comandos normativos, eis que Estado e Governo, isoladamente considerados, não possuem instrumentos para agir concretamente.

2. A Constituição Federal, ápice do ordenamento jurídico nacional, consagra o Estado Democrático de Direito, proporcionando a participação dos cidadãos nas decisões e garantindo direitos fundamentais, mediante regras e princípios que regulam o comportamento da Administração, a qual está submetida a regime jurídico próprio que lhe impõe a atuação em relação de conformidade com o ordenamento.

3. As prerrogativas da Administração pública estão vinculadas ao cumprimento de seus deveres, eis que a atuação administrativa é instrumental, atribuída com o intuito de realizar as finalidades legais.

4. O ato administrativo advém do ato jurídico em sentido estrito, conforme formulado pela teoria geral do direito, constituindo o ato humano volitivo elemento cerne deste ato jurídico.

5. Todo ato jurídico possui manifestação e declaração de vontade, que são institutos da teoria geral do direito correspondentes à liberdade de ação, conforme consagrado constitucionalmente no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, sendo comportamento inerente a todas as pessoas.

Assim, as pessoas jurídicas também atuam mediante manifestação ou declaração de vontade, dando azo à vontade coletiva, que corresponde à vontade oriunda da junção das concepções psicológicas das pessoas físicas envolvidas e as regras estabelecidas para a formulação desta vontade dita coletiva.

6. Este sentido de vontade extraído da teoria geral do direito se contrapõe às concepções anteriormente consagradas inerentes à função administrativa, quais sejam, vinculação e atuação conforme o ordenamento (legalidade ampliada), fornecendo ao ato administrativo um relacionamento peculiar com a vontade.

Dessa forma, surge a vontade normativa, a qual corresponde à manifestação ou declaração de vontade disposta pelo ordenamento jurídico, substituindo, quando diante da completa vinculação, eventual vontade psicológica do agente, o qual tem o dever de agir conforme estabelecido abstratamente.

7. Os atos administrativos em que o ordenamento jurídico confere ao administrador discricionariedade em alguns de seus elementos, a fim de permitir a consecução de finalidades públicas, consagra, ainda, a presença da vontade psicológica do agente no ato, a qual interfere na solução discricionária adotada.

Nesse sentido, o motivo exposto pelo agente como suporte fático à prática do ato administrativo deve corresponder à realidade dos fatos, sendo também suficiente, sob pena de ilegitimidade do ato. Mesmo atos em que o motivo não se

apresente como necessário, quando motivado, vincula esta motivação, eis que o querer interno do agente deve corresponder a um querer legítimo perante o ordenamento e possuir pressuposto de fato efetivamente existente no mundo fático.

8. A vontade psicológica exercida na discricionariedade do ato administrativo é importante elemento para a constatação de anomalias nos atos praticados, como o abuso de competência e o desvio de finalidade, sendo fundamental para a constatação da existência de dolo, erro de direito ou erro de fato, todos inválidos perante o ordenamento jurídico, mas com sentido de gravidade diverso, a qual é importante para eventual convalidação do ato e responsabilização do agente.

Dessa forma, a vontade merece estudo diante do ato administrativo, pois é esta a responsável pela condição mais relevante conferida à Administração Pública, o exercício discricionário incidente em muitos atos administrativos praticados.

É, pois, a vontade do agente responsável pela prática do ato elemento fundamental para a determinação da validade dos atos administrativos exercidos com competência discricionária, uma vez que a discricção do agente é engendrada pelo seu querer interno, sendo este importante componente que vincula a discricionariedade.

Eis o porquê de um querer interno incompatível com a realidade fática determinar a ilegitimidade do ato independentemente de eventual discricção do motivo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, ROBERT. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____; DALLARI, Adilson Abreu; CAMMAROSANO, Márcio. *et. al.* **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 4. ed. Brasília: Editora Unb.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Tomo I. 10. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

_____. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos atos administrativos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1973

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do ato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____ **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GARRIDO FALLA, Fernando. **Las transformaciones del régimen administrativo**. 2. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

_____ **Tratado de derecho administrativo**. v. I. 9. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

GONÇALVES PEREIRA, André. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. *In* Coleção Jurídica Portuguesa, v. XXII. Edições Ática.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LIMA, Rui Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

MALACHINI, Edson Ribas. **Ato Administrativo**. Curitiba: Juruá, 1990.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORÓN, Miguel Sánchez. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

RAÓ, Vicente. **Ato jurídico: pressupostos, elementos essenciais e acidentais: o problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIEIRA, José Roberto. Princípio da Legalidade, *in* Princípios Constitucionais e Estado de Direito, *in* **Revista de Direito Tributário nº 54**, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1990.