

«ATO ADMINISTRATIVO

(Conceito e elementos)»

por

EDSON RIBAS MALACHINI

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, no curso de Pós-Graduação em Direito, pela Comissão formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Fernando Andrade de Oliveira

Prof.

Prof.

ATO ADMINISTRATIVO

(Conceito e elementos)

SUMARIO

<i>Palavras preliminares</i>	III
1. Estado de direito e ato administrativo.....	1
2. Extensão do conceito (regulamento e contrato).....	5
3. Predominância do ato unilateral.....	16
4. Atos unilaterais que dependem do consentimento do interessado - opinião de Fritz Fleiner.....	23
5. <i>Idem</i> - opinião de Michel Stassinopoulos.....	27
6. Contrato administrativo: ato administrativo <i>lato sensu</i>	37
7. O ato jurídico como conceito da teoria geral do direito.....	40
8. Atos da administração e ato administrativo.....	46
9. Definições de ato administrativo.....	56
10. Ato administrativo: <i>ponte</i> entre a lei e o cidadão.....	60
11. Ato administrativo e fixação do direito (sentença).....	63
12. Critério de distinção entre ato administrativo e sentença.....	67
13. Traço característico do ato administrativo: a vinculação bilateral.....	73
14. Ato administrativo e coisa julgada.....	79
15. Noção de <i>revogação</i> do ato administrativo.....	84
16. Revogabilidade do ato administrativo.....	94
17. A noção de totalidade ou estrutura.....	105
18. O ato administrativo como totalidade ou estrutura.....	117
19. Elementos do ato administrativo.....	120
20. Os elementos são o <i>conteúdo</i> e a <i>forma</i>	130

21. «Pressupostos» ou <i>requisitos</i> de validade? Cau- sa.....	136
22. Forma e formalidades.....	147
23. Conteúdo do ato. Manifestação de vontade, «suporte fático» (<i>Tatbestand</i>), negócio jurídico.....	159
24. Conteúdo e declaração de vontade.....	176
25. Manifestação de vontade: elemento essencial do ato administrativo, como <i>núcleo</i> de seu conteúdo.....	183
Bibliografia.....	195

Palavras preliminares

O presente ensaio tem propósito modesto. Não visa esgotar o tema do ato administrativo, em seus múltiplos aspectos. Não analisa, por exemplo, a questão, por si só merecedora de monografia, da discricionariedade do ato. Faz-lhe apenas referências, no que esse aspecto do agir administrativo se relaciona com o *conceito* do ato e com seus elementos, como, por exemplo, quando examina o elemento *declaração de vontade*, ou quando lhe estuda a revogabilidade. Também não apresenta uma classificação do ato administrativo (o que, aliás, nos parece de importância secundária), nem examina as regras sobre o começo de sua eficácia e os fatores que podem nela influir (como o termo, a condição, o encargo), ou o procedimento para sua criação (competência, formas). O problema, assaz delicado, da revogabilidade do ato administrativo, mereceu-nos algumas considerações, em referência com o da coisa julgada, porque esses aspectos se relacionam, muito de perto, ao próprio *conceito* do ato.

Preocupou-nos sobretudo fixar, com a possível precisão, o verdadeiro conceito do ato administrativo, em seus elementos, e o significado mais genuíno de cada um desses. Mereceu-nos exame especial a

discutida e sutil questão da vontade — materializada em sua *declaração* (espécie do gênero *manifestação*) — como elemento essencial do ato jurídico administrativo (como vontade normativa). Mas, aqui, nota-se no estudo uma orientação sempre presente, qual seja a de não ver o ato em uma concepção atomizada, como a mera soma dos elementos que o compõem, mas como *unidade* (como «totalidade» ou «estrutura»); e nessa concepção unitária do ato administrativo percebe-se igualmente a preocupação constante de pensá-lo como espécie do gênero *ato jurídico*, segundo a visão sistemática que proporciona a *teoria geral do direito*.

Sabemos que é pouco, muito pouco. Mas preferimos sacrificar a extensão ao aprofundamento no exame das idéias e das questões. (*Non multa, sed multum.*) Preferimos a dimensão vertical à linear. Conhecidas nossas limitações, essa foi a opção — nesta incursão pela rica, extensa e multifacetada seara do Direito Administrativo, de quem se tem dedicado até hoje, precipuamente, ao estudo do Direito Processual Civil, mas foi atraído pelo extraordinário significado do ato administrativo no contexto do *Estado de direito* —, que fizemos. Resigna-nos apenas o pensamento de que a precisão dos conceitos, das idéias fundamentais relativas a cada instituto jurídico, é condição *sine qua non* para que se possa, a partir daí, ir mais longe; construindo-se, no caso, a partir de fundações sólidas, o edifício majestoso do ato administrativo — pilar básico, por

sua vez, da ciência do Direito Administrativo ____, com seus vários compartimentos. Assim como, aqui como no campo do ato jurídico em geral ____ mas particularmente aqui, ante a relevância dos *motivos* e do *fim* do ato administrativo ____, há o iniludível «encadeamento dos pressupostos e do fim de uma ação», no dizer de Jöhr,* pode-se dizer que um bom ponto de partida é condição essencial para uma viagem segura. Não se pode ir longe, no estudo dos vários aspectos em que se desdobra o rico filão do ato administrativo, sem ter dele um conceito verdadeiramente preciso e meditado, situando-o inclusive no contexto da teoria geral do direito. Dar-nos-emos por recompensados, com este apoucado ensaio, se ele despertar a atenção para isso dos que se iniciam, como nós, no estudo do Direito Administrativo e do ato que é, pode-se dizer, o seu cerne, fartamente desenvolvido por fecunda elaboração doutrinária e jurisprudencial. Nem a mera tentativa terá sido vã. *Feci quod potui, faciant meliora potentes.*

Curitiba, março de 1989.

Edson Ribas Malachini

* *Eine «Verkettung von Voraussetzung und Zweck einer Handlung»* (apud Afonso Rodrigues Queiró, *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo* [cf. nº 18, nota 250, e nº 21, nota 294, *infra*]).

1. Estado de direito e ato administrativo

«O ato administrativo, tomado em seu sentido mais geral, precede, do ponto de vista histórico, toda outra manifestação estatal. Um Estado poderia existir sem leis nem juizes, mas não sem administração; porque a administração é a ação vivificante que completa sua vida, como para o homem a vida não consiste somente em vontade e em pensamento, mas precipuamente em ação (1).

«Essa supremacia natural e lógica da administração, em relação às outras funções do Estado, explica a posição preponderante que ela conservou durante um longo período, na vida do Estado. Durante esse período, a função executiva constituía a manifestação mais intensa da atividade do Estado e tendia, muito freqüentemente, a se apropriar do conteúdo mesmo do poder público. Ademais, ela não era em princípio suscetível de nenhum controle jurisdicional (2).

«A transformação de um tal Estado policial em um Estado no qual o poder executivo está submetido à lei (esta estando imposta a todas as outras funções estatais) efetuou-se por etapas sucessivas, dependentes

1. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1929, pág. 612 [cit. por Michel Stassinopoulos, *op. cit.* na nota 4, *infra*, nt. 1].

2. Laband, *Deutsches Reichstaatsrecht*, 1919, pág. 149 [*id.*, *ib.*, nt. 2].

das condições históricas e políticas de cada país. O fato de que foi a justiça a primeira a submeter-se à lei é o traço característico dessa evolução. Os tribunais julgavam já desde muito tempo "segundo a lei", subordinando-lhe as decisões individuais, à época em que o poder executivo, formando um agrupamento de autoridades policiais, não se considerava ainda jungido por ela.

«A submissão do executivo à lei não se realizou senão com o advento do Estado de direito. Desde então, a ação do executivo toma, pela primeira vez, o nome de "ato administrativo" e adquire um interesse jurídico especial, tornando-se objeto de um novo ramo de direito público, o direito administrativo» (3).

3. *«L'acte administratif, pris dans son sens général, devance, au point de vue historique, toute autre manifestation étatique. Un État pourrait exister sans lois ni juges, mais point sans administration; car l'administration est l'action vivante qui complète sa vie, comme chez l'homme la vie ne consiste pas seulement en volonté et en pensée, mais tout premièrement en action.»*¹

*Cette suprématie naturelle et logique de l'administration, par rapport aux autres fonctions de l'État, explique la position prépondérante que celle-ci a conservée pendant une longue période, dans la vie de l'État. Pendant cette période, la fonction exécutive constituait la manifestation la plus intense de l'activité de l'État et tendait, très souvent, à s'approprier le contenu même de la puissance publique. En outre, elle n'était en principe susceptible d'aucun contrôle juridictionnel.»*²

La transformation d'un tel État policier en un État dans lequel le pouvoir exécutif est soumis à la loi (celle-ci c'étant imposée à toutes les autres fonctions étatiques), s'est effectuée par étapes successives dépendant des conditions historiques et politiques de chaque pays. Le fait que la justice fut soumise la première à la loi, est le trait caractéristique de cette évolution. Les tribunaux jugeaient déjà

Essas expressivas palavras, com que Michel Stassinopoulos abre o seu *Traité des Actes Administratifs* (4), situa bem essa matéria no contexto do Estado de direito, sem o qual não pode compreender-se. De fato, a teoria do ato administrativo está toda ela informada, e, mais do que isso, fundada, no princípio da legalidade, vigente unicamente naquele que se convencionou chamar *l'état de droit*, *Rechtsstaat*.

Não é outra coisa, em substância, o que nos diz Otto Mayer: «O regime de direito (*Rechtsstaat*) aperfeiçoa-se em virtude do ato administrativo, o qual, com sua força obrigatória, está situado dentro das relações a regular entre o Estado e o súdito. Desconhecido pelas idéias que caracterizavam o regime de polícia, o ato administrativo, que não é nem uma sentença nem um ato de gestão, deve estudar-se em sua natureza particular, se se deseja compreender o direito administrativo moderno, porque esse direito está dominado por ele» (5).

depuis longtemps "selon la loi", lui subordonnant les décisions individuelles, à l'époque où le pouvoir exécutif, formant un groupement d'autorités policières, ne se considérait pas encore comme lié par la loi.

La soumission de l'exécutif à la loi ne se réalisa qu'avec l'avènement de l'état de droit. Dès lors, l'action de l'exécutif prend, pour la première fois, le nom d'"acte administratif" et acquiert un intérêt juridique spécial, devenant l'objet d'une nouvelle branche de droit public, le droit administratif».

4. Atenas, 12 edição, 1954, § 12, I, pág. 17.

5. «El regimen del derecho (*Rechtsstaat*) se perfecciona en virtud del acto administrativo, el cual, con su fuerza obligatoria, está ubicado dentro de las rela-

E que o Direito Administrativo moderno esteja dominado pela noção do ato administrativo, como disse o grande publicista alemão, é, pode-se dizer, idéia já incorporada à *communis opinio doctorum*. «O tema central do Direito Administrativo moderno é, sem dúvida, constituído pela teoria do ato administrativo», afirma Marcelo Caetano (6). «O tema dos atos administrativos assume, na teoria geral, fundamental importância», assevera por sua vez Guido Zanobini (7), enquanto Stassinopoulos, no *avant propos* de seu *Tratado* (8), diz que este foi motivado pela constatação de que «o ato administrativo constitui uma das noções cardeais do direito administrativo». Daí concluir, entre nós, em obra recente (9), José Cretella Júnior, que «não é exagero afirmar-se que o ato administrativo constitui noção fundamental do direito administrativo».

ciones a regular entre el Estado y el súbdito. Desconocido por las ideas que caracterizaban al régimen de policía, el acto administrativo, que no es ni una sentencia ni un acto de gestión, debe estudiarse en su naturaleza particular, si se desea comprender el derecho administrativo moderno, porque este derecho está dominado por él» (Derecho Administrativo Alemán, tradução da edição da versão francesa escrita pelo próprio autor, de 1903, por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, 1947, § 80, pág. 125).

6. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo*, 12ª edição, Rio de Janeiro, 1977, nº 45, pág. 106.

7. *Corso di diritto amministrativo*, 6ª edição, Milão, 1950, I, pág. 195.

8. *Op. cit.*, pág. 1.

9. *Direito Administrativo Brasileiro*, 12ª edição, 1983, I, nº 147, pág. 235.

2. Extensão do conceito (regulamento e contrato)

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

Esclareça-se, primeiramente, com Stasinopoulos, que na França utilizou-se pela primeira vez o termo «ato administrativo» na lei «*du 16 fructidor, an III*» (3 de setembro de 1795), que proibiu aos tribunais de conhecer «dos atos de administração de qualquer espécie»; e que no presente utiliza-se, seja do termo «ato administrativo» (Jêze, Duguit), seja do termo «decisão executória» (Hauriou, Waline) (10).

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

10. *Traité*, cit., § 20, I, nota 4, pág. 22.

Preliminarmente temos de dizer se aí incluiremos, principalmente, os *regulamentos* e os *contratos administrativos*. Excluem-nos da noção, por exemplo, Marcelo Caetano e Zanobini. Diz o primeiro que «ato administrativo, para se distinguir das normas regulamentares tem, pois, de ser definido por visar a *produção de efeitos jurídicos num caso concreto*» (11); que «os atos bilaterais são, pois, uma categoria distinta do ato administrativo e não uma espécie deste» (12); e que quando se diz, na sua definição, que o ato administrativo é a «conduta voluntária de um órgão da Administração», «logo se inculca estarmos perante um *ato unilateral*» (13). Daí a definição, que apresenta, do ato administrativo como «conduta voluntária de um órgão da Administração que, no exercício de um poder público e para prossecução de interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos jurídicos num caso concreto» (14).

E o segundo, omitindo qualquer referência aos contratos administrativos no capítulo em que cuida da noção e dos elementos do ato administrativo, analisando sua definição desse — «qualquer declaração de vontade, de desejo, de conhecimento, de juízo, feita

11. *Princípios*, cit., nº 51, pág. 119.

12. *Idem*, nº 46, pág. 109.

13. *Idem*, nº 50, pág. 116.

14. *Idem*, nº 53, pág. 121.

por um sujeito da administração pública, no exercício de um poder administrativo» (15) — , esclarece que a exigência de que o sujeito (agente da Administração) deve fazer a declaração «no exercício de um poder administrativo», tem, entre outros efeitos, o de excluir do campo dos atos administrativos aqueles atos que possam ser praticados pela Administração Pública no exercício de uma função legislativa ou jurisdicional: assim os atos que, tendo embora a eficácia formal dos atos administrativos, «correspondem substancialmente à função legislativa, ou seja, os regulamentos». Observa que alguns autores, como Ranelletti (16), consideram esses como «atos administrativos gerais» e os incluem, assim, entre os atos administrativos; mas afirma crer, ao contrário, que eles fogem a essa categoria, «porque não representam o exercício de um poder administrativo, mas de um poder legislativo, conquanto próprio de órgãos administrativos». E adita, em nota, que Santi Romano (17), com a própria definição do ato administrativo, em que fala em declaração «especial», exclui que possam ser atos dessa espécie os regulamentos e em geral «as normas jurídicas» emanadas do Poder Exe-

15. «... qualunque dichiarazione di volontà, di desiderio, di conoscenza, di giudizio, compiuta da un soggetto della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa».

16. *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7ª edição, Milão, 1945, pág. 2 [cit. por Zanobini, *loc. cit.* na nota 18, *infra*].

17. *Corso di diritto costituzionale*, 7ª edição, Pádua, 1943, pág. 244 [*id.*, *ib.*].

cutivo (18).

«Na maioria dos casos (19), ao atender aos próprios interesses ou aos interesses dos administrados, a Administração age unilateralmente, sem consultar a vontade dos destinatários da medida, cidadão (20) ou

18. *Corso*, cit., págs. 197-8. Ernst Forsthoff afirma que o ato administrativo se dirige a um caso particular concreto, determinado, ao qual regula ou dá forma, não contendo regras gerais; que é um conceito teleológico, que tem de servir a certos fins, não constituindo nenhuma vantagem que esse conceito se estenda ilimitadamente, incluindo-se nele «os atos jurídicos de execução de normas de direito específicas e com estrutura própria» (*Tratado de Derecho Administrativo*, Madri, 1958 [tradução, por Legaz Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge, do *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*], págs. 284-5).

Nesse sentido, entende Juan Carlos Cassagna que «é mais conveniente limitar a noção de ato administrativo aos atos de alcance individual, em razão de que eles traduzem o exercício da função administrativa, em sentido material ou objetivo» [«... resulta más conveniente limitar la noción de acto administrativo a los actos de alcance individual, en razón de que ellos traducen el ejercicio de la función administrativa, en sentido material u objetivo»]; e que «diversamente o regulamento, consistindo no ditame de normas gerais, implica sempre numa atividade materialmente legislativa, cuja regulação se encontra submetida a princípios específicos» [«En cambio el reglamento, en cuanto importa al dictado de normas generales, implica siempre una actividad materialmente legislativa cuya regulación se encuentra sometida a principios específicos»] (*El acto administrativo*, Buenos Aires, 2ª edição, sem data, pág. 101). E acrescenta, em nota (*ibidem*, pág. 102, nt. 141), que «na realidade quase todos os autores reconhecem, de alguma maneira, que o regulamento traduz o exercício da função legislativa (em sentido material)» [«En realidad casi todos los autores reconocen de alguna manera que el reglamento traduce el ejercicio de la función legislativa (en sentido material).»]. Cf. *op. cit.* pág. 107.

19. Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 4.a edição, 1949, vol. II, pág. 169 [cit. por Cretella Júnior, *loc. cit.* na nota 23, *infra*].

20. Miguel Ángel Berçaitz, *Teoria General de los Contratos Administrativos*, 1952, pág. 4; 2ª ed., 1980,

agente administrativo, atingidos pelos efeitos do ato» — escreve Cretella Júnior, para acrescentar: «O traço da *unilateralidade* é tão típico dos pronunciamentos da Administração que leva ao investigador a identificar *ato administrativo* com *ato unilateral*, excluindo os denominados *atos bilaterais* (21), que constituem os contratos». E lembra, em nota, a afirmação de Fragola (22), de que «todos os atos administrativos são unilaterais» (23).

Nesse sentido, André de Laubadère observa que «o *ato unilateral* é característico do direito público, repousando o direito privado sobre a técnica do acordo de vontades» (24). E Rivero também faz notar que «o ato unilateral ocupa, em direito administrativo, lugar muito mais considerável do que em direito privado; sob a forma da *decisão executória*, ele constitui o modo de ação normal da administração» (25).

pág. 2 [*id.*, *ib.*].

21. Velasco Calvo, *El Acto Administrativo*, 1929, págs. 15 e 129 [*id.*, *ib.*].

22. *Gli atti amministrativi*, 1952, pág. 87 [*id.*, *ib.*].

23. *Dir. Adm. Bras.*, cit., I, nº 161, pág. 255.

24. «L'acte unilatéral est caractéristique du droit public, le droit privé reposant sur la technique de l'accord de volontés» (*Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1958, nº 307-bis, pág. 166).

25. Conquanto acrescente: «não obstante, o procedimento contratual é frequentemente utilizado por ela, seja ao firmar contratos ordinários, seja ao recorrer ao regime jurídico particular dos *contratos administrativos*». [*L'acte unilatéral occupe, en droit administratif, une place beaucoup plus considérable qu'en droit privé;*

A esse propósito, comenta Fritz Fleiner (26) que, como denotam os exemplos por ele indicados (entre os quais os contratos entre o expropriante e o expropriado sobre o montante da indenização de expropriação), o legislador permite recorrer ao contrato, por exemplo, quando a conclusão de um ato jurídico dessa espécie propicia evitar certas dificuldades técnicas especiais ou complicações particulares do procedimento, que são inerentes à regulamentação unilateral das relações de direito em questão. E a seguir, sobre a preponderância, acima aludida (27), do ato uni-

sous la forme de la décision exécutoire, il constitue le mode d'action normal de l'administration; néanmoins, le procédé contractuel est fréquemment utilisé par elle, soit qu'elle passe des contrats ordinaires, soit qu'elle recoure au régime juridique particulier des contrats administratifs» (Droit administratif, 1960, n° 81, pág. 76).] Cf. Fleiner, nota 27, infra.

Também Ernst Forsthoff afirma: «O ato administrativo é uma declaração soberana unilateral. Por isso não compreende as regulações de Direito público em que intervêm várias partes ou vontades. O contrato de Direito público não é um ato administrativo; sobre isso reina ampla unanimidade». [Nota 11: «Em outro sentido, Kormann, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, 1910, págs. 28 ss., que distingue entre atos administrativos unilaterais e plurilaterais.»] «No contrato de Direito público falta o fator de disposição soberana, de mandado, confirmação ou constituição unilateral». [«El acto administrativo es una declaración soberana unilateral. Por eso no comprende las regulaciones de Derecho público en que intervienen varias partes o voluntades. El contrato de Derecho público no es un acto administrativo; sobre esto reina amplia unanimidad. ¹¹ En el contrato de Derecho público falta el factor de disposición soberana, de mandato, confirmación o señalamiento unilateral» (Tratado, cit., pág. 283).]

26. *Les principes généraux du droit administratif allemand*, tradução da 8ª edição das *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*, de 1928, por Charles Eisenmann, Paris, 1933.

27. «O melhor meio de que a autoridade se serve para os

lateral sobre o bilateral na prática da administração pública, aduz estas ponderáveis considerações:

«Esse obscurecimento do contrato pela *disposição* unilateral tem duas causas. A conclusão de um contrato não é, em regra geral, possível senão à base de concessões mútuas das partes. Se o legislador permite a conclusão de um contrato, deixa à autoridade a possibilidade de tratar um cidadão melhor que outro. O contrato pode, pois, tornar-se um perigo para a igualdade jurídica. Contrariamente ao contrato, a disposição permite realizar a igualdade dos cidadãos perante a lei. Mas, além disso, e este constitui o segundo motivo de sua preponderância em direito público, a disposição assenta unicamente sobre a vontade daquele que a edita. Ele pode, em consequência, retirá-la a todo tempo. Esse fato a torna indispensável para a administração pública. O contrato obriga reciprocamente as partes a cumprir suas disposições. Quaisquer que sejam as modificações que possam ter-se produzido desde o momento em que o contrato foi concluído, o devedor deve ater-se ao que prometeu anteriormente em circunstâncias de todo diferentes, mesmo se a execução do contrato é contrária a seu interesse e compromete toda a sua existência. O Estado não pode expor seus interesses supremos a seme-

fins indicados é o ato unilateral do direito público, a *disposição*» [«*Le moyen le meilleur dont l'autorité se sert aux fins indiquées est l'acte juridique unilatéral du droit public, la disposition (Verfügungen)*» (*op. cit.*, pág. 118)]. Cf. Rivero, nota 25, *supra*.

lhantes eventualidades» (28).

Entre nós, além de Cretella Júnior (já citado), também admitem a inclusão dos contratos entre os atos administrativos Celso Antônio Bandeira de Mello (29), Seabra Fagundes (30), Hely Lopes Meirelles — este, entretanto, apresentando um conceito de ato administrativo restrito ao ato unilateral (que «é o ato administrativo típico»), já que «os atos bilaterais constituem os contratos administrativos, estudados separadamente»; e acrescentando, em nota, que «a teoria do contrato administrativo difere, portanto, fundamen-

28. *«Cet effacement du contrat derrière la disposition unilatérale a deux causes. La conclusion d'un contrat n'est, en règle generale, possible que sur la base de concessions mutuelles des parties. Si le legislateur laisse place à la conclusion d'un contrat, il laisse donc à l'autorité la possibilité de traiter un citoyen mieux qu'un autre. Le contrat peut donc devenir un danger pour l'égalité juridique. Contrairement au contrat, la disposition permet de réaliser l'égalité des citoyens devant la loi. Mais en outre, et ceci constitue le second motif de sa prépondérance en droit public, la disposition repose uniquement sur la volonté de celui que l'édicte. Il peut par suite la retirer en tout temps. Ce fait la rend indispensable pour l'administration publique. Le contrat oblige réciproquement les parties à executer ses dispositions. Quelles que soient les modifications qui aient pu se produire depuis le moment où le contrat a été conclu, le débiteur doit tenir ce qu'il a promis antérieurement dans des circonstances toutes différentes, même si l'exécution du contrat est contraire à son intérêt et compromet toute son existence. L'État ne peut pas exposer ses intérêts suprêmes à de semblables éventualités» (Les principes généraux, cit., págs. 134 e 135).*

29. *Elementos de Direito Administrativo*, 1ª edição, 3ª tiragem, 1983, ns. 9 e 10, págs. 38-9.

30. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª edição, 1979, nº 22, pág. 40.

talmente da teoria do ato administrativo» (31). Mário Masagão (32), ao tratar do ato administrativo, omite qualquer referência ao contrato; e só cuida deste ao estudar especificamente a concessão de serviço público, que considera «um contrato de direito público», disciplinado «pelo direito administrativo», ramo daquele, e quando faz esta procedente observação: «Realmente, o contrato não é figura peculiar ao direito privado. Seu conceito pertence à teoria geral do direito, e suas manifestações tanto surgem em matéria civil e comercial como no campo do direito público interno e externo» (33).

31. *Direito Administrativo Brasileiro*, 7ª edição, 1979, pág. 123.

32. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª edição, sem data, ns. 286-317.

33. *Op. cit.*, ns. 476 e 479, especialmente pág. 295 (grifo nosso).

Régis Fernandes de Oliveira, após citar, entre outras, a opinião de Ernst Forsthoff transcrita na nota 25, *supra*, conclui que «os contratos administrativos merecem tratamento especial e, portanto, justifica-se sua separação dos atos administrativos, uma vez que têm regime jurídico próprio» (*Ato Administrativo*, 2.a ed., 1985, págs. 40-3).

Sérgio de Andréa Ferreira, a seu turno, escreve: «No Direito Administrativo, os atos jurídicos recebem a denominação de atos administrativos. Há os de índole *negocial* (atos administrativos negociais), como os contratos administrativos; há os atos *não-negociais*, como as intimações. / O mais importante, no entanto, no Direito Administrativo, é fixar-se a categoria dos atos administrativos propriamente ditos, aquela classe de atos que correspondem ao desensolvimento da função administrativa nos seus sentidos formal e material, classe esta constituída pelos provimentos administrativos. / Provimento administrativo é a espécie de ato jurídico-administrativo que, enquadrando-se nos conceitos material e formal da função administrativa, tem características que a estremam da dos atos jurídicos privados, colocando-a na mesma linha da sentença e da lei. Esta espécie de ato, como podemos ver, constitui a

Já quanto aos regulamentos, os mesmos administrativistas brasileiros os incluem na categoria dos atos administrativos, chamando-os de *atos gerais*, em contraposição aos atos especiais, individuais ou particulares (34). E Seabra Fagundes tece, a respeito,

categoria mais típica de ato administrativo. Compreende atos unilaterais, isto é, atos com uma só parte-autora, no caso, órgão de pessoa de direito público». E, adiante, observa que «os atos administrativos bilaterais e multilaterais têm regime jurídico próprio» (*Direito Administrativo Didático*, 3ª edição, 1985, págs. 87-8). Cf. Carnelutti, nota 94, *infra*.

34. Bandeira de Mello, *Elementos*, cit., ns. 9 e 10, págs. 38-9; Cretella Júnior, *Dir. Adm. Bras.*, cit., nº 165, págs. 268-9; Lopes Meirelles, *D. Adm. Bras.*, cit., págs. 137-8; Seabra Fagundes, *O Controle*, cit., nº 21, págs. 37-8; Masagão, *Curso*, cit., nº 307, págs. 171-5.

Régis Fernandes de Oliveira diz que se distingue «o ato administrativo do regulamento, motivo por que não se pode incluir o regulamento no conceito estrito de ato administrativo», excluindo-o de seu estudo desse (*Ato Adm.*, cit., págs. 39-40).

Sérgio de Andréa Ferreira, conquanto, ao tratar especificamente do regulamento, observe que o exercício do *poder regulamentar* está estreitamente «vinculado ao da atividade administrativa» (*Dir. Adm. Didát.*, cit., pág. 58), ao estudar os *atos jurídico-administrativos* (em que se incluem os *atos administrativos* e os *atos administrativos stricto sensu*), ressalva: «Lembremos, uma vez mais, que estamos no campo dos atos de concretização, de individualização do Direito. Assim, os *atos regulamentares*, que também são *atos da Administração*, não são *atos administrativos*, tendo *seu regime jurídico próprio*» (*ibidem*, pág. 89); mas os inclui na «classificação dos atos administrativos em geral», que apresenta, contrapondo-os justamente aos «de concretização do Direito», acima aludidos (*ib.*, pág. 103).

Luciano Ferreira Leite, após referir o pensamento, entre outros autores, de Agustín Gordillo (*Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1974, tomo I, VIII, págs. 13-14) — de que ato administrativo é a «declaração unilateral realizada no exercício da função administrativa, que produz efeitos jurídicos individuais em forma direta»; de que «em sentido amplo, o ato administrativo seria toda declaração administrativa produtora de efeitos jurídicos e, em sentido restrito, só a declaração unilateral e individual que produzisse tais efeitos jurídicos»; e de que «a circunstância de o regulamento ter caráter administrativo e não legisla-

estas interessantes considerações: «Os atos administrativos têm, algumas vezes, finalidade geral e abstrata. Nem por isso perdem o caráter de atos de realização do direito. Constituem um primeiro degrau no movimento progressivo de concretização da norma jurídica. Através deles principia a execução da vontade do Estado. A eles sucedem outros que vêm completar a efetivação do di-

tivo não impede que se dê caráter restrito ao conceito de ato administrativo por razões didáticas e metodológicas» ____, e de Manuel Maria Diez (*El acto administrativo*, Buenos Aires, 1961, págs. 108-9) ____, que define o ato administrativo como a «declaração concreta e unilateral de um órgão da Administração ativa no exercício do poder administrativo» ____, afirma que para ele, «sem embargo da autoridade desses autores, o regulamento se constitui em modalidade de ato administrativo» (*O Regulamento no Direito Brasileiro*, 1986, nº 6, págs. 19-21), ponderando, adiante: «Os atos regulamentares constituem-se, tanto quanto as demais categorias (atos individuais quanto aos destinatários ou concretos quanto à estrutura) em comandos complementares da lei, possibilitando, ao contrário dos atos concretos, repetidas aplicações, na medida em que se reiterarem as hipóteses neles previstas». E anota (*ibidem*, nº 3, págs. 22-3), que «mesmo na doutrina estrangeira o regulamento situa-se na categoria de atos administrativos», lembrando as opiniões, entre outros, de Benoît, Garrido Falla e Merkl. Diz o primeiro que «o regulamento de execução» (existente na França ao lado dos regulamentos autônomos) «é o ato administrativo unilateral através do qual uma autoridade administrativa competente cria uma regra de caráter geral. Faz nascer uma situação jurídica nova; essa situação é geral, impessoal, objetiva, significando que ela é idêntica para todos os indivíduos, colocados nas mesmas condições de fato» (Francis Paul Benoît, *Le droit administratif français*, Paris, 1968, pág. 523; *apud* L. F. Leite, *loc. cit.*). O segundo, que «não há nenhum inconveniente em que o conceito de ato administrativo abarque tanto o ato administrativo geral como o concreto» (Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madri, 1970, vol. I, cf. cit.; *id.*, *ib.*); e o terceiro, que «os regulamentos são atos administrativos que ao pôr em execução um preceito jurídico superior, estabelecem outro preceito jurídico inferior de que resultam também obrigações e direitos» (Adolf Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, 1975 [trad. do *Allgemeine Verwaltungsrecht*, 1927]; *id.*, *ib.*).

reito — os atos administrativos especiais. Uns e outros se integram compondo o trabalho de execução da lei, que não existirá completo enquanto os atos administrativos gerais (elemento parcial da execução) não forem acrescentados dos atos administrativos especiais (fase complementar da execução). Os atos gerais apenas principiam o trabalho criador das situações jurídicas individuais» (35).

3. Predominância do ato unilateral

Michel Stassinopoulos dedica seu *Tratado* ao ato administrativo *individual* (é desse, aliás, a definição que dá no §. 4º [36]); e conquanto diga que «a administração pode emitir atos, seja individuais seja regulamentares», enfatiza que «o ato administrativo de-

35. *Op. cit.*, nº 21, nota (21) ¹. Cf. Sérgio de Andréa Ferreira, *Dir. Adm. Didát.*, cit., págs. 89-90: «Uma outra observação relevante é a que assinala a concretização progressiva da realização da atividade administrativa, dentro do que estabelecem as Constituições e as leis. / A atividade administrativa parte, em geral, da edição de normas regulamentares, passando à prática dos atos jurídicos administrativos e chegando aos fatos administrativos, inclusive atos materiais. Assim, p ex., dentro do que estabelecem as normas sobre saúde pública, são expedidos os regulamentos sanitários. Diante da contrariedade às respectivas determinações, por um certo estabelecimento comercial, a autoridade administrativa pratica o ato administrativo, interditando-o. O fato administrativo correspondente é o ato material de fechamento das portas do estabelecimento».

36. *Op. cit.*, pág. 37.

termina o direito pela aplicação da lei ao caso concreto ou individual. O caráter individual é próprio do ato administrativo, porque a tarefa do administrador consiste em executar e não em formar a regra de direito. Assim, numa separação absoluta das funções, o ato administrativo deveria apoiar-se diretamente na lei formal e individualizar a regra que essa contém sem passar pelo ato intermediário regulamentar. Mas o ato regulamentar deve o seu nascimento à impossibilidade de o legislador prever e regular antecipadamente todos os casos nas diferentes condições possíveis (37). A doutrina francesa admite, com razão, que o poder regulamentar é espontâneo e historicamente anterior ao poder legislativo (38), e que existe como um poder autônomo, mesmo à margem de toda delegação da lei» (39) (40).

37. «Anschütz-Thoma, *Handbuch*, v. II p. 241. Trata-se das leis de matéria administrativa. Em direito privado, um poder regulamentar é quase inútil por causa da estabilidade das relações: Herrnritt, p. 84)». [Nota¹, pág. 62. Obs. cites: Anschütz-Thoma, *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, II, 1932; Herrnritt, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, 1921.]

38. M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 1927 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 37, *supra*, nt.2].

39. M. Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 1952, pág. 40 [*id.*, *ib.*, nt. 3].

40. «L'acte administratif détermine le droit par l'application de la loi au cas concret ou individuel. Le caractère individuel é propre à l'acte administratif, car la tache de l'administration consiste à executer et non pas à former la règle de droit. Ainsi, dans une séparation absolue des fonctions, l'acte administratif devrait s'appuyer directement sur la loi formelle et individualiser la règle que celle-ci renferme sans passer par l'intermédiaire de l'acte réglementaire. Mais l'acte réglementaire doit sa naissance à l'impossibilité du législateur de prévoir et de

E adiante, ao examinar a *natureza da função regulamentar*, adverte que «a função regulamentar pertence, do ponto de vista material, à função legislativa (41). A doutrina helênica repele em geral a teoria se-

*régler à l'avance tous les cas dans les différentes conditions possibles.*¹ La doctrine française admet, avec raison, que le pouvoir réglementaire est spontané et storiqument antérieur au pouvoir législatif², et qu'il existe comme un pouvoir autonome, même en dehors de toute délégation de la loi³» (op. cit., § 90, I, pág. 62).

41. «V. G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pág. 336. Anschütz-Thoma, *Handbuch*, v. II, ps. 125, 137 e 240. Duguit, *Traité*, v. II, p. 128. Jèze, *Pr. gén.*, v. I, p. 28. Contra: Berthélemy, *Traité*, p. 28, que admite uma distinção de fundo entre a lei e o regulamento. Hauriou, *Précis*, p. 452, admite que o poder regulamentar é um poder autônomo historicamente anterior ao poder legislativo.» [Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 43, *infra*, nt. 2, pág. 63. Obs. cites.: G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887; Duguit, *Traité du droit constitutionnel*, II, 1923; Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, I, 1925; H. Berthélemy, *Traité élémentaire du droit administratif*, 1933.]

A esse respeito convém esclarecer, com Rivero, ao analisar esse a evolução da distinção clássica entre a lei e o regulamento, que, desde logo, deveu-se reconhecer ao governo um *poder regulamentar «autônomo»*, ou seja, «o poder de regulamentar matérias que o legislador não tinha entendido dever tomar para si» [«des matières dont le législateur n'avait pas cru devoir se saisir»]. Argumenta que ao menos era possível fundá-lo na atribuição de execução *das leis* em geral, «que exige sempre um mínimo de ordem no Estado: o regulamento autônomo se justificava pela necessidade de manter em um domínio preciso essa ordem, sem a qual estaria comprometida, no seu conjunto, a execução das leis» [«qui exige toujours un minimum d'ordre dans l'État: le règlement autonome se justifiait par la nécessité de maintenir dans un domaine précis cet ordre, sans lequel eût été compromis l'ensemble de l'exécution des lois»]. Foi essa a solução consagrada pelo Conselho de Estado no aresto Labonne, de 8 de agosto de 1919 (Long, Weil, Braibant, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, pág. 146), a propósito do decreto que constituía o primeiro «Código da circulação» [«Code de la route»]: «os poderes próprios do chefe de Estado o habilitavam, quanto a esse ponto, a tomar, mesmo na ausência de lei, as medidas gerais exigidas pela segurança da circulação» [«les pouvoirs

*propres du chef de l'État l'habilitaient, sur ce point, à prendre, même en l'absence de loi, les mesures générales exigées par la sécurité de la circulation» (Droit administratif, cit., nº 48, pág. 50)]. Após a Constituição francesa de 1958 conclui-se que as autoridades governamentais são «o legislador de direito comum, no sentido de que elas têm competência para estatuir sobre todas as matérias, exceto aquelas que a Constituição classifica expressamente como de domínio da lei» [«le législateur de droit commun, en ce sens qu'elles ont compétence pour statuer sur toutes matières, hormis celles que la Constitution classe expressément dans le domaine de la loi» (ibidem, nº 53, pág. 55; cf. George Vedel-Pierre Delvolvé, *Droit Administratif*, 9ª ed., Paris, 1984, pág. 81)]. Assim, «nas matérias regulamentares, o governo goza de uma liberdade limitada somente pela Constituição e, sem dúvida, pelos princípios gerais do direito». [«Dans les matières réglementaires, le gouvernement jouit d'une liberté limitée seulement par la Constitution et sans doute les principes généraux du droit» (ib., nº 57, pág. 59).]*

Examinando também essa evolução, Luciano Ferreira Leite, referindo os arts. 21, 34, § 3º, 37 e 38 daquela Constituição, e citando Jean Claude Douence (*Recherche sur le pouvoir réglementaire de l'administration*, Paris, 1968, págs. 238 e 251), Waline (*Précis de droit administratif*, Paris, 1969, pág. 98), Rivero (*Droit administratif*, Paris, 1975) e Benoît (*Le droit adm. fr.*, cit., pág. 538), conclui, com Georges Vedel (*Droit administratif*, Paris, 1975, pág. 47), que «à luz do sistema constitucional francês, instituído em 1958, o regulamento independente da lei passou a constituir-se em "um poder normativo governamental que se exerce na forma de regulamento mas que tem a mesma força jurídica que a lei"» (*O Regulamento*, cit., nº 12.1, págs. 60-5. Cf., porém, as ressalvas feitas por Vedel-Delvolvé na 9.ª edição, antes citada, em que, inclusive ___ e de acordo com a limitação indicada por Rivero, acima ___, informa que, «no aresto de 26 de junho de 1959, *Syndicat des ingénieurs-conseils* [GA, nº 100], o Conselho de Estado teria reconhecido aos princípios gerais do direito valor supra-legislativo, de tal modo que eles se impõem ao poder regulamentar, mesmo nas matérias em que esse não é ligado ao legislador» [«le Conseil d'État aurait reconnu aos principes généraux du droit valeur supra-législative, de telle sorte qu'ils s'imposent au pouvoir réglementaire, même dans les matières où celui-ci n'est pas lié par le législateur»]). Mas, contrariamente ao que pensam alguns publicistas brasileiros, aí citados, afirma, com apoio em Afonso Rodrigues Queiró (*Reflexões sobre a Teoria do Desvio do Poder em Direito Administrativo*, Coimbra, 1940, págs. 27-8), Celso Antônio Bandeira de Mello (*Ato*

gundo a qual o poder regulamentar é um poder de natureza particular, intermeditário entre o poder legislativo e o poder executivo. Daí resulta que a lei poderia ser aplicada imediatamente por meio de um ato individual, mesmo à falta de um decreto regulamentar; a administração não tem, pois, a obrigação de emitir um regulamento (42), ressalvado o caso em que essa obrigação é formalmente imposta pela lei» (43).

Administrativo e Direitos dos Administrados, 1981, pág. 96), Geraldo Ataliba (*Revista de Direito Administrativo* nº 97, pág. 23), Celso Bastos (*Curso de Direito Constitucional*, 1978, pág. 177), Michel Temer (*Elementos de Direito Constitucional*, 1982, pág. 179), Roque Antônio Carrazza (*O Regulamento no Direito Tributário Brasileiro*, 1981, pág. 179) e Francisco Campos (*Lei e regulamento — direitos individuais*, *Rev. de Dir. Adm.* nº 80, pág. 376), ser inadmissível, no direito brasileiro, o regulamento autônomo, assim como «regulamentos de integração» e «regulamentos delegados», só havendo lugar para o «regulamento de execução, conforme expresso dispositivo constitucional (art. 81, III)» (L. F. Leite, *op. cit.*, ns. 12.2-4, págs. 66-79, e Conclusão 14, pág. 86). A Constituição aí citada é a de 1969; a de 5 de outubro de 1988, porém, dispõe igualmente, no art. 84, III, que «compete privativamente ao Presidente da República: IV — sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução»; e, em lugar dos decretos-leis naquela previstos (arts. 46, V, e 55), atribui ao Presidente a edição de «medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62» (art. 84, XXVI). Por sua vez o art. 62 estatui: «Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias. / Parágrafo único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes».

42. *Conselho de Estado* helênico, 102 (1930) [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 43, *infra*, nt. 3].

43. «*La fonction réglementaire appartient, au point de vue matériel, à la fonction législative.*»² *La*

Parece-nos que tem razão o grande publicista grego, cujas idéias a respeito do ponto coincidem, substancialmente, com as de Marcello Caetano e Zanobini, antes vistas. Pensamos também que a função regulamentar tem natureza legislativa, sob o aspecto material; e quando nos dedicamos ao estudo do ato administrativo, de maneira mais aprofundada e extensa, o que nos interessa precipuamente é o ato individual; é este que, efetivamente, constitui objeto da preocupação maior dos publicistas, para precisar-lhe o contorno, os elementos, os requisitos de validade, os atributos, os efeitos.

Mas uma das características da definição de ato administrativo, dada por Stassinopoulos, é a *natureza unilateral da declaração de vontade* (44). Daí dizer, mais adiante, analisando essa idéia, que «em princípio, as pessoas morais que exercem o poder público procedem por atos estritamente unilaterais. O fato do exercício do poder público cria entre a administração e os administrados uma desigualdade que ex-

doctrine hellénique repousse en général la théorie selon laquelle le pouvoir réglementaire est un pouvoir de nature particulière intermédiaire entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

*Il en résulte que la loi pourrait être appliquée immédiatement au moyen d'un acte individuel, même à défaut d'un décret réglementaire; l'administration n'a donc pas l'obligation d'émettre un règlement³, réserve faite pour le cas où cette obligation est formellement imposée par la loi» (Stassinopoulos, *op. cit.*, § 90, II, pág. 63).*

44. *Traité*, cit., § 40, pág. 37.

clui do ato administrativo todo caráter contratual» (45). Ressalva, entretanto, que por vezes a vontade do administrado não deixa de ter certa importância quanto à formação e ao valor do ato administrativo; e que assim, segundo o grau de influência dessa vontade, poder-se-iam classificar os atos administrativos em: a) atos para cuja formação ou execução a vontade do administrado não tem nenhuma importância (p. ex.: um ato regulamentar, ou os chamados atos *gerais* — *Allgemeinverfügungen* — , como a modificação do plano de alinhamento); b) certos atos individuais aperfeiçoados sem nenhuma colaboração dos administrados, mas que não podem ser postos em vigor sem prévia notificação ao interessado; c) outros atos individuais e unilaterais para cujo aperfeiçoamento o administrado contribui por uma declaração de vontade, isto é, por um consentimento previsto pela lei; d) enfim, atos bilaterais tanto do ponto de vista da forma quanto do fundo, ou seja, contratos administrativos (46).

45. «*En principe, les personnes morales qui exercent la puissance publique procèdent par des actes strictement unilatéraux. Le fait de l'exercice de la puissance publique crée entre l'administration et les administrés une inégalité qui exclut de l'acte administratif tout caractère contractuel*» (loc. cit. na nota 46, *infra*).

46. *Traité*, cit., § 80, I, págs. 57-8.

4. Atos unilaterais que dependem do consentimento do interessado - opinião de FRITZ FLEINER

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

Já FRITZ FLEINER, muito pertinentemente, examinara o problema. Toda *disposição* — comenta ele inicialmente — deve ser levada ao conhecimento do interessado. Em sua qualidade de ato unilateral, ela não necessita da aceitação do cidadão ao qual é endereçada; tem apoio unicamente na lei. É preciso que seja recebida, mas não aceita. As disposições que, por definição ou em virtude de uma prescrição legal, não podem ser editadas senão a pedido do cidadão (por exemplo, as autorizações de policia), não perdem seu caráter de atos unilaterais. Contrariamente, tem-se a impressão de haver um ato jurídico bilateral cada vez que a lei faz depender a validade de uma disposição, editada pela autoridade, do consentimento prévio ou ulterior do interessado (e nesse caso a questão da capacidade jurídica dessa pessoa adquire importância também para o Direito Administrativo). Assim, um indivíduo não se torna em geral funcionário senão com seu consentimento; a naturalização de estrangeiros e a desnacionalização dependem, em regra, de um pedido do interessado.

Não há em todos esses casos acordo de vontades entre o Estado e o cidadão, portanto contrato? — indaga; e diz que «uma opinião extremamente difundida responde pela afirmativa», vendo nos exemplos citados contratos de direito público (47).

Essa opinião foi especialmente desenvolvida a propósito da nomeação de funcionário; mas — comenta Fleiner — não pode ser aceita. A nomeação do funcionário, como a naturalização do estrangeiro, são obra de uma disposição unilateral da autoridade, mas de uma disposição que a autoridade não pode editar senão com o assentimento do interessado. Esse assentimento — que pode também ser incluído em seu requerimento — constitui, em outros termos, uma condição legal (*condicio iuris*) da validade jurídica da disposição. O caráter unilateral de todo o procedimento aparece à plena luz — continua o douto tratadista — cada vez que a nacionalidade é conferida a um estrangeiro sem ter em atenção seu consentimento, como consequência de uma nomeação; ou quando um particular é constrangido, em virtude de uma regra legal que torna uma função obrigatória, a tornar-se funcionário. E, entretanto, não há diferença de forma, nem de natureza jurídica, nem nas consequências de direito, entre esse caso e os precedentes.

47. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reichs*, 4 vols., 5ª edição, 1911, I, pág. 446 e segs., e *Archiv für öffentliches Recht*, 18, 72 [cit. por Fleiner, *loc. cit.* na nota 51, *infra*, pág. 123, nt. 1].

O contrato — aduz — supõe partes iguais; e, assim, não há lugar para o contrato senão nos casos em que, para produzir um certo resultado de direito, a vontade de cada uma das partes tem, de acordo com a lei, o mesmo valor jurídico. Não é assim nos casos acima vistos. Na aquisição da qualidade de funcionário, como na naturalização, a vontade do Estado permanece sendo a vontade dominante. Somente o Estado (ou a comuna) tem o poder de nomear um funcionário, de admitir um estrangeiro na associação estatal, etc. Isso se manifesta já na forma exterior desses atos jurídicos: na nomeação unilateral do funcionário pelo chefe do Estado, na concessão unilateral da nacionalidade pela autoridade administrativa. Embora nos atos citados o consentimento do particular seja um elemento essencial do ato, cuja ausência o tornaria nulo, esse ato permanece sendo uma disposição unilateral.

Segundo Fleiner, uma teoria, então recente, do ato jurídico bilateral, não desconheceu essas considerações. Ela procura combinar um elemento da teoria do contrato com a noção de *disposição* de direito público. Consoante essa teoria, de Walter Jellinek (48), o ato administrativo bilateral se compõe de dois elementos heterogêneos: uma declaração de vontade do

48. *Zweseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt auf Unterwerfung*, na *Festgabe für das preussische Oberverwaltungsgericht*, 1925, pág. 84 e segs., e *Verwaltungsrecht*, 1927, pág. 242 [cit. por Fleiner, *loc. cit.* na nota 51, *infra*, pág. 124, nt. 1].

particular, que emerge do direito privado, e uma declaração de vontade do Estado, que emerge do direito público; se a primeira falta, o ato administrativo é nulo por inteiro. O resultado é exato, mas é obtido de maneira errônea. Para ter em conta a colaboração do particular, que exige a lei, rompe-se a unidade da *disposição*. Desconhece-se que o interesse prático incontestável, que a teoria do ato bilateral quer ter em conta, pode obter satisfação por uma construção analógica da teoria da nulidade dos atos administrativos — teoria que não faz explodir o quadro da disposição enquanto ato unilateral, mas simplesmente o alarga (49).

Finalmente, adiante, e especificamente sobre esse ponto, conclui: «A maior parte dos atos administrativos, que a prática qualifica como contratos de direito público, são disposições unilaterais cuja validade depende do assentimento do interessado» (50)(51).

49. Assim é que, à pág. 129 (*loc. cit.* na nota 51, *infra*), o autor enumera, entre os requisitos essenciais para a validade das *disposições*, o de «que todas as condições de direito, que a lei considera como indispensáveis para o gênero de disposições em questão, sejam realizadas» [*que toutes les conditions de droit soient réalisées que la loi considère comme indispensables pour le genre de dispositions en question*]; e diz que se inclui entre elas, por exemplo, para a nomeação e a exoneração de funcionários, o requerimento do interessado (nt. 1, pág. 130).

50. «... *La plupart des actes administratifs que la pratique qualifie de contrats de droit public sont des dispositions unilatérales dont la validité juridique dépend de l'assentiment de l'intéressé.*».

51. Reportando-se então às considerações anteriores, aduzidas no texto, acima (Fritz Fleiner, *Les principes*

5. *Idem* - opinião de Michel Stassinopoulos

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

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

Após a classificação dos atos administrativos segundo a influência da vontade do administrado (52), Stassinopoulos diz que os atos da terceira categoria (53) são os que interessam à presente análise. Entre eles figuram notadamente a nomeação de funcionário, a naturalização, as permissões de polícia emitidas a requerimento da pessoa interessada, etc. Se-

généraux, cit., § 13, págs. 122-4, 129-30 e 133). [Cf. no nº 2 do texto, *supra*, trecho que se segue a essa conclusão.]

52. V., *supra*, nº 3, *in fine*.

53. Também examinados no nº 4, *supra*.

gundo ele; a doutrina não soube explicar de maneira uniforme a parte da contribuição trazida a seu aperfeiçoamento pela vontade da Administração e pela do administrado. Em particular, a natureza jurídica do ato de nomeação de funcionário foi objeto de longa elaboração. Na época do absolutismo, a relação entre o Estado e o funcionário era considerada como um contrato de mandato ou de locação de serviços concluído entre o funcionário e o soberano. Atualmente distinguem-se três opiniões (54): a) certos autores falam de um contrato de direito público, impregnado do elemento de comando (55); b) outros falam de um «ato de submissão» (*Akt auf Unterwerfung*) (56); c) outros enfim se declaram em favor de um «ato bilateral», que, todavia, não é um contrato (57).

A terceira teoria, prossegue, é devida a Walter Jellinek. Segundo esse autor, o ato administrativo, para cujo aperfeiçoamento o consentimento do administrado é necessário, não é um contrato mas um ato «bilateral», que na falta desse consentimento é, não anulável, mas nulo. Assim, a noção do ato bilateral se

54. V. Anschütz-Thoma, *Handbuch*, cit., II, pág. 35 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 57, *infra*, nt. 3].

55. Laband, *Deutsches Staatsrecht*, cit., pág. 103 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 57, *infra*, nt. 4].

56. «A noção de "ato de submissão" é devida a Otto Mayer» [Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 57, *infra*, nt.5].

57. Stassinopoulos, *Traité*, cit., § 80, II, pág. 58.

encontra colocada a meio caminho entre o contrato administrativo e o ato puramente unilateral (58). Encontra-se essa teoria na doutrina italiana, que admite igualmente o «ato bilateral», o qual se aperfeiçoa com a coincidência de duas vontades e, entretanto, é diferente de um contrato (59).

Essa noção, continua Stassinopoulos, é também conhecida da doutrina francesa. Segundo Jèze, a nomeação de funcionário, o engajamento militar voluntário, a participação nas licitações públicas e, em geral, todo ato que deve ser provocado ou aceito pelo administrado, é um ato unilateral, que, entretanto, não pôde aperfeiçoar-se sem o consentimento de uma segunda pessoa (60). Duguit, que submete a uma análise idêntica os atos de direito privado e os de direito público, reconhece que existem entre eles aqueles cuja criação supõe absolutamente uma coincidência de duas vontades; não obstante, esses atos não têm caráter contratual.

58. *Zweiseitiger Verwaltungsakt und Akt auf Unterwerfung* («Festgabe für Feier des fünfzigjährigen Bestehens des preussischen Oberverwaltungsgerichts», 1925, págs. 109, 111); *Verwaltungsrecht*, 1931, págs. 242-3 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 64, *infra*, pág. 59, nt. 1].

59. Raggi, *Sull'atto amministrativo*, págs. 185-96; R. Resta, *Il silenzio nell'esercizio della funzione amministrativa*, 1932, pág. 168 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 64, *infra*, pág. 59, nt. 2].

60. *Les principes généraux du droit administratif*, III, 1926, pág. 486; v. também II, 1930, pág. 247 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 64, *infra*, pág. 59, nt. 3].

Tais atos são, no direito privado, o contrato coletivo de trabalho, e no direito público a nomeação de funcionário. Duguit dá a esses atos o nome de *atos-união*, que se aproxima do termo alemão *Vereinbarung* (61). É preciso, todavia, relevar que a noção de *Vereinbarung* se estende aos atos que nascem em consequência da colaboração de dois órgãos do Estado (p. ex., a lei votada por duas câmaras), assim como aos atos dos órgãos coletivos do Estado (p. ex., a decisão de um conselho de administração). O traço comum a todos os *Vereinbarungen* é que as duas vontades visam fins paralelos (62). Em consequência, se se admitisse a nomeação de funcionário como sendo uma *Vereinbarung*, tornar-se-ia obscura essa última noção. E conclui Stassinopoulos:

«A opinião que se impôs, tanto à doutrina quanto à jurisprudência francesa, repele a idéia de que a nomeação de funcionário constitua um contrato ou um ato bilateral» (63) (64).

61. *Traité du droit constitutionnel*, I, 1927, págs. 376, 409, 423; II, 1923, pág. 279 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 64, *infra*, pág. 59, nt. 4].

62. G. Jellinek, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, 1905, págs. 204, 205 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 64, *infra*, pág. 60, nt. 1].

63. M. Hauriou, *Précis de droit administratif e de droit public*, 1927, pág. 591 e segs.; *Conseil d'État*, 9 de junho de 1899, Bergeon, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, pág. 46; 11 de dezembro de 1903, Villenave, *Rec.*, pág. 767; 7 de agosto de 1909, Winkel, *Rec.*, pág. 1.302 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 64, *infra*, pág. 60, nt. 2].

Entre nós, também, «em tempos, pretendeu-se que o vínculo jurídico entre o Estado e o funcionário fosse de natureza contratual», como anota Celso Antônio Bandeira de Mello (65). Como representante dessa idéia pode-se apontar Mário Masagão, ao considerar «inevitável a conclusão de que a aludida situação» (do funcionário público em face do Estado) «se regula por um contrato de direito público, e, mais precisamente, de Direito Administrativo» (66). Mas atualmente prevalece, indubitavelmente, a tese de que a nomeação é ato administrativo unilateral (cuja eficácia, entanto, depende da aceitação do interessado), e que a relação funcional dela derivada é de natureza institucional, *estatutária*, caracterizada pela prevalência do interesse social, cuja realização é alcançada pela prestação do *serviço público*, através da atividade dos funcionários (67). Cretella Júnior, em sua obra mais

64. *«L'opinion qui s'est imposée tant à la doctrine qu'à la jurisprudence française repousse l'idée que la nomination de fonctionnaire constitue un contrat ou un acte bilatéral»* (Stassinopoulos, *Traité*, cit., § 80, págs. 59-60).

65. *Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos*, 12ª edição, 4ª tiragem, 1984, pág. 10.

66. *Curso*, cit., ns. 328-43, especialmente nº 343, págs. 194-5.

67. Cf. Hely Lopes Meirelles, *Dir. Adm. Bras.*, cit., págs. 379-83; Caio Tácito, *Natureza estatutária da função pública*, na *Revista de Direito Administrativo* nº 35, pág. 54 [cit. por H. L. Meirelles, *op. cit.*, pág. 381]; Celso A. B. Mello, *Apontamentos*, cit., págs. 10-15. Sérgio De Andréa Ferreira, após concordar em que «tampouco há descaracterização da unilateralidade do ato, com o fato de a eficácia do provimento depender de aceitação, ou de, pelo menos, comunicação ao seu desti-

recente (68), afirma:

«A nomeação, por exemplo, é ato unilateral, não interessando, no caso, se o interessado concorda ou não com a medida. Se toma posse, nem por isso temos ato bilateral. A aquiescência do nomeado, mediante a posse, não se incorpora, como elemento jurídico, ao ato administrativo da nomeação, do qual fica sendo mero conseqüente» (69).

natário» (*Dir. Adm. Didát.*, cit., 3ª edição, 1985, pág. 88); e após anotar que «a doutrina e a jurisprudência têm, modernamente, sufragado a chamada teoria estatutária da função pública» (*ibidem*, pág. 145) — pondera, todavia, que «o debate entre as teorias contratualista e institucionalista ou estatutária, e as dificuldades, mesmo dentre os adeptos da última, na fixação de direitos subjetivos, adquiridos, dos funcionários públicos, mostram a necessidade de aprofundamento na análise da matéria»; e procura, então, na exposição do tema, «destacar aspectos não-regulamentares e, em conseqüência, imutáveis da relação funcionário-Estado» (*ib.*, pág. 146 e segs.).

68. *Dir. Adm. Bras.*, cit., nº 161, pág. 255.

69. Mas é preciso ressaltar, aqui, a situação jurídica dos empregados públicos contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei 5.452, de 1943): «Nesse regime, o vínculo empregatício é de natureza contratual, equiparando-se a Administração ao empregador comum, sem quaisquer prerrogativas especiais. Assim sendo, não lhe é lícito alterar unilateralmente as condições pactuadas, diversamente do que ocorre no regime estatutário» (Hely Lopes Meirelles, *Dir. Adm. Bras.*, cit., págs. 385-6). Em consonância com essa observação, Marcelo Caetano faz esta importante advertência: «A importância da distinção entre agentes funcionários e agentes não funcionários resulta, nos tempos atuais, apenas da consagração que recebe do Direito positivo em cada país» (*Princípios*, cit., nº 160, pág. 366). «A situação atual da maior parte dos países que adotam o modelo político-social em que sempre temos situado o tipo do Direito Administrativo estudado, é a da existência, no vasto — cada vez mais vasto — campo da Administração Pública, de agentes submetidos em grande número ao regime comum trabalhista, a par de outros que se regem pelas normas

Em direito helênico — prossegue Stassinopoulos —, os atos que poderiam ter lugar na categoria dos atos provocados ou aceitos são bastante numerosos: as nomeações de funcionários, os decretos de naturalização, as concessões de minas, a outorga de uma patente de invenção, a permissão de funcionamento de um estabelecimento, etc., são atos para cujo aperfeiçoamento o consentimento do administrado é necessário (70).

Na falta desse consentimento esses atos são nulos? — indaga o mesmo autor. E responde: a jurisprudência parece admitir a solução afirmativa. Por exemplo, a autorização para instalar uma fábrica é considerada nula se o interessado retirou seu pedido antes que a emissão do ato tivesse ocorrido (71). De outra parte, se a pessoa que foi nomeada funcionário se abstém por longo tempo de prestar compromisso e de entrar em exercício, seu comportamento equivale à retratação de seu consentimento relativo à nomeação, e dá à Administração o direito de a revogar; a nomeação é nula, por falta de consentimento (72). Pode-se dizer o mesmo no caso da licença concedida a um funcionário após a

do Direito público» (*ibidem*, nº 161, pág. 369).

70. *Traité*, cit., § 89, III, pág. 60.

71. *Conseil d'État Hellénique*, 493 (1933); v. também W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, pág. 242 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 70, *supra*, nt. 3].

72. *Conseil d'État Hellénique*, 954 (1933) [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 70, *supra*].

retirada de seu requerimento (73).

Do exposto resulta — conclui o publicista helênico — «que nos casos acima enumerados a declaração de vontade do administrado é necessária para que o ato administrativo seja válido. Entretanto, não podemos daí concluir, quanto ao valor jurídico do ato administrativo, que se trata de um contrato — o caráter contratual estando excluído pelo fato de que a intervenção da noção de serviço público implica necessariamente uma desigualdade entre as duas vontades, o que é incompatível com a noção de contrato (74). Deve-se igualmente repelir a teoria de Walter Jellinek, segundo a qual o ato, não sendo parte de um contrato, é, entretanto, o resultado de duas vontades emitidas conjuntamente. Essa teoria arrisca inutilmente romper a unidade jurídica do ato e introduzir a confusão (75). A realidade é toda outra: o ato é resultado de uma só vontade, a do Estado; a contribuição da vontade do administrado, longe de ter a importância da proposição de

73. «V. Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, II, 1924, pág. 155, n. 21: A licença sem um pedido de parte do interessado é uma pena disciplinar camuflada» (Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 70, *supra*, nt. 5).

74. «Não confundir essa desigualdade das vontades com o caso do contrato de adesão: v. Resta, *Il silenzio etc.* p. 168; N. Deloukas, *Les problèmes des contrats d'adhésion*, 1952» (Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 77, *infra*, pág. 61, nt. 1).

75. Gerber, em *Verwaltungsarchiv*, 1931, pág. 54, nota [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 77, *infra*, pág. 61, nt. 2].

um contratante, só tem o valor de uma condição necessária para a validade do ato (*conditio sine qua non*) (76): o consentimento é um elemento externo, enquanto que a proposição do contratante é um elemento interno, que conduz ao contrato» (77) (78).

76. Kormann, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, 1910, pág. 94 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 77, *infra*, pág. 61, nt. 3].

77. «Il en résulte que dans les cas ci-dessus énumérés la déclaration de volonté de l'administré est nécessaire pour que l'acte administratif soit valable. Cependant, nous ne pouvons pas en conclure, quant à la valeur juridique de l'acte administratif, qu'il s'agit d'un contrat, le caractère contractuel étant exclu du fait que l'intervention de la notion de service public implique nécessairement une inégalité entre les deux volontés, ce qui est incompatible avec la notion de contrat.¹ On doit également repousser la théorie de Walter Jellinek, selon laquelle l'acte, tout en n'étant pas partie d'un contrat, est pourtant le résultat de deux volontés émises conjointement. Cette théorie risque inutilement de rompre l'unité juridique de l'acte et d'introduire la confusion.² La réalité est tout autre: l'acte est le résultat d'une seule volonté, celle de l'État; l'apport de la volonté de l'administré, loin d'avoir l'importance de la proposition d'un contractant, n'a que la valeur d'une condition nécessaire pour la validité de l'acte (*conditio sine qua non*):³ le consentement est un élément externe tandis que la proposition du contractant est un élément interne, qui mène au contrat» (Michel Stassinopoulos, *Traité*, cit., § 89, IV, pág. 60-1 [grifo nosso]).

78. Acorde com a opinião de Fleiner e Stassinopoulos é a de Forsthoff, para quem o ato administrativo «necessariamente é unilateral»: «Se falta a prévia solicitação, Jellinek admite que o ato administrativo é nulo. Essa conclusão é exata, mas a denominação usada por Jellinek [ato administrativo bilateral] conduz a erro e por isso deve ser evitada». [«Si falta la previa solicitud, Jellinek admite que el acto administrativo es nulo. Esta conclusión es exacta, pero la denominación usada por Jellinek conduce a error y por eso debe ser evitada» (*Tratado*, cit., § 11, 4, pág. 296-7).]

Nesse sentido, entre nós, Régis Fernandes de Oliveira, ponderando que «o que importa é a solução final dada», considera tal tipo de ato unilateral, já que a circunstância de ser espontâneo ou provocado não lhe altera a essência (*Ato Adm.*, cit., pág. 37); e lembra

(pág. 38) a lição de Oswaldo Aranha Bandeira De Mello, dizendo que o ato unilateral «relativo é o que depende do concurso de outro ato unilateral, que constitui pressuposto para a sua emanção, ou, ainda, condição da sua eficácia, ou, afinal, formalidade necessária para a sua validade. São atos jurídicos autônomos, por um se distinguir do outro, embora constituam partes de procedimento administrativo de efeito parcial, em face do ato administrativo principal. / Destarte, a expedição de certidão, relativa a fato de interesse de terceiro, *pressupõe* o requerimento deste, solicitando-a. Concorre para o seu exercício, provocando-o. Por sua vez, a aceitação da naturalização e prestação solene do compromisso de cumprir os deveres desse novo estado jurídico é *condição de eficácia* do ato unilateral de naturalização. O primeiro não produz os seus efeitos legais, se não ocorrer esse novo ato complementar. A inscrição do juiz no concurso para promoção é elemento necessário para a validade do último ato unilateral, o qual se considera ilegítimo, se emanado sem aquele consentimento, *formalidade indispensável* para a sua perfeição. Sem ela, será nulo o ato jurídico da promoção» (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 1969, I, pág. 388).

Finalmente, para ter-se, no exame da questão, o enfoque paralelo do direito privado — e, melhor dizendo, da teoria geral do direito (cf. nº 7, *infra*) —, é oportuna a lição de Pontes de Miranda, a respeito dos *negócios jurídicos*. Explica o mestre que «no negócio jurídico unilateral há um só *lado*, ainda que haja duas ou mais pessoas, que manifestem idêntica vontade. Assim pode ser subjetivamente simples (= unipessoal), ou subjetivamente complexo (pluripessoal)» (*Tratado de Direito Privado*, § 278, 4, III, pág. 142). «A *autorização* é negócio jurídico unilateral. Também a outorga de poder de representação. Não precisam do assentimento ou aceitação do autorizado, ou outorgado, nem da pessoa com que o autorizado ou outorgado tem de tratar. Se a autorização, ou o poder de representação se confere sob a dependência de que o autorizado ou o nomeado como representante aceite, não há bilateralização, — há condição, que só diz respeito à eficácia» (*ibidem*, nº 2, pág. 143). «A unilateralidade, bilateralidade ou plurilateralidade do negócio jurídico alude a ser uma só a manifestação de vontade, que é o elemento volitivo do negócio jurídico, ou serem duas, ou mais. A cooperação ou assentimento necessário a que uma só manifestação de vontade entre, como negócio jurídico, no mundo jurídico, não a bilateraliza, nem pluraliza» (*ib.*, nº 1, pág. 137).

6. **Contrato administrativo: ato administrativo
*lato sensu***

Voltamos, agora, à questão de ser o *contrato administrativo* — aquele que verdadeiramente é contrato (ex.: o de concessão de serviço público, o de obra pública, o de concessão de uso de bem público, o de fornecimento em geral), e não o ato administrativo unilateral dependente, para sua eficácia, de pedido ou de aceitação do interessado (79) — incluído, ou não, na categoria dos *atos administrativos* em geral; isto é, de ser ele *também* ato administrativo.

Seabra Fagundes, respondendo afirmativamente à indagação, comenta que se tem «negado ao contrato a qualidade de ato administrativo, pelo argumento de que é ato de Direito Privado». Mas, argumenta, «nem pela sua submissão, apenas relativa, ao Direito Privado, deixa ele de ser ato praticado através da Administração, e, como tal, administrativo (80). É verdade que se trata de ato misto, do Estado e do particular. Mas não há como lhe dar, só por essa razão, o caráter privado e negar-lhe o administrativo, sem dúvida prevalecente pois que o contrato com a Administração Pública apresenta sempre alguma diversidade de regime jurídico

79. Objeto da apreciação feita nos ns. 4 e 5, *supra*.

80. Mario Gallo, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, ed. de 1936, nº 84, pág. 228 [cit. por S. Fagundes, *loc. cit.* na nota 81, *infra*].

se comparado com o entre particulares» (81).

Aliás, já Fritz Fleiner comentara que a opinião comum via no contrato uma forma do direito privado; ele é um «título de direito privado», afirmava-se. E isso porque só seria possível realizar-se entre sujeitos iguais, e não há jamais igualdade entre o soberano e seus súditos. No entanto, aduzia, não se deve examinar o problema de maneira tão superficial. Nós saudamos como uma conquista do Estado de direito o fato de a administração ter-se tornado, ela mesma, sujeita à lei; e «orgulhamo-nos do fato de que o Estado deva deixar valer contra si os direitos públicos dos súditos fundados numa disposição unilateral» (82). Porque, pois, ele estaria menos ligado a uma promessa feita através de contrato? Não lhe falta a capacidade de ser obrigado, de ser sujeito passivo dessa relação bilateral. Se, apesar disso, o contrato tem, no Direito Administrativo moderno, uma participação consideravelmente menor que o ato administrativo unilateral (*disposition*), isso se deve a razões por ele anteriormente expostas (83).

81. *O Controle*, cit., nº 22, nota⁵, págs. 40-1.

82. «... et nous sommes fiers que l'État doive laisser valoir contre lui les droits publics des sujets fondés par une disposition unilatérale».

83. *Les principes généraux*, cit., § 13, II, pág. 133. Cf. a pág. 119, em que sintetiza: «Segundo seu fim, devem-se distinguir, pois, as disposições em disposições de execução (*Vollziehungsverfügungen*) e disposições de organização (*Gestaltungsverfügungen*). Nessas se traduz toda a riqueza da atividade criativa das autoridades

Parece-nos que a questão se resolve, aí, de maneira bastante simples. Basta que se saiba precisamente qual o objeto de que se está falando. Podemos falar em *ato administrativo* em sentido amplo ou em sentido estrito. Se aludirmos ao ato administrativo *lato sensu*, aí estaremos incluindo os regulamentos (atos administrativos gerais e abstratos) e os contratos (atos administrativos bilaterais); se, ao contrário, estivermos nos referindo ao ato administrativo *stricto sensu*, eles estarão excluídos .

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

administrativas. Classificar essas disposições de acordo com seu conteúdo seria percorrer o vasto domínio de toda a administração, por inteiro». [«*D'après leur but, il faut donc distinguer les dispositions en dispositions d'exécution (Vollziehungsverfügungen) et dispositions d'organisation (Gestaltungsverfügungen). En celles-ci se traduit toute la richesse de l'activité créatrice des autorités administratives. Classer ces dispositions d'après leur contenu serait parcourir le vaste domaine de l'administration tout entier.*».]

do direito público __ , a figura do ato geral, abstrato (meramente regulamentar).

É precisamente o que faz Celso Antônio Bandeira de Mello, quando, após dar sua definição do ato administrativo, esclarece ter formulado aquela correspondente à noção em sentido amplo, compreendendo os atos gerais e abstratos e os atos convencionais, concluindo: «Em acepção estrita pode-se conceituar ato administrativo com os mesmos termos utilizados acrescidos das características: concreção e unilateralidade. Daí a seguinte noção: declaração *unilateral* do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos *concretos* complementares da lei, expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional» (84).

7. O ato jurídico como conceito da teoria geral do direito

Dissemos, acima, que o ato jurídico é conceito próprio da teoria geral do direito. Referindo-se especificamente aos contratos __ que, como vimos, incluem-se como espécie no gênero ato jurídico __ , Mário

84. *Elementos*, cit., págs. 38-9.

Masagão filia sua afirmação, reproduzida no nº 2, *supra*, a Savigny, ao dizer ter este demonstrado «que o contrato é figura pertencente à teoria geral do direito, cujas espécies tanto aparecem no direito privado como no público (85). Já quanto ao ato jurídico em geral, veja-se o que escreve Roberto Lucifredi (86): «Sendo firme em mim a convicção da unidade substancial do ato jurídico, em qualquer forma em que se manifeste, estou persuadido de que uma teoria geral do ato jurídico é possível e útil». Adiante: «As tradições da nossa escola» (escola de Direito Administrativo italiana) «nesse campo são luminosas, e tiveram, recentemente, autorizado reconhecimento de parte daquele que da teoria geral do ato jurídico é, na Itália, o mais genial e apaixonado cultor, Francesco Carnelutti. Declarou ele explicitamente que "o direito administrativo, um pouco por toda parte mas também muito na Itália, é já um benemérito da teoria geral"» (87) (88).

85. *Diritto romano attuale*, III, págs. 405-8 [cit. por Masagão, *Curso*, cit., nº 342, pág. 194].

86. *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milão, 1963, nº 2, págs. 7 e 8.

87. *Recensione a Zanobini, «Corso di diritto amministrativo»*, vol. I, na *Rivista di diritto processuale*, 1937, I, pág. 97 [cit. por Lucifredi, *loc. cit.* na nota 86, *supra*].

88. «*Ferma in me essendo la convinzione della sostanziale unità dell'atto giuridico, in qualunque forma si manifesti, sono persuaso che una teoria generale dell'atto giuridico sia possibile ed utile.*» ... «*Le tradizioni della nostra scuola in questo campo sono luminose, ed hanno avuto di recente autorevole riconoscimento da parte di colui che della teoria generale dell'atto giuridico é, in Italia, il più geniale ed appassionato cultore, Francesco Carnelutti. Ha egli*

E este, no dizer de Miguel Reale (89) «um dos grandes mestres de nosso tempo», em seu último livro (90), revisão e síntese luminosa do pensamento exposto na obra admirável e multifária (*«i risultati dei miei scavi»* [91]), ao falar sobre os «atos jurídicos processuais» reafirma aquela idéia, em termos que, por sua oportunidade, devem ser aqui reproduzidos:

«Ainda a propósito dos atos, são de repetir-se as coisas a que há pouco se acenou sobre o tema das relações jurídicas; conquanto há longo tempo a observação tenha-se detido sobre eles, nós estamos ainda longe de um conhecimento científico a seu respeito. Como ocorreu com as relações jurídicas, o conceito geral veio-se formando em tempos relativamente recentes; primeiro estudou-se-lhes uma espécie, que para as relações foi o direito subjetivo e para os atos o contrato, em cujo lugar se colocou mais tarde, com sua figura mais ampla, o negócio jurídico. Neste ponto a ciência do direito privado, que embora em tema de formação e de ordenamento dos conceitos tenha tido por longo tempo o primeiro posto, foi superada pela ciência

esplicitamente dichiarato que "il diritto amministrativo, un pò dappertutto ma anche molto in Italia, è oramai un benemerito della teoria generale".»

89. *Filosofia do Direito*, 9ª edição, 1986, prefácio à primeira edição (1953), pág. XXV.

90. Carnelutti, *Diritto e processo*, Nápoles, 1958.

91. *Op. cit.* na nota 90, *supra*, prefazione, XII, pág. XX.

do direito público, em particular do direito administrativo, do direito processual e do próprio direito penal. Chegamos assim a uma teoria geral da relação e a uma teoria geral do ato, que começa a prestar os seus serviços àquelas ciências particulares, das quais recebeu alimento (92). Em particular o estudo do direito administrativo e do direito processual contribuiu para o conhecimento daquele tipo de ato, que é o *provimento*, função daquele tipo de poder, que é o *poder autoritário* [*potestã*] (93), o qual, no campo do direito privado, já

92. No original está «*ho ricevuto alimento*», mas trata-se, sem dúvida, de erro de impressão, devendo ser «*ha ricevuto alimento*».

93. Cf. Otto Mayer (*Der. Adm. Alemã*, cit., § 89, I, pág. 127, nt.2): «"Autoridade" não é sinônimo de "função". A autoridade supõe uma competência especial que se pode designar como direito de mando, de autoridade, de poder autoritário (*obligkeitliche Gewalt*), ou qualquer outra expressão análoga. Porém a autoridade não é somente a função provida dessa faculdade especial; é o ponto de partida dessa faculdade, ponto de partida formado pela função, é o "cargo" hierárquico (*die Stelle*). A autoridade pode estar representada por uma só função: o *Landrat* prussiano é uma autoridade. Também pode estar representada por um conjunto de funções, por uma autoridade colegiada, como o *Kreisausschuss*, ou organizada segundo o sistema "burocrático", como o *Regierungspräsident* com seus conselheiros: o membro do *Kreisausschuss* e o conselheiro do governo (*Regierungsrat*) têm funções autoritárias (*behördliches Amt*); essas não são autoridades: decisão do *Ober Trib.*, 26 de março de 1863 (*Recueil de Striethorst*, 48, p. 274: "Uma autoridade pública é um «cargo oficial» [*amtliche Stelle*], provido de poder público, ao qual se atribuíram certas obrigações e prerrogativas autoritárias de maneira permanente, e que, quando se compõe de várias pessoas, aparece exteriormente como uma coletividade ou unidade representada por seu chefe"). Nesse sentido se pronunciam, mais ou menos: Foerstemann, *Pol. R.*, ps. 97 e 99; *Ober Trib.*, 8 de abril de 1861 (*Pl. Beschl.*; *J. M. Bl.*, 1861, p. 116); Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 243; Laband, *Staatsrecht*, ed. al., I, p. 339 (ed. fr., II, p. 4); Zorn, *Staatsrecht*, I, p. 208; Loening, *Verw. Recht*, p. 30». [«"Autoridad" no es sinónimo de

que ai os exemplares são naturalmente escassos, era ainda quase de todo desconhecido» (94).

"función". La autoridad supone una competencia especial que se puede designar como derecho de mando, de autoridad, de poder autoritario (obrigkeitliche Gewalt), o cualquier otra expresión análoga. Pero la autoridad no es simplemente la función provista de esta facultad especial: es el punto de partida de esta facultad, punto de partida formado por la función, es el "cargo" jerárquico (die Stelle). La autoridad puede estar representada por una sola función: el Landrat prusiano es una autoridad. También puede estar representada por un conjunto de funciones, por una autoridad colegiada, como el Kreisausschuss, u organizada según el sistema "burocrático", como el Regierungspraesident con sus consejeros: el miembro del Kreisausschuss y el consejero del gobierno (Regierungsrat) tienen funciones autoritarias (behördliches Amt); éstas no son autoridades: decisión del Ober Trib., 26 marzo 1863 (Recueil de Striethorst, 48, p. 274: "Una autoridad pública es un «cargo oficial» (amtliche Stelle), provisto de poder público, al cual se le han atribuido ciertas obligaciones y prerrogativas autoritarias de manera permanente, y que, cuando se compone de varias personas, aparece exteriormente como una colectividad o unidad representada por su jefe". En este sentido se pronuncian, más o menos: ...».)]

94. «Anche a proposito degli atti sono da ripetere le cose accennate poco fa sul tema dei rapporti giuridici; per quanto da lungo tempo l'osservazione si sia fermata su di essi, noi siamo ancora lontani da una conoscenza scientifica intorno ad essi. Como è avvenuto per i rapporti giuridici, il concetto generale s'è venuto formando in tempi relativamente recenti; dapprima se n'è studiata una specie, che per i rapporti è stata il diritto soggettivo e per gli atti il contratto, al posto del quale s'è posto più tardi, con la sua figura più ampia, il negozio giuridico. A questo punto la scienza del diritto privato, che pure in tema di formazione e di ordinamento dei concetti ha tenuto per lungo tempo il primo posto, è stata superata dalla scienza del diritto pubblico, in particolare del diritto amministrativo, del diritto processuale e dello stesso diritto penale. Siamo arrivati così ad una teoria generale del rapporto e a una teoria generale dell'atto, la quale comincia a rendere i suoi servigi a quelle scienze particolari, dalle quali ha ricevuto alimento [v. nota 92, supra]. In particolare lo studio del diritto amministrativo e del diritto processuale ha contribuito alla conoscenza di quel tipo di atto, che è il provvedimento, funzione di quel tipo di potere, che è la potestà, la quale nel campo del diritto privato, poiché gli esemplari ne sono

Esse diagnóstico se completa com a consideração de que «dessa permuta, ou, para dizer melhor, dessa repermute entre *teorias particulares* e *teoria geral do direito*» (95), a ciência do processo, penal ou civil — e o mesmo se pode dizer quanto ao Direito Administrativo em geral (inclusive o processual) —, começou a gozar os benefícios e mais os gozará no porvir, obtendo-se na prática melhores resultados se a técnica for guiada por um conhecimento científico, não apenas empírico, de cada um dos atos com os quais o processo — e, acrescentaríamos, a prática administrativa — se compõe (96).

naturalmente scarsi, era ancora quasi del tutto sconosciuta» (op. cit., nº 22, págs. 37-8).

95. «*Di questo scambio, o per meglio dire, di questo ricambio fra teorie particolari e teoria generale del diritto*».

96. *Ibidem*, pág. 38 (grifos nossos). A esse propósito observa Forsthoff: «Como diz O. Mayer, ob. cit., t. I, pág. 101, nota 19: "Dentro de limites racionais, sempre tem sua utilidade a acentuação da conexão com o mundo conceptual do Direito civil."» [*Dentro de limites racionales, siempre tiene su utilidad la acentuación de la conexión con el mundo conceptual del Derecho civil*] (*Tratado*, cit., § 11, 2, pág. 291, nota 27).] E Agustín Gordillo adverte: «Não é possível, hoje em dia, iniciar o estudo da teoria e do regime da atividade estatal sem ter um conhecimento prévio de ao menos alguns elementos de metodologia da ciência e de teoria geral do Direito. / O desconhecimento de tais princípios elementares pode levar e leva a discussões inúteis, carentes de significação, em que se apresentam argumentos de suposto valor científico-administrativo, quando na realidade se trata de argumentos à margem de toda a ciência» (*Princípios Gerais de Direito Público*, tradução de Marco Aurélio Greco, São Paulo, 1977, pág. 1).

Cf. Sérgio de Andréa Ferreira. Esse autor, ao tratar da invalidade dos atos administrativos, observa que «os estudos da Teoria Geral do Direito mostram que os princípios, os institutos, as categorias jurídicas básicas ou fundamentais são comuns a todas as disciplinas, havendo diferenciações, tão-somente,

8. Atos da administração e ato administrativo

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

Antes do mais, é oportuna a lição de Marcelo Caetano (97): «A idéia do ato está ligada à de remate de uma ação, é ação concluída, intenção tornada realidade, o agir que chegou ao seu termo: *actus* é o particípio passado do verbo *agere*».

Portanto, «remate de uma ação, ação concluída» — não a atividade em si, da Administração. Cabe a advertência porque, como já observara Otto

quanto ao grau» — (*Dir. Adm. Didát.*, cit., pág. 114); e adiante, ao cuidar especificamente dos contratos administrativos, reafirmando essa orientação de ter como referência a *teoria geral*, anota: «Vê-se, portanto, que as figuras dos *atos jurídicos bilaterais e plurilaterais* ou *multilaterais* não são exclusivas do Direito Privado, existindo tanto neste, como no Direito Público. São institutos da Teoria Geral do Direito» (*ibidem*, pág. 211). E Wilson de Souza Campos Batalha, em sua *Teoria Geral do Direito* (1ª edição, 1982) tem, no Capítulo VI, uma seção (Seção IV, sob a epígrafe «As causas da relação jurídica») dedicada precisamente aos *fatos, atos e negócios jurídicos* (nº 6.4.1, págs. 188-228), a exemplo do que já fizera Carnelutti, que na *Teoria generale del diritto* (3ª edição, Roma, 1951) dedicou quase metade da obra a essa matéria (Livro III, «Das mutações jurídicas»; cf. *Teoria General del Derecho*, tradução da 3ª edição italiana por Francisco Javier Osset, Madri, 1955, págs. 243-470).

97. *Princípios*, cit., nº 45, pág. 106.

Mayer, a palavra *ato* fez muitos autores pensarem na ação, e falarem «ingenuamente de atos administrativos para designarem tudo aquilo que pode fazer a administração». Assim é que, segundo esse autor, para G. Jellinek (98), «ato administrativo» é sinônimo de toda atividade da Administração, qualquer que ela seja, como por exemplo a de instalar uma aula de escola (99) (100).

Essa noção em amplíssimo sentido também é mencionada por Zanobini (101), para esclarecer em seguida que a doutrina concordemente restringe a denominação de ato administrativo só àquele *produtor de efeitos jurídicos*. E também por Fritz Fleiner, que, inclusive, alude à singular concepção de W. Apelt (102), que qualifica como atos administrativos também os atos jurídicos unilaterais de particulares que têm um efeito de direito público (renúncia à autorização de manter um débito ou a uma concessão de estrada de ferro, consentimento à criação de uma obrigação de serviço público,

98. *Gesetz und Verordnung*, 1887, págs. 221 e segs.

99. Exemplo, aliás, mencionado por C. A. Bandeira de Mello como «ato material» não qualificado como ato administrativo (*Elementos*, cit., pág. 37).

100. Otto Mayer, *Der. Adm. Alemán*, cit., § 59, nota 19, pág. 83, e § 89, nota 1, pág. 126.

101. *Corso*, cit., pág. 195.

102. *Verwaltungsrechtlicher Vertrag*, 1920, págs. 70, 73, 95, 115, 123, 127 etc. [cit. por Fleiner, *loc. cit.* na nota 110, *infra*].

etc.), classificando-os como «atos jurídicos de direito público não autoritários» (*nichtobrigkeitlich*). Nesse sentido amplo, diz Fleiner, entende-se por ato administrativo a ação de uma autoridade administrativa — compreendidas aí as ações materiais —, por oposição aos atos da Justiça (julgamentos, etc.) ou à legislação. Mas em sentido estrito, completa, entende-se por ato administrativo somente o «ato de autoridade, realizado tendo em vista um *resultado de direito*, por uma autoridade administrativa» (103). Refere, em seguida, a classificação básica de Sauerlaender (104): «Os atos podem ser de duas espécies: tendem à realização (ações em sentido estrito) ou ao conhecimento do real (declarações, *Erkenntnisse* [105])»; e a de Duguit, que opõe julgamento e ato administrativo da maneira seguinte: «O ato administrativo é a criação de uma situação de direito» (106). «Julgar é constatar, seja a existência de uma regra de direito, seja a existência de uma situação de direito» (107).

103. «... *l'acte d'autorité accompli en vue d'un résultat de droit par une autorité administrative*» [grifo nosso].

104. *Vom Wesen des Rechts*, Leipzig Zeitschrift für deutsches Recht, 1920, pág. 315 [cit. por Fleiner, *loc. cit.* na nota 111, *infra*].

105. «*Les actes peuvent être de deux sortes. Ils tendent à la réalisation (actions au sens strict) ou à la connaissance du réel (déclarations, Erkenntnisse)*».

106. «*L'acte administratif est la création d'une situation de droit*» (*Traité de droit constitutionnel*, I, 3^a ed., pág. 194 [cit. por Fleiner, *loc. cit.* na nota 111, *infra*]).

107. «*Juger, c'est constater soit l'existence d'une ré-*

Nessa categoria do ato jurídico administrativo em sentido estrito — da qual faz parte a *disposição (Verfügung)*, ato jurídico unilateral de direito público que, no dizer de Fleiner, é «o melhor meio de que a autoridade se serve» para concretizar os direitos e as obrigações dos cidadãos (108) —, entram não somente as disposições de organização e de execução (*Gestaltungs- und Vollziehungsverfügungen* [109]), mas também as *decisões (Entscheidungen)* a serem tomadas pelas autoridades administrativas, as declarações oficiais sobre relações de direito, as questões de estatuto, etc., «e ainda as sentenças (julgamentos) que a lei atribui à autoridade administrativa»; e, enfim, as notificações e atestações oficiais. Mas o que interessa precipuamente, no estudo do ato administrativo, são «as disposições de autoridade que têm a natureza de atos jurídicos, isto é, as disposições que tendem à criação, à modificação ou à supressão de uma relação de direito público entre a autoridade administrativa e o cidadão» (110) (111).

gle de droit, soit l'existence d'une situation de droit» (ibidem, pág. 263 [id., ib.]).

108. Cf. nº 2, notas 25, 27 e 33, *supra*.

109. Cf. nota 83, *supra*.

110. «... les dispositions d'autorité qui ont la nature d'actes juridiques, c'est-à-dire les dispositions qui tendent à la création, à la modification ou à la suppression d'un rapport de droit public entre l'autorité administrative et le sujet».

111. Fritz Fleiner, *Les principes généraux*, cit., § 13, II, págs. 118-19 e nts. 5 e 1, respectivamente. Cf. Rivero: «O ato jurídico da administração, ao contrário,

Como se vê desse passo, Fritz Fleiner inclui aí as *sentenças* proferidas, com caráter jurisdicional, pelos tribunais ou contenciosos administrativos. Mas, do conceito de ato administrativo em sentido estrito parece-nos que elas devem ficar fora. Nesse sentido, aliás, já vimos que Zanobini, ao fazer constar, em sua definição do ato administrativo, a exigência de que ele seja praticado pelo sujeito «no exercício de um *poder administrativo*», considera excluídos de seu âmbito aqueles atos que possam ser praticados, pelos órgãos da Administração Pública, no exercício de uma função legislativa ou jurisdicional. E, assim, reputa excluídos, além dos regulamentos (já objeto de nossas considerações iniciais [112]), «os atos emitidos pelo poder executivo com eficácia de lei (decretos-leis e decretos legislativos), ou de sentença (decisões das jurisdições administrativas)» (113). Celso Antônio Bandeira de Mello exclui aqueles decretos-leis, e mais a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, a

é, como todo ato jurídico, *um ato de vontade destinado a introduzir uma mudança nas relações de direito que existem no momento em que ele intervém*, ou melhor, a modificar a ordem jurídica». [«L'acte juridique de l'administration, au contraire, est, comme tout acte juridique, un acte de volonté destiné à introduire un changement dans les rapports de droit qui existent au moment où il intervient, ou mieux, à modifier l'ordonnement juridique» (*Droit Administratif*, cit., nº 80, pág. 75).]

112. Cf. nº 2, *supra*.

113. «... *gli atti emessi dal potere esecutivo con efficacia di legge (decreti-legge e decreti legislativi), o di sentenza (decisioni delle giurisdizioni amministrative)*» (*Corso*, cit., I, pág. 197).

promulgação de lei, etc., a outro título: por serem atos políticos ou de governo: «Por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina jurídica é peculiar» (114). Também Marcelo Caetano exclui daquele conceito os julgamentos das jurisdições administrativas, declarando-os «sentenças e não atos administrativos» (115).

114. *Elementos*, cit., pág. 37.

115. *Princípios*, cit., nº 46, pág. 109. A esse respeito é oportuno o esclarecimento de Forsthoff: «As sentenças judiciais não devem contar-se entre os atos administrativos. Atualmente se opõe a isso, entre outras coisas, o fato de que os Tribunais administrativos estão separados das autoridades da Administração. Enquanto os Tribunais administrativos estavam constituídos, ao menos em suas instâncias inferiores, pelas mesmas autoridades administrativas, não havia nenhum impedimento para considerar suas sentenças como atos administrativos. Assim ocorre na doutrina de Otto Mayer [nt.18: ob. cit., t. I, pág. 92 ss], coisa que nele não pode surpreender. Seu conceito do ato administrativo se orienta em direção à sentença judicial, conforme sua tese geral: "o Estado de Direito significa a forma mais factível de estruturação judicialista da Administração" [nt.19: ob. cit., t. I, pág. 62]. Mas mesmo no caso em que não se tivesse que atribuir importância à distinção fundamental entre obrar administrativo e função judicial sentenciadora, tal como se expôs na introdução geral, pesaria contra essa doutrina a circunstância decisiva de que as sentenças dos Tribunais administrativos constituem atos *sui generis* rigidamente formalizados, submetidos a princípios valorativos próprios. Por essas razões, nada se ganharia com incluí-las dentro dos atos administrativos». [«Las sentencias judiciales no deben contarse entre los actos administrativos. Actualmente se opone a ello, entre otras cosas, el hecho de que los Tribunales administrativos están separados de las autoridades de la Administración. Mientras los Tribunales administrativos estaban constituídos, al menos en sus instancias inferiores, por las mismas autoridades administrativas, no había ningún impedimento para considerar sus sentencias como actos administrativos. Así ocurre en la doctrina de Otto Mayer,¹⁸ cosa que en él no puede sorprender. Su

Aliás, este autor, como a maioria da doutrina, distingue atos da Administração e atos administrativos. Naquela expressão, sim, é que pode caber a

concepto del acto administrativo se orienta hacia la sentencia judicial, conforme a su tesis general: "el Estado de Derecho significa la forma más factible de estructuración judicialista de la Administración".¹⁹ Pero incluso en el caso de que no hubiera que atribuir importancia a la distinción fundamental entre obrar administrativo y función judicial sentenciadora, tal como se expuso en la introducción general, pesaría contra esa doctrina la circunstancia decisiva de que las sentencias de los Tribunales administrativos constituyen actos sui generis rigidamente formalizados, sometidos a propios principios valorativos. Por estas razones, nada se ganaría con incluirlas dentro de los actos administrativos» (Tratado, cit., § 11, 2, págs. 286-7).]

A citação de Otto Mayer, acima feita, é da 3.ª edição alemã do *Deutsches Verwaltungsrecht* (2 tomos, 1924); cf. a tradução argentina da versão francesa, citada na nota 5, *supra*, § 80, págs. 125 e segs., e § 50, págs. 67 e segs., respectivamente. Aqui se diz, muito significativamente: «O ato administrativo representa para a administração o correlativo necessário das sentenças dos tribunais; ele é indispensável a fim de que a organização administrativa tenha igual valor do ponto de vista jurídico. Por isso é que insistimos desde o princípio, com grande energia, sobre o caráter equivalente do ato administrativo com relação à sentença». [*«El acto administrativo representa para la administración el correlativo necesario de las sentencias de los tribunales; él es indispensable a fin de que la organización administrativa tenga igual valor desde el punto de vista jurídico. Por ello es que insistimos desde el principio, con gran energía, sobre el carácter equivalente del acto administrativo con relación a la sentencia»* (pág. 75).] Adiante: «Este ato se assemelha à sentença judicial; pode chegar até a tomar integralmente sua forma: o essencial é sempre a determinação jurídica do caso individual. O ato administrativo completa a idéia capital do *Rechtsstaat*, do Estado submetido ao regime de direito pela adaptação, ao administrativo, das formas judiciais». [*«Este acto se asemeja a la sentencia judicial; puede llegar hasta tomar íntegramente su forma: lo esencial es siempre la determinación jurídica del caso individual. El acto administrativo completa la idea capital del Rechtsstaat, del Estado sometido al régimen del derecho por la adaptación, a lo administrativo, de las formas judiciales»* (pág. 83).] Cf., no texto, o nº 11, *infra*, e a nota 149.

mole dos atos praticados pelos órgãos e agentes públicos, que compõem a multifária, protéica atividade da Administração.

Assim, para que o conceito de ato administrativo fique definido, é preciso escoimá-lo de todas as realidades que não o integram. Lembra Marcelo Caetano que «diziam os escolásticos que a definição deve conter o "gênero próximo e a diferença última". De modo que a realidade que se procura definir — e *definir* é traçar os limites do conceito em relação aos outros conceitos afins — tem de ser classificada num gênero e depois diferenciada com suficiente nitidez de todas as outras realidades que no mesmo gênero possam confundir-se com ela» (116).

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

Da mesma forma, por não serem atos jurídicos, não são igualmente atos administrativos os *atos materiais*, ou *operações materiais* (também chamados

116. *Princípios*, cit., nº 45, pág. 107.

fatos administrativos), que muitas vezes são apenas a execução de atos administrativos propriamente ditos (117). Como exemplos de tais atos podem ser mencionados, além do da aula escolar, anteriormente referido, os indicados por Celso Antônio Bandeira de Mello: uma operação cirúrgica por médico no exercício de sua atividade como funcionário, a pavimentação de uma rua, etc. (118).

A esse respeito adverte Ernst Forsthoff que se deve partir da idéia de que o ato administrativo é um conceito jurídico, que tem de cumprir uma função dentro do direito; por isso só pode compreender aqueles atos dos quais emana diretamente um efeito jurídico. Não têm tal efeito, por exemplo, as meras comunicações, as informações, as prevenções sem ameaça concreta de meios coativos (119); o recebimento de petições

117. Cf. Zanobini, *Corso*, cit., pág. 196.

118. Cf. Marcelo Caetano, *Princípios*, cit., nº 46, págs. 108-9; C. A. Bandeira de Mello, *Elementos*, cit., pág. 37.

119. Cf. George Vedel-Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, 9ª ed., Paris, 1984, pág. 240 s., com indicação da jurisprudência francesa a respeito e afirmando inicialmente: «Certos atos unilaterais não são decisões executórias porque o elemento de decisão não se encontra neles. Segundo um termo tomado de empréstimo ao contencioso administrativo, *eles não causam prejuízo.*» [*Certains actes unilatéraux ne sont pas des décisions exécutoires car l'élément de décision ne s'y rencontre pas. Selon un terme emprunté au contentieux administratif, ils ne font pas grief.*] «Outra coisa é a repreensão com multa», como decidiu, acertadamente, o Tribunal Superior Administrativo (*Oberverwaltungsgericht*) da Saxônia, em 19 de março de 1940, ressalva Forsthoff (*loc. cit.* na nota 120, *infra*).

(«*admisión de súplicas*»), assim como todos os atos de natureza puramente interna que servem para preparar a solução de um problema administrativo (informes, anotações marginais em documentações procedimentais etc.). Destes só decorrem efeitos jurídicos imediatos quando, em certas circunstâncias, constituem ordens hierárquicas dentro da Administração. E ficam excluídas do conceito de ato administrativo grande parte de funções da Administração, que constituem meros encargos de fato, como a construção de vias de tráfego, a instalação ou modificação (que eventualmente lhe compitam) de equipamentos técnicos (rede telefônica ou telegráfica, etc.) (120).

E Rivero também faz notar que as *operações administrativas* são múltiplas e multiformes, seja precedendo e preparando as decisões (com estudos preliminares), seja constituindo a execução delas e, mais largamente, a realização do serviço. Mas observa que, seja qual for sua importância prática, seu papel jurídico remanesce secundário; se geram obrigações é de maneira indireta — por exemplo, causando um dano que enseja um direito de reparação à vítima. Frequentemente elas são a execução material de obrigações preexistentes (121).

120. *Tratado*, cit., § 11, 1, págs. 282-3.

121. *Droit Administratif*, cit, nº 80, pág. 75.

9. Definições de ato administrativo

Um passo importante, parece-nos, foi dado com a definição de Otto Mayer: «O ato administrativo é uma declaração da autoridade, no exercício da administração, que determina para o cidadão, num caso concreto, o que deve ser de direito para ele» (122). Fritz Fleiner comenta que «essa terminologia e essa concepção são adotadas pelo Tribunal administrativo supremo saxão» (123).

E parece-nos que nela, substancialmente, assenta a definição apresentada por Michel Stassinopoulos: «declaração de vontade emitida por um órgão admi-

122. A falta da obra original, em alemão ou em francês (esta traduzida pelo próprio Otto Mayer, como se vê do prefácio da edição francesa de 1903, reproduzido na tradução argentina de 1949, *op. cit.*, págs. XXIII-XXV), procuramos traduzir a definição (no texto, acima) mediante confronto da tradução argentina com a tradução francesa da definição, feita por Charles Eisenmann no *Les principes généraux*, cit., de Fritz Fleiner (§ 13, II, pág. 119, nt. 1), da 3.ª edição alemã, de 1924, do *Deutsches Verwaltungsrecht*: «... une énonciation de l'autorité, rentrant dans l'administration, qui fixe au citoyen dans un cas donné ce qui doit être de droit pour lui». A tradução argentina diz: «El acto administrativo es un acto de autoridad que emana de la administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser de derecho en un caso concreto» (*Derecho Administrativo Alemán*, cit., § 89, I, vol. I, pág. 126).

123. «Cette terminologie et cette conception sont adoptées par le Tribunal administratif suprême saxon» (*loc. cit.* na nota 122, *supra*).

nistrativo, determinando de maneira unilateral o que é de direito em um caso individual» (124).

E ele próprio destaca, como elementos dessa noção, os seguintes: a) declaração de vontade; b) emissão por um órgão administrativo; c) natureza unilateral da declaração; d) determinação do direito no caso individual (125).

Mas Stassinopoulos lembra também as fórmulas conceituais de Hauriou: «declaração de vontade visando produzir um efeito de direito, em face dos administrados, emitida por uma autoridade administrativa em forma executória, ensejando a execução de ofício» (126); a de Waline: «ato jurídico unilateral de um administrador qualificado, agindo como tal, suscetível de produzir por si mesmo efeitos de direito» (127); e a da jurisprudência dos tribunais administrativos alemães, segundo a qual há ato administrativo individual (*Entscheidung* ou *Verfügung*) «se por parte de uma au-

124. «*Nous définissons l'acte administratif comme la déclaration de volonté émise par un organe administratif et déterminant d'une façon unilatérale ce qui est du droit dans un cas individuel*» (*Traité*, cit., § 49, pág. 37).

125. Michel Stassinopoulos, *Loc. cit.* na nota 124, *supra*.

126. *Précis*, cit., pág. 356 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 124, *supra*, nt.1].

127. *Manuel élémentaire de droit administratif*, 1952, pág. 241 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 124, *supra*].

toridade administrativa é editado um ato dirigido a uma pessoa sujeita ao poder público, estabelecendo a seu respeito, com força obrigatória direta, uma ação ou uma abstenção determinada» (128).

E Waline, já no *Droit administratif* (129), diz que se pode ainda, com Hauriou, chamar, aos atos administrativos unilaterais, *decisões executórias* — expressão que denota seu objeto: modificar a situação jurídica existente [*«changer l'ordonnement juridique existant»*], e seu efeito principal, que é serem executórias por si mesmas. E, examinando seus caracteres (os de serem atos jurídicos, de autoridades administrativas, com objeto administrativo), explica: «Desde logo, são atos jurídicos, isto é, atos praticados com a intenção de produzir efeitos de direito, de criar uma situação jurídica nova, um direito subjetivo novo, e reciprocamente uma obrigação nova a cargo de alguém, ou ainda de denegar uma pretensão jurídica» (130).

128. V. W. Zinzer, *Der allgemeine Teil des öffentlichen Rechts in der jüngsten Rechtssprechung des badischen, bayerischen u.s.w. Verwaltungsgerichtshofes*, «Verwaltungsarchiv» nº 39 (1934), pág. 250 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 124, *supra*].

129. Paris, 1957, 7ª edição, nº 668, pág. 382.

130. «*Tout d'abord, ce sont des actes juridiques, c'est-à-dire des actes faits dans l'intention de produire des effets de droit, de créer une situation juridique nouvelle, un droit subjectif nouveau, et réciproquement une obligation nouvelle à la charge de quelqu'un, ou bien encore de dénier une prétension juridique.*»

O ato jurídico, e, pois, o ato administrativo — prossegue — , opõe-se assim à operação puramente material. A distinção é geralmente fácil de fazer: a nomeação de funcionário é um ato jurídico, porque confere à pessoa nomeada certos direitos, como certas competências (o poder de praticar validamente determinados atos), e obrigações; pavimentar uma estrada, ao contrário, é uma operação que nada tem de jurídico, que é puramente material. Outras vezes é menos fácil: por exemplo, na detenção de uma pessoa o ato jurídico é o mandado de prisão ou de condução, enquanto a operação material é a apreensão do corpo do indivíduo detido, (empregando-se mesmo uma palavra especial para designar esse ato material: a «captura»)
(131).

Com a mesma concepção substancial, no direito francês, Louis Rolland: do ponto de vista material, «o ato administrativo é o que cria uma situação jurídica em proveito ou a cargo de um indivíduo ou determina a aparição de certa situação» (132). Os atos da administração são: *decisões executórias*, manifestações de opinião (ex.: pareceres e votos) e atividades (*agissements*). A decisão executória pode visar a um

131. M. Waline, *op. cit.*, nº 669, pág. 382. V. nota 134, *infra*.

132. «*L'acte administratif est celui qui crée une situation juridique au profit ou à la charge d'un individu ou détermine l'apparition de cette situation*».

número indeterminado de pessoas ou de situações, ou a uma pessoa ou uma situação determinada. «Ela cria sempre alguma coisa de novo, seja porque formula uma regra nova, seja porque modifica a situação jurídica de um particular» (133). Os *agissements* são operações técnicas de execução, conjuntos de operações ou simples operações materiais. Essas e as manifestações de opinião «não criam nada»: apenas acompanham ou constituem a execução das decisões (134). Os atos administrativos podem ser unilaterais ou bilaterais (compreendidos nesta classe os contratos administrativos) (135).

10. Ato administrativo: ponte entre a lei e o cidadão

Vemos, portanto, que o ato administrativo, particularmente o ato administrativo individual, tem a função precípua de concretizar, de individualizar as disposições da lei. Isso não seria sempre necessário. Como observa Fritz Fleiner, a lei pode atribuir direta-

133. «Elle crée toujours quelque chose de nouveau, soit parce qu'elle formule une règle nouvelle, soit parce qu'elle modifie la situation juridique d'un particulier». Cf. Rivero, nota 111, *supra*.

134. *Précis de droit administratif*, 2ª edição, nova tiragem, 1953, Paris, ns. 59-60, págs. 46-7. Cf. Forsthoff e Rivero, no nº 8, *supra*, notas 120 e 121.

135. Rolland, *op. cit.*, nº 61-B; cf. ns. 62-72, págs. 47-57.

mente conseqüências de direito a um fato, e, assim, criar imediatamente, para o cidadão, direitos e obrigações. Dessa forma, desde a entrada em vigor de uma postura municipal o proprietário de uma casa tem, por exemplo, a obrigação de proceder à limpeza da calçada, sem dever esperar receber uma ordem individual para isso do Poder administrativo competente (136). Mas pode ser necessário em muitas situações, em que há necessidade de verificação de circunstâncias de fato para saber se uma disposição legal deve ser aplicada a uma coisa ou a uma pessoa; pense-se na multiformidade das manifestações do poder de polícia, quer sob a forma de direitos (permissões, autorizações) quer de obrigações; pense-se ainda na hipótese de haver necessidade de avaliação de um imóvel para calcular a prestação financeira devida pelo proprietário; enfim, os exemplos seriam numerosos. Dessarte, «a maior parte dos direitos e obrigações de Direito Público só recebem a sua forma definitiva por uma declaração de vontade da autoridade administrativa. Entre a lei e o sujeito vem se inserir um ato da autoridade administrativa», sintetiza, em fórmula feliz, Fritz Fleiner (137).

136. *Les principes généraux*, cit., § 13, I, pág. 116.

137. «*Mais la plupart des droits e des obligations de droit public ne reçoivent leur forme définitive que par une déclaration de volonté de l'autorité administrative. Entre la loi et le sujet vient s'insérer un acte de l'autorité administrative*» (*loc. cit.*, pág. 117; grifo nosso).

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

Mas, além disso, há ainda o caso em que esse deixa de cumprir uma obrigação que lhe era imposta diretamente pela lei: então a autoridade deve intervir para fazer com que seja realizada de fato a exigência legal (o proprietário da casa, que não limpou o passeio, recebe a ordem para fazê-lo da autoridade que tem o poder de polícia [138]).

Toda disposição (ato administrativo), escreve Fleiner, contém uma declaração de vontade, um comando de autoridade, da mesma forma que a lei ou o regulamento. «Mas, enquanto a lei e o regulamento estabelecem regras de direito, a disposição constitui uma *relação de direito*» (139).

Diferentemente da lei e do regulamento, «a disposição rege sempre uma espécie concreta ou uma soma de espécies concretas (140). Ela é dirigida a um indi-

138. Exemplo de Fleiner, *ibidem*, pág. 118, nt.1.

139. «*Mais, alors que la loi et le règlement établissent des règles de droit, la disposition fonde un rapport de droit*» (*ibidem*, pág. 119; grifo nosso).

140. Tribunal Administrativo Supremo prussiano, t. 49, 369 [cit. por Fleiner, *loc. cit.* na nota 141, *infra*].

víduo determinado ou ao número ilimitado dos indivíduos que se encontram na situação regradada pela disposição» (141).

11. Ato administrativo e fixação do direito (sentença)

Confirmando o que dissemos no nº 9, *supra*, Michel Stassinopoulos escreve, páginas adiante de sua definição, fazendo remissão a Otto Mayer (142), que «o ato administrativo determina o direito no caso individual» (143); e procura explicar, nesse parágrafo (144), que «a determinação do direito no caso individual não é

141. «... *la disposition règle toujours une espèce concrète ou une somme d'espèces concrètes. Elle est adressée à un individu déterminé ou au nombre illimité des individus qui sont parties à la situation réglée par la disposition*».

Assim, de acordo com a lei do Império sobre as associações, de 19 de abril de 1908, §§ 13 e 14 (exemplifica Fleiner), a disposição pela qual a Polícia [*un fonctionnaire de la police*] dissolve uma reunião é dirigida a todos os participantes dela; da mesma forma, a lei de 30 de julho de 1900, sobre a luta contra as doenças contagiosas, autoriza as autoridades a editar, para a luta contra as epidemias, disposições gerais dirigidas a classes inteiras de pessoas (*Les principes généraux*, cit., § 13, II, pág. 120 e nts.¹ e ²).

142. *Verwaltungsrecht*, cit., I, pág. 93 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 143, *infra*, nt.4].

143. «*L'acte administratif détermine le droit dans le cas individuel*».

144. § 10 do *Traité*, págs. 68-75.

senão uma aplicação da lei» (145).

Essa fixação do direito não é uma regra legal; é, sim, a aplicação desta. A Administração age sempre com base em lei, em direito preexistente (princípio da legalidade [146]). Essa regra de direito limita, em abstrato, a vontade das pessoas; e o ato administrativo, na aplicação, na execução da regra, concretiza essa limitação para uma ou mais pessoas.

Ora, o Poder Executivo tendo, constitucionalmente, somente a função de aplicar as leis, não pode criar limitações à vontade, aos direitos dos cidadãos, sem que elas resultem direta ou indiretamente de ato emanado do Poder Legislativo. Daí dizer-se, procedentemente, que, diversamente do particular, que pode fazer tudo o que a lei não proíbe (Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, art. 50, II [147]), a Administração não somente está impedida de agir *contra legem* ou *praeter legem*, mas ainda está obrigada a agir *secundum legem*. (E no agir segundo a lei deve-se entender essa, hoje, em sentido lato, estando a Administração jungida a observar também os regulamentos por

145. «La détermination du droit dans les cas individuels n'est qu'une application de la loi» (Loc. cit., pág. 68).

146. Cf. *op. ult. cit.*, § 10, II, e Cretella Júnior, *Dir. Adm. Bras.*, cit., nº 3, págs. 4-6.

147. Constituição de 1969, art. 153, § 2º.

ela mesma - anteriormente baixados: *legem patere quam ipse fecisti* [148].)

Mas a aplicação da lei é também tarefa da *sentença* jurisdicional; e chega-se ao ato administrativo como se chega a ela, partindo-se da subsunção do fato à lei. Não pára aí, porém, o paralelismo. A jurisdição, como a administração, não se satisfazem em decidir qual o direito aplicável num caso concreto: não se faria aí a *realização* do direito; para que ele se efetive é preciso haver em seguida a execução da decisão (a pedido do interessado, na jurisdição). Otto Mayer ressaltou essa equivalência, escrevendo: «O ato administrativo representa para a administração o correlativo necessário das sentenças dos tribunais; ele é indispensável a fim de que a organização administrativa tenha igual valor do ponto de vista jurídico. Por isso é que insistimos desde o princípio, com grande ênfase, sobre o *caráter equivalente* do ato administrativo com relação à sentença» (149).

148. Cf. Waline, *Droit Adm.*, cit., nº 701, pág. 402; Cretella Júnior, *Dir. Adm. Bras.*, cit., nº 3. Jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo prussiano, de 6 de janeiro de 1896: «a Polícia (a Administração) não pode exigir tudo o que a lei não a impede de exigir, mas pode exigir somente o que a lei lhe permite exigir» [«die Polizei darf nicht alles fordern was sie nicht durch Gesetz gehindert ist zu fordern, sondern sie darf nur fordern, was das Gesetz zu fordern gestattet: la police (l'administration) ne peut exiger tout ce que la loi ne l'empêche pas d'exiger; elle peut exiger seulement ce que la loi l'habilite à exiger» (M. Stassinopoulos, *Traité*, cit., § 10, I, págs. 68-9, e nt.1)].

149. «El acto administrativo representa para la admi-

A análise comum do ato administrativo e da decisão jurisdicional, em seus elementos lógicos, comenta Michel Stassinopoulos, nos leva inicialmente a pensar que se trata de duas manifestações da mesma função, tendo por objeto a aplicação da lei; e chega-se, assim, à teoria que confunde as duas funções (150), segundo a qual administrar e julgar são formas diferentes da mesma atuação, e a distinção entre elas só tem valor histórico (151). De acordo com essa teoria, a distinção foi-se confirmando gradualmente, precisando a lei em cada passo os atos de execução que seriam jurisdicionais e os que não o seriam. De início somente estavam cobertos pelas garantias jurisdicionais os atos concernentes à vida, à liberdade e à propriedade dos cidadãos, para depois estenderem-se essas garantias a

nistración el correlativo necesario de las sentencias de los tribunales; él es indispensable a fin de que la organización administrativa tenga igual valor desde el punto de vista jurídico. Por ello es que insistimos desde el principio, con gran energía, sobre el carácter equivalente del acto administrativo con relación a la sentencia» (Der. Adm. Alemán, cit., § 50, pág. 75, onde lembra que já Henrion de Pansey [De l'autorité judiciaire, Cap. XXXIX, em 1810] estabeleceu essa comparação entre a sentença e o ato administrativo). Cf. nota 115, supra.

150. E aqui esse autor faz remissão a Merkl, *Allgemeine Verwaltungsrecht*, 1927, pág. 30 e segs.; Kormann, *Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung*, no *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* (Anuário do direito público), 1913, págs. 3-5; Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, I, 1920, pág. 763; Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, pág. 231; H. Berthélémy, *Traité*, cit., págs. 1 e 12; Otto Mayer, *Droit adm. allemand*, cit., I, pág. 71; Th. Tsatsos, *Introduction à la théorie générale de l'État*, pág. 19 (Stassinopoulos, *Traité*, cit., § 10, II, pág. 70, nt. 3).

151. Faz-se, aí, remissão a Merkl, *op. cit.*, pág. 33.

outras matérias atribuídas outrora ao livre domínio da Administração (152).

12. Critério de distinção entre ato administrativo e sentença

Empenhando-se em fazer de maneira precisa essa distinção, Stassinopoulos, depois de afastar, como não decisivos, outros critérios (o do poder discricionário da Administração, o da ação de ofício dessa, o da contestação sempre presente perante o juiz [153]), detêm-se no da finalidade inerente a cada uma daquelas funções do Estado. E argumenta que a Administração tem por fim satisfazer aos interesses públicos, aos interesses da coletividade, praticando os atos necessários para atingir esse objetivo; e, assim, o ato administrativo (decisão executória, disposição) é apenas o *meio* de que se serve para alcançar o desiderato. Enquanto isso, a jurisdição tem na prolação da sentença, na consecução da decisão jurisdicional, o próprio *fim* de sua atividade, já que a sua função precípua, seu escopo, é o de dirimir as controvérsias, estabelecendo assim a paz social, a ordem pública

152. Carré de Malberg, *op. cit.*, pág. 810 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 150, *supra*, págs. 70-1].

153. *Op. cit.*, § 10, III, págs. 71-3.

(pense-se especialmente nas ações e correspondentes sentenças meramente declaratórias e nas constitutivas).

Assim, a função jurisdicional, destinada à manutenção da ordem pública, resulta numa manifestação jurídica adequada a esse fim, e armada de uma força propícia a esse efeito: a decisão do juiz. De outra parte, a função «executiva» (função da Administração), tendo por escopo o atendimento das necessidades quotidianas do público, se exprime no ato administrativo, «manifestação jurídica extremamente elástica, em princípio revogável e facilmente adaptável à função da administração» (154). Assim, essa diferença de fins se traduz numa diferença substancial entre o ato administrativo e a decisão jurisdicional: somente essa é dotada da *força de coisa julgada* (material), ou «força de verdade legal» (força de direito: *Rechtskraft*).

«A força de coisa julgada é, pois, o verdadeiro critério da distinção entre o ato administrativo e a decisão jurisdicional» (155), conclui Stassinopoulos; e acrescenta que essa força não é todavia um elemento externo, mas um elemento de fundo, «que muda a natureza mesma do ato; esse deve doravante

154. «.... *manifestation juridique extrêmement élastique, révocable en principe et facilement adaptable à la fonction de l'administration*».

155. «*La force de la chose jugée est donc le vrai critère de la distinction entre l'acte administratif e la décision juridictionnelle*».

ser considerado como verdade legal e ab-roga definitivamente toda contestação: é o traço da decisão jurisdicional» (156). No mesmo sentido, Jêze sentencia: «Toda declaração não constitui um ato jurisdicional. Este ato só existe quando a declaração tem *força de verdade legal*. *Res -judicata pro veritate habetur*» (157).

Esse mesmo critério é inteiramente válido quando se trata da jurisdição dos tribunais administrativos, nos países que os têm (França, Itália, Grécia, Portugal, Bélgica, por exemplo). No Brasil, como se sabe, a jurisdição é privativa do Poder Judiciário (salvo exceções especialíssimas), e a este compete, portanto, o controle jurisdicional da Administração. Mas nos países que têm a jurisdição administrativa, especial, ao lado da jurisdição ordinária, torna-se mais difícil distinguir, como observou Stassinopoulos, os órgãos que a compõem «que nem sempre apresentam de maneira clara as características de um tribunal» (158),

156. «... qui change la nature même de l'acte; celui-ci doit désormais être considéré comme vérité légale et abroge définitivement toute contestation: c'est le trait de la décision juridictionnelle» (*Traité*, § 10, III, págs. 73-4).

157. «Toda declaración no constituye un acto jurisdiccional. Este acto sólo existe cuando la declaración tiene fuerza de verdad legal. *Res judicata pro veritate habetur*» (*Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, tradução espanhola, da 2ª edição francesa, por Carlos Garcia Oviedo, Madri, 1928, pág. 59).

158. «... ne présentent pas toujours d'une façon claire les caractéristiques d'un tribunal».

podendo constituir-se, por vezes, em «comitê que tem a competência de conhecer dos litígios entre administração e administrados» (159) — dos órgãos da chamada Administração ativa; e, conseqüentemente, distinguir os atos dessa jurisdição administrativa dos *atos administrativos*.

Aí, também, o critério decisivo será o da coisa julgada. Se a lei atribui aos pronunciamentos do órgão a «força de direito», e se ele não está ligado hierárquica ou organicamente ao órgão de que provém o ato impugnado, teremos um órgão jurisdicional, e jurisdicionais serão os atos que praticar (160); de modo que não ficarão sujeitos a controle hierárquico nem a revogação administrativa (161), ou a anulação por parte da própria Administração.

A esse propósito, aliás, anota Fritz Fleiner que, «na medida em que poderes de decisão são delegados à autoridade administrativa, suas decisões, tomadas em forma de disposições (...), e seus julgamentos, têm a força material de coisa julgada. A constituição

159. «... comité que a la compétence de connaître des contestations entre administration e administrés».

160. «Ora, essa força da coisa julgada é o critério verdadeiro que pode modificar a natureza do ato e criar um ato jurisdicional.» [«Or, cette force de la chose jugée est le critère véritable qui peut modifier la nature de l'acte e créer un acte juridictionnel».]

161. M. Stassinopoulos, *Traité*, cit., § 69, V, págs. 47-8.

wurtemberguesa, de 25 de setembro de 1919, o exprime em seu § 40: "Quando decidem litígios de direito, as autoridades e os funcionários são submetidos somente à lei"» (162).

Cabe ao legislador determinar os casos em que a declaração (da jurisdição administrativa ou judiciária) tem força de coisa julgada material; e saber quando quis aquele atribuir-lhe essa qualidade é uma questão de boa interpretação da lei (163). Aliás, já o dissera Jêze: «Ao legislador toca *discricionalmente* dispor que em um caso determinado a declaração que certo individuo faz tenha *força de verdade legal*. Por conseguinte, depende exclusivamente do legislador que uma determinada declaração constitua ou não um ato jurisdicional» (164).

162. «*Dans la mesure où des pouvoirs de décision sont délégués à l'autorité administrative, ses décisions rendues en forme de disposition (v. supra, p. 17) et ses jugements ont la force matérielle de chose jugée. Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, 129 e segs.; Kormann, System des Rechtsgeschäftlichen Staatsakte, 1910, 65 e segs.; Tribunal Administrativo Supremo saxão, t. 7, 102. Cf. à ce sujet, supra, § 2. La Constitution wurtembergeoise du 25 septembre 1919 exprime cela dans son § 40: "Lorsqu'ils tranchent des litiges de droit, les autorités et les fonctionnaires ne sont soumis qu'à la loi"» (Les principes généraux, cit., § 13, II, pág. 118, nt⁶).*

163. Stassinopoulos, *Traité*, cit., § 60, V, págs. 48-9, e § 10, III, pág. 74.

164. «*Al legislador toca discrecionalmente disponer que en un caso determinado la declaración que cierto individuo hace tenga fuerza de verdad legal. Por consiguiente, depende exclusivamente del legislador el que una determinada declaración constituya o no un acto jurisdiccional*». (Los principios generales, cit., pág. 59). Adiante (pág. 185, nt¹) «O autor, as formas e o

De outra parte, informa Stassinopoulos, a jurisprudência tem utilizado o critério material para formar um grupo de *atos emanados de órgãos administrativos mas relativos à função jurisdicional*. Os tribunais administrativos se abstêm de qualquer controle desses atos, procurando assim manter a harmonia entre as funções executiva e jurisdicional. Tais são: a) os atos de polícia judiciária, praticados por órgãos administrativos de qualquer hierarquia, como os dos comissários de polícia, dos agentes florestais, dos inspetores de finanças etc., quando agem na qualidade de agentes da polícia judiciária a fim de constatar um delito etc. (165); b) os atos dos órgãos administrativos praticados em execução de decisões dos tribunais, por exemplo, na execução de um despejo (166); o retardamento do serviço de polícia durante a execução (167). Devem classificar-se nessa categoria os decretos de graça, ou a decisão de recusá-la. Outrora esses atos eram considerados imunes a controle como *atos de go-*

objeto da declaração são de importância secundária». «Particularmente, é uma questão de exegese ou de interpretação da vontade expressa ou tácita do legislador». [«El autor, las formas y el objeto de la declaración son de importancia secundaria». «Particularmente, es una cuestión de exégesis o de interpretación de la voluntad expresa o tácita del legislador».]

165. «V. a jurisprudência francesa, Duez, *Responsabilité*, pág. 252; C.E. 30 jan. 1914. Banel e Than, *Rec.* p. 121. C.E. 20 jan. 1915, Maignat, *Rec.* 123. C.E. 14 mai. 1930, Chapiro Hayem, *Rec.* p. 494; *Tr. Confl.* 9 dez. 1911, Robin, *Rec.* p. 1.177.»

166. C.E., 6 mai. 1932, Taillandier, *Rec.*, p. 467.

167. C.E., 18 dez. 1935, Carné, *Rec.*, p. 1.206.

verno, mas a tendência da jurisprudência é a de tê-los como insuscetíveis de remédio administrativo-jurisdicional (*recours*) por sua relação com a execução das decisões dos tribunais (168).

**13. Traço característico do ato administrativo:
a vinculação bilateral**

Vimos, no início deste estudo, que o ato administrativo tem seu contexto no Estado de direito; só se compreende nesse. O princípio da legalidade, pode-se dizer, no âmbito da administração se exprime no ato administrativo, como no campo jurisdicional se traduz na sentença. A Administração, ao prover sobre as necessidades públicas quotidianas, não executa em geral as leis de maneira imediata, assim como o Poder Judiciário, ao atender à pretensão de um requerente, não pode ordenar imediatamente a prática de atos de execução para satisfazê-lo. Há necessidade em ambos os casos — como regra — da individualização do direito, da declaração da regra que será aplicada no caso concreto

168. «C.E. 28 mar. 1947, Gombert, em *R.d.p.* 1948, p. 90, *C.E.H.* 23 (1945): a inadmissibilidade de um recurso [*recours*, remédio administrativo-jurisdicional] contra a recusa de graça foi baseada em dois motivos: qualidade de ato de governo e relação do ato com a função judiciária» (M. Stassinopoulos, *Traité*, cit., § 60, IV, pág. 46 e nts^{3 6}). Cf., sobre o objeto deste número (12, *supra*), Otto Mayer, *Dir. Adm. Alemão*, cit., § 13, II e III, págs. 228-33 e 237.

submetido à apreciação da Administração ou do juiz; só depois disso é que é lícito exigir a submissão do particular. Essa correspondência entre o ato administrativo e a sentença foi apontada há bastante tempo (169).

Diz muito bem Michel Stassinopoulos: «A submissão da Administração à lei dá uma significação nova a suas ações. Do caos indisciplinado das operações materiais de toda sorte — do Estado policial — uma nova noção se destaca, a do ato administrativo, isto é, de um ato jurídico de natureza especial, determinando antecipadamente em que sentido a regra de direito deve ser aplicada num caso individual» (170).

Portanto, sendo a função do ato administrativo a de determinar o que é de direito num caso concreto, isso equivale à determinação dos direitos e obrigações recíprocos entre a Administração e o cidadão. Assim, este fica sujeito às operações materiais que possam ser praticadas em decorrência do ato; mas, por outro lado, a Administração, de sua vez, tam-

169. Cf. ns. 1 e 9-11, *supra*.

170. «*La soumission de l'Administration à la loi donne une signification nouvelle à ses actions. Du chaos indiscipliné des opérations matérielles de toute sorte — de l'État policier — une notion nouvelle se dégage, celle de l'acte administratif, c'est-à-dire d'un acte juridique d'une nature spéciale, déterminant à l'avance dans quel sens la règle de droit doit être appliquée dans un cas individuel*» (Traité, cit., § 20, I, pág. 22; cf. págs. 23-4).

bém fica subordinada, na respectiva execução, à regra individual estabelecida no mesmo ato. O ato administrativo é fonte e limite dos atos materiais. «A operação material está submetida ao ato jurídico como este está submetido à regra de direito». É o que se chama a «vinculação bilateral» (*engagement bilatéral*) (171).

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

Isso não quer dizer que o ato administrativo — «título» da «execução» administrativa — não possa vir a ser modificado (acabamos de afirmar que ele não é provido da autoridade da coisa julgada); que o particular e a Administração tenham de se conformar definitivamente com ele. Se entendê-lo ilegal, aquele pode impugná-lo na via jurisdicional (administrativa ou judiciária, conforme o sistema); para, então sim, obter uma declaração imodificável da regra jurídica fixada no ato (*res iudicata*; cf., entre nós, Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, art. 5º, XXXV [172]). Mas en-

171. «L'opération matérielle est soumise à l'acte juridique comme ce dernier est soumis à la règle de droit» (autor e loc. ult. cit., pág. 24, e § 10, IV, págs. 74-5).

172. Cf. Constituição de 1969, art. 153, § 4º.

quanto o ato administrativo não for modificado, pelo meio próprio (inclusive o recurso hierárquico, que, porém, também não produzirá coisa julgada), o administrado estará obrigado a sujeitar-se a ele. E, como se sabe, o ato administrativo tem o atributo da auto-executoriedade, não dependendo a autoridade de recorrer ao Poder Judiciário para efetivar a realização do direito.

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

Vale aqui, novamente, a comparação com a sentença — a mostrar como deve ser constante a preocupação dos juristas com a teoria geral do direito (como foi de grandes dentre eles, podendo-se aqui mencionar Carnelutti [173]). Também essa tem de ser executada em

173. Cf. nº 7, *supra*. Adverte Geraldo Ataliba, no Prefácio ao livro *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, de Lourival Vilanova (ed. Educ-Rev. dos Tribs., 1977), com inteiro acerto: «3. De nada vale o conhecimento de uma seara, se se desconhece sua articu-

seus precisos termos. O Código de Processo Civil

lação com as demais. De pouco vale a familiaridade com certas informações, se não se as coordena com o universo do Direito, se não se sabe filiá-las, explicá-las e concatená-las com os fundamentos em geral, e com o todo sistemático onde inseridas. / É inútil o conhecimento que se limita à superfície do fenômeno jurídico, sem buscar penetrar seus fundamentos explicativos e justificativos. / 4. É precária, instável e volúvel a visão jurídica predominantemente dependente de informações, que ___ com a eventual falta de senso crítico-científico do estudioso ___ não podem ser adequadamente avaliadas, analisadas e empregadas, na exata medida de sua funcionalidade operativa. / 5. Tanto pior quando o acervo de informações é de tal vulto que não pode sequer ser assimilado pelo estudioso, na sua universalidade, forçando as especializações e condicionando uma visão necessariamente parcial do fenômeno jurídico, com conseqüente perda da perspectiva mais radical e decisiva, que é precisamente a global» (*loc. cit.*, págs. XIII-XIV).

E Louÿrival Vilanova, na *Introdução* à mesma obra, observa, com precisão: «É opinião dominante no pensamento jurídico contemporâneo, entre os que se dedicam à Ciência do Direito, quer com finalidade predominantemente teórica, quer predominantemente prática, e em qualquer que seja o campo específico dessa ciência, a de que, sem teoria geral do Direito e sem outras investigações mais delicadamente abstratas, não se domina nem a teoria, nem a prática, nem o saber científico especializado, nem sua aplicação aos fatos concretos. /.../ A divisão da Ciência-do-Direito em áreas específicas representa o corte metodológico indispensável num domínio muito vasto. Sobre o *continuum* do universo-do-Direito, delineiam-se porções discretas, setores diferenciados de subsistemas de conhecimento: as ciências jurídicas dogmáticas. Mas, para não se confinar numa divisão meramente setorial, o jurista sente a necessidade de recuperar, de quando em quando, aquele ponto de intersecção, onde se encontram os juristas especializados com problemas comuns, genéricos, inespecificados. Nesse ponto de intersecção acham-se os conceitos fundamentais fornecidos pela teoria geral do Direito e pela Lógica jurídica (ramo da Lógica deontica). Isto em nível mais abstrato. Porém, ainda, em nível científico, em sentido estrito. Em nível mais radical, prosseguindo até a Filosofia do Direito. /.../ Ponto de apoio para as análises formais deve ser a consulta à Ciência-do-Direito. É preciso estar em contato com a teoria geral das obrigações, com a teoria geral do Direito administrativo, do Direito tributário, do Direito constitucional e com a teoria geral do processo e a parte geral do Direito penal.» (*ibidem*, pág. XXI).

brasileiro prescreve, no art. 610: «É defeso, na liquidação, discutir de novo a lide, ou modificar a sentença, que a julgou». E no art. 743 declara que há *excesso de execução* — impugnável por embargos (art. 741, V) — quando essa «se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença» (inc. III).

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

Michel Stassinopoulos afirma que «o traço característico, verdadeiramente próprio do ato administrativo, deve ser procurado nessa limitação bilateral, e não na "possibilidade de passar à execução", nem na "força de produzir efeitos jurídicos"» (174), exemplificando que de um mero ato material, que tenha causado danos, pode nascer uma pretensão por indenização. Efeito jurídico, portanto, de um ato não administrativo

E lembra, em remate: «Essa limitação bilateral da administração e do administrado é, bem entendido, um elemento fundamentalmente diferente da força

174. «*Le trait caractéristique, vraiment propre à l'acte administratif, doit être recherché dans cette limitation bilatérale et non pas dans "la possibilité de passer à l'exécution", ni dans "la force de produire des effets juridiques".*»

de coisa julgada que acompanha a decisão jurisdicional» (175).

14. Ato administrativo e coisa julgada

Convém insistir um pouco sobre esse ponto, pois a questão da coisa julgada, que se relaciona à da força vinculante do ato administrativo, está, de certa forma (como se viu do nº 13, *supra*), umbilicalmente ligada à do próprio conceito dessa espécie de ato jurídico.

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

Um ato estatal, continua, pode ser obrigatório quanto à sua existência ou quanto ao seu conteúdo. A ciência do processo chama essa força obri-

175. «*Cette limitation bilatérale de l'administration et de l'administré est, bien entendu, un élément fondamentalement différent de la force de la chose jugée qui accompagne la décision juridictionnelle*» (*Traité*, cit., § 10, IV, pág. 75 [cf. § 29, I, págs. 22-4; § 52, I, pág. 252; Otto Mayer, *Der. Adm. Alemán*, cit., § 89, II, 2, págs. 131-2]).

gatória de força de direito (*Rechtskraft*), e a distingue em força de direito formal (ou coisa julgada formal, preclusão, acrescentamos), quando diz respeito à existência do ato, e força de direito material (ou coisa julgada material ou substancial), quando se liga ao conteúdo da decisão. Ora, sendo a questão da força obrigatória do ato administrativo relevante para o direito de que constitui a base (176), nada impede que se tomem emprestadas essa noção e essa expressão, primeiro elaboradas pelo direito processual.

Deve-se igualmente distinguir, em Direito Administrativo, a força de direito material e a força de direito formal. Têm igualmente força de direito formal os atos administrativos que, como os demais atos estatais, não podem mais ser atacados por nenhuma via de direito (177).

As leis em geral, prossegue Fleiner, prevêm prazos em que os interessados podem recorrer das de-

176. Cf. nº 1, *supra*.

177. Afirma Stassinopoulos que «a força de coisa julgada, do ponto de vista da forma» — não do ponto de vista do fundo —, «é reconhecida unanimemente aos atos da administração tornados inatacáveis pela expiração do prazo de recurso» [*«La force de la chose jugée au point de vue de la forme est reconnue unanimement aux actes de l'administration devenus inattaquables à la suite de l'expiration du délai de recours»*]; e faz remissão, aqui, a Fleiner (*Institutionen*, pág. 109 [*Les principes généraux*, cit., pág. 124]), e a Otto Mayer (*Zur Lehre...*, pág. 29; *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, pág. 163 [cf. *Der. Adm. Alemán*, cit., págs. 231-2]).

cisões das autoridades administrativas, seja às autoridades superiores, seja à jurisdição administrativa (ou, no Brasil, ao Poder Judiciário, não através de recurso, propriamente — salvo tomando-se essa palavra em sentido amplo —, mas através da ação adequada: p. ex., *habeas corpus*, mandado de segurança, ações possessórias, anulatórias, indenizatórias etc.). Assim, se o interessado, nesses prazos, não impugna a decisão numa dessas vias, terá precluído o seu direito de fazê-lo: é a coisa julgada formal. Daí em diante ele terá de suportar os efeitos do ato administrativo (da «decisão executória», da «disposição»), terá de sujeitar-se a ele enquanto permanecer em vigor, enquanto não for anulado por instância superior ou revogado pela própria autoridade que o editou (anulação, essa, feita pela autoridade superior *ex officio*, em função de seu poder de controle, e não a pedido do administrado, que perdeu a oportunidade de fazê-lo): «a disposição tornou-se inatacável» (178).

Mas as disposições das autoridades administrativas, indaga, adquirem a força de direito material, no sentido de que a autoridade e os cidadãos ficarão ligados definitivamente por seu conteúdo? E observa que o direito positivo criou a força da coisa julgada das decisões em direito privado por razões de oportunidade,

178. «... *la disposition est devenue inattaquable*» (F. Fleiner, *Les principes généraux*, cit., § 13, II, págs. 124-5).

«e exclusivamente de ordem processual». Não se deve «importunar os tribunais» uma segunda vez para julgar aquilo que já foi objeto de seu julgamento anterior, e o caso, antes litigioso, deve ser considerado agora como incontestável pelas partes (179). A esse respeito Stassinopoulos acrescenta (180) que «se adota, assim, a ficção da verdade da decisão com o escopo de assegurar a paz social»; e que «essa impossibilidade de modificar o ato compreende dois elementos: a) a interdição pronunciada pela lei de proceder à modificação, e b) o direito conferido ao particular de repelir essa modificação. Portanto, o aspecto material colado à noção de coisa julgada significa que uma relação jurídica se encontra regradada de maneira definitiva» (181).

E aqui Fritz Fleiner faz a distinção entre os fins da Justiça e os da Administração, expressando uma idéia repetida por Stassinopoulos (182). Diz ele

179. F. Fleiner, *loc. cit.* na nota anterior, pág. 125.

180. Fazendo remissão a W. Jellinek, Merkl, Otto Mayer e G. Langrod, nas obras que cita.

181. «On introduit ainsi la fiction de la vérité de la décision dans le but d'assurer la paix sociale». «Cette impossibilité de modifier l'acte comprend deux éléments: a) l'interdiction prononcée par la loi de procéder à la modification, et b) le droit accordé au particulier de repousser cette modification. Donc l'aspect matériel rattaché à la notion de la chose jugée signifie qu'un rapport juridique se trouve réglé d'une manière définitive» (*Traité*, cit., § 51, I, pág. 248 e nts.^{1 2} e).

182. Em passo em que o último faz remissão a Laband, G. Jellinek, O. Mayer, Duguit, Arthur e Raggi (cf. nº 12, *supra*).

que aqueles motivos acima vistos, que levaram o direito positivo a consagrar a força de coisa julgada dos julgamentos de direito privado, «não valem para as disposições da autoridade administrativa. Porque, para a administração, a realização do direito não é, como para a justiça, fim em si, mas somente meio. A atividade da administração não tem por escopo o de procurar a certeza jurídica, — tal é a função do julgamento civil, — mas atingir um resultado material útil para o Estado nos limites do direito» (183). Assim como o particular, na condução dos seus negócios, toma as medidas necessárias, de acordo com as necessidades cambiantes, assim também a Administração deve poder adaptar suas disposições a exigências novas, modificando-as sempre que necessário para atender ao interesse geral, força motriz de seu agir. O que é hoje favorável a esse interesse pode, em curto espaço de tempo, não o ser mais, por terem mudado as circunstâncias. Mas o pensamento da Administração pode também evoluir, de modo que um ato que, na ocasião em que foi praticado, parecia corresponder ao interesse público, atualmente pode afigurar-se como contrário a esse interesse. Se a Administração estivesse ligada definitivamente àquele ato, uma vez

183. «*Mais ces motifs ne valent pas pour les dispositions de l'autorité administrative. Car, pour l'administration, la réalisation du droit n'est pas, comme pour la justice, fin en soi, mais seulement moyen. L'activité de l'administration n'a pas pour but de procurer la certitude juridique, — telle est la fonction du jugement civil, — mais d'atteindre un résultat matériel utile pour l'État dans les limites du droit.*»

editado, não poderia agora alterá-lo, ou editar outro em seu lugar. «Ora, um estado contrário ao interesse público não deve subsistir mesmo um só dia» (184).

Em sentido plenamente coincidente se pronuncia Stassinopoulos, para concluir que, segundo essas idéias, «deve-se excluir a força de coisa julgada de todo ato administrativo, sem exceção» (185), acrescentando que tal é a opinião dominante, e que sobre esse fundamento é que assentou sua distinção capital entre o ato administrativo e a decisão jurisdicional (186).

15. Noção de *revogação* do ato administrativo

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

Certamente não pretendemos aqui tratar de

184. «*Or un état contraire à l'intérêt public ne doit pas subsister même un seul jour*» (F. Fleiner, *Les principes généraux*, cit., § 13, II, pág. 125).

185. «*En suivant cette idée, on doit exclure la force de la chose jugée de tout acte administratif, sans exception*».

186. *Traité*, cit., § 51, II, *in fine*, págs. 251-2. Cf., sobre a coisa julgada, Otto Mayer, *Der. Adm. Alemán*, cit., § 15, I, págs. 263-81.

maneira aprofundada nem larga do assunto, que por si só é matéria para monografia. Pretendemos apenas tocar em alguns pontos essenciais, valendo-nos ainda, para tanto, sobretudo da síntese densa feita, em seqüência ao que foi acima exposto, por Fritz Fleiner.

É oportuno observar, de início, com Michel Stassinopoulos, que a questão da revogabilidade dos atos administrativos tem sido freqüentemente debatida; e que «é de notar que certos autores, e sobretudo os autores alemães, se esforçam em aproximar a noção de retirada [*retrait*; revogação] à da força da coisa julgada, e em precisar em que medida os atos administrativos possuem essa força» (187).

Convém, ainda, precisar a noção de revogação. Esse último autor, que trata do tema de maneira aprofundada e extensa em seu *Traité* (188), define inicialmente a noção de *retrait* (cuja melhor tradução é *retirada*), escrevendo: «A retirada de um ato administrativo implica a supressão ou aniquilação total ou parcial de seu conteúdo, por parte de um órgão da administração ativa. Se o ato assim suprimido é ao mesmo tempo substituído por outro, a retirada reveste a forma

187. «Il est à noter que certains auteurs et surtout les auteurs allemands s'efforcent de rapprocher la notion de retrait avec la force de la chose jugée, et à préciser dans quelle mesure les actes administratifs possèdent cette force» (*Traité*, cit., § 51, pág. 248).

188. §§ 49 a 62, págs. 241 a 249.

de u'a modificação; se é suprimido como ilegal, reveste a forma de uma anulação por via administrativa» (189). E, em nota à mesma página, Stassinopoulos adverte: «Nós empregamos os termos correntes "retirada" [*retrait*] ou "revogação" [*révocation*] para designar indiferentemente tanto a retirada retroativa como a retirada visando o futuro. M. de Laubadère, p. 183, sugere reservar-se a expressão "retirada" para a retirada retroativa e a expressão "revogação" ou "ab-rogação" [*abrogation*] para o segundo caso, em que o ato é suprimido para o porvir. Ele reconhece porém que na linguagem dos juristas os termos "retirar (ou ainda anular [*rappporter*] uma decisão" são empregados indiferentemente nos dois casos» (190).

189. «*Le retrait d'un acte administratif implique la suppression ou annihilation totale ou partielle de son contenu, de la part d'un organe de l'administration active. ¹ Si l'acte ainsi supprimé est en même temps remplacé par un autre, le retrait revêt la forme d'une modification; ² s'il est supprimé como illégal, il revêt la forme d'une annulation par voie administrative*» (Op. cit., § 50, I, pág. 243). Traduzimos, nesse trecho, por «aniquilação» a palavra francesa «*annihilation*», que também poderia ser traduzida por «anillação» — forma pouco usada —, e que significa (segundo o *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, 1ª ed.), no sentido principal, que aqui interessa: «Reduzir a nada; nulificar, anular: *Impossível aniquilar direitos secularmente consagrados*» (do lat. tardio *annihilare*).

190. «*Nous employons les termes courants "retrait" ou "révocation" pour désigner indifféremment tant le retrait rétroactif que le retrait visant l'avenir. M. de Laubadère, p. 183 suggère de réserver l'expression "retrait" au retrait rétroactif et l'expression "révocation" ou "abrogation" pour le second cas, où l'acte est supprimé pour l'avenir. Il reconnaît pourtant que dans le langage des juristes les termes "retirer (ou encore rapporter) une décision" sont employés indifféremment dans les deux cas*» (Stassinopoulos, loc. cit., nt.1). Traduzimos, aí,

Na Itália, Zanobini faz a distinção entre *annullamento* e *revoca*, mas ressalvando que «tais expressões não vêm sempre usadas com significado constante»:

«Os atos, com os quais se manifesta o poder de autotutela, assumem, segundo os casos, os nomes de "anulação de ofício" ou de "revogação". Tais expressões não vêm sempre usadas com significado constante: por isso, algumas vezes, vem-lhes atribuído um valor também impróprio. Na prática, e eventualmente nas próprias fontes legislativas, por revogação [*revoca*] se entende a retirada de um ato por parte da mesma autoridade da qual emanou, qualquer que seja o motivo, de legitimidade ou de mérito, de tal provimento: e, em contra-posição, é chamado de anulação [*annullamento*] o ato de uma autoridade superior, e ainda de uma autoridade jurisdicional, destinado a eliminar um provimento precedente, seja a decisão tomada por vício de legitimidade ou por imperfeição de mérito» (191).

«*rapporteur*» por «anular» porque é esse o sentido que a palavra tem em Direito Administrativo: revogar, abrogar, anular — segundo o dicionário «*Larousse de la Langue Française*» (Lexis), Paris, 1977: «*Dr. admin. Révoquer, abroger, annuler*».

191. «*Gli atti, con cui si manifesta il potere di autotutela, assumono, secondo i casi, i nomi di "annullamento di ufficio" o di "revoca". Tali espressioni non vengono sempre usate con significato costante: per questo, qualche volta, viene loro attribuito un valore anche improprio. Nella pratica, e talora nelle stesse fonti legislative, per revoca s'intende il ritiro di un atto da parte della stessa autorità che lo ha emanato qualunque sia il motivo, di legittimità o di merito, di tale provvedimento: e, in*

Mas obtempera: «Do ponto de vista jurídico e substancial, diversamente, a distinção não pode basear-se sobre o diverso sujeito de que emana o provimento, mas unicamente sobre o motivo desse: e tal é o critério que seguimos, falando precedentemente dos dois provimentos (§ 50, nº 2). Reportando-nos a quanto foi dito, podemos concluir que a anulação consiste na eliminação do ato enquanto viciado na sua legitimidade; a revogação é a retirada de um ato por vício de oportunidade» (192). E mais adiante: «A diferença não é despida de conteúdo prático: a anulação, como veremos, não encontra obstáculos nos eventuais direitos dos sujeitos aos quais o ato se refere; a revogação pode encontrá-los e por isso pode não ser, em muitos casos, possível» (193).

contrapposto, viene detto annullamento l'atto di una autorità superiore, e anche di una autorità giurisdizionale, diretto ad eliminare un precedente provvedimento, sia che a ciò esse addivengano per vizi di legittimità, oppure per imperfezioni di merito» (Corso, cit., I, págs. 256-7).

192. «Dal punto di vista giuridico e sostanziale, invece, la distinzione non può basarsi sul diverso soggetto che procede al provvedimento, ma unicamente sul motivo di questo: e tale è el criterio que noi abbiamo seguito, parlando in precedenza dei due provvedimenti (§ 5, nº 2). Richiamando quanto fu detto, possiamo concludere che l'annullamento consiste nella eliminazione dell'atto, in quanto viziato nella sua legittimità; la revoca è il ritiro di un atto per vizi di opportunità» (*id.*, *ib.*).

193. «La differenza non è priva di contenuto pratico: l'annullamento, como vedremo, non incontra ostacoli negli eventuali diritti dei soggetti cui l'atto si riferisce; la revoca può incontrarne e perciò può non essere, in molti casi, possibile» (*ib.*, pág. 258).

Mas é importante assinalar que Zanobini, conceituando a *revogação* como «invalidade por vício de mérito», chega à dedução de que a revogação, fundando-se sobre vícios originários do ato, retroage, como a anulação, ao momento da sua emanção (194).

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

para o agente que praticou o ato revogado, na ocasião em que o praticou; e pode ser que naquele momento a decisão tomada fosse realmente a melhor a tomar. Por que falar-se, então, em «vício de mérito»? Por que falar-se em «invalidade» do ato?

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

Em consequência, pouco importa, como anota Celso Antônio Bandeira de Mello, que o ato revogado fosse, ou não, inconveniente ou inoportuno na ocasião em que foi editado (195). *A revogação assenta em novo juízo.*

De modo que aquele entendimento, de que a revogabilidade decorre de vício originário do ato

195. *Elementos*, cit., pág. 81.

(ainda que de mérito), não se compadece com as razões que a melhor doutrina invoca para fundamentá-la, e que se relacionam com o princípio de que os atos administrativos não fazem coisa julgada (que vimos no número anterior e ainda veremos no seguinte).

Mas a melhor doutrina, também, faz a distinção entre as duas noções ainda quando, como notamos há pouco, denomina a ambas de retirada (*retrait*) ou revogação: «No que concerne à retirada dos atos individuais, deve-se distinguir entre a retirada de um ato regular e a retirada de um ato irregular». «Em princípio, a retirada de um ato regular equivale à ab-rogação de um ato que, até aqui, tinha existido legalmente (196); ele não cessa de existir senão a partir do momento de sua revogação. Daí resulta que a retirada de um ato individual regular não pode ter efeito retroativo. Pelo contrário, o ato irregular anulado nunca existiu, do ponto de vista jurídico» (197) (198).

196. «Jêze, I, ps. 117, 207. Delbez, p. 468. Raggi, *La revocabilità*, etc., p. 363. W. Jellinek, *Verw.-R.*, p. 287. C.E. 3 mar 1948, *Sté. coopérative laitière*, R.d.p. 1948, pp. 488-489» (cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 198, *infra*, nt.5).

197. W. Jellinek, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen*, 1908 (cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.* na nota 198, *infra*, nt.1).

198. «*En ce qui concerne le retrait des actes individuels, on doit distinguer entre le retrait d'un acte régulier et le retrait d'un acte irrégulier*». «*En principe, le retrait d'un acte régulier équivaut à l'abrogation d'un acte qui, jusqu'ici, avait existé légalement; ⁵il ne cesse d'exister qu'à partir du moment de sa révocation. Il en résulte que le retrait d'un acte individuel régulier ne peut avoir d'effect*

Fritz Fleiner trata, separadamente, da revogabilidade e da invalidade (199), nesta distinguindo o ato nulo e o anulável («atacável»: *attaquable, anfechtbar*), e afirmando que se a disposição (o ato administrativo) é anulada, «isso quer dizer em caso de dúvida que desde a origem ela não era regular nem válida» (como as disposições nulas); «porque nulidade absoluta e anulabilidade não se distinguem por seus efeitos, mas somente na maneira pela qual se realiza a eliminação da disposição irregular» (200).

Posição interessante tem Marcelo Caetano, que entende que a *revogação* pode também ocorrer quando se trata de *invalidade* do ato (nulidade ou anulabilidade), desde que seja decretada pela «própria Administração ativa», aparecendo assim a revogação «em oposição à anulação contenciosa», tomando «a forma de ato administrativo» (201). Mas distingue perfeitamente as duas situações, quanto aos efeitos: quando houver

rétroactif. Par contre, l'acte irrégulier annulé n'a jamais existé du point de vue juridique¹» (M. Stassinopoulos, *Traité*, cit., § 62, I e II, págs. 291-2; cf. § 48, I e II, págs. 237-8).

199. *Les principes généraux*, cit., § 13, II, respectivamente págs. 124-9 e 129-32.

200. «.... cela veut dire en cas de doute que dès l'origine elle n'était pas régulière ni valable. Car nullité absolue et anulabilité ne se distinguent pas par leurs effets, mais seulement dans la façon dont se réalise l'élimination de la disposition irrégulière¹» (*Op. cit.*, pág. 131 e nt.1).

201. *Principios Fundamentais*, cit., nº 88, págs. 190-1.

anulação (por «revogação» ou pela via contenciosa), fundada em invalidade, os efeitos do desfazimento do ato serão *ex tunc*; quando houver revogação, fundada em razões de conveniência ou oportunidade, os efeitos serão *ex nunc* (202).

No Brasil pode-se dizer, hoje, que a doutrina e a jurisprudência mais autorizadas e atualizadas distinguem nitidamente *revogação* e *anulação* do ato administrativo (203).

Quanto à jurisprudência, anota Lopes Meirelles que «os nossos tribunais, em alguns julgados, têm confundido *revogação* com *anulação*, como se pode verificar» dos acórdãos que cita (204). Mas atualmente a jurisprudência pacificou-se, por força da edição da *Súmula* 473, da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, que, pode-se dizer, fixou em preceito lapidar a doutrina elaborada a respeito. Diz essa fôr-

202. *Op. cit.*, ns. 84-6, págs. 181-7, e ns. 88, 90 e 91, págs. 190-1 e 193-8.

203. Vejam-se, por exemplo, na doutrina, Seabra Fagundes (*Revogação e anulamento do ato administrativo*, na *Rev. de Dir. Adm.*, 2/482, e *Rev. For.*, 107/217), Hely Lopes Meirelles (*Dir. Adm. Bras.*, cit., págs. 177-86), Celso Antônio Bandeira de Mello (*Elementos*, cit., págs. 73-99), Cretella Júnior (*Dir. Adm. Bras.*, cit., nº 206, I, págs. 353-62).

204. Supremo Tribunal Federal: *Rev. de Dir. Adm.*, 35/166, 42/230, 51/277; Tribunal Federal de Recursos: *Rev. de Dir. Adm.*, 54/294; Tribunal de Justiça do Distrito Federal: *Rev. de Dir. Adm.*, 54/304; Tribunal de Justiça de São Paulo, *Rev. For.*, 96/307.

mula jurisprudencial:

«A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial».

Com essa súmula ficou assentada, de maneira perfeita, a distinção entre anulação e revogação, e ficou também consagrado o direito de a própria Administração anular os seus atos (o que era antes posto em dúvida por alguns, entendendo que somente o Poder Judiciário, em nosso sistema, o poderia fazer). Quanto à revogação, é ponto pacífico que somente a Administração a pode fazer. Os tribunais não podem revogar os atos dessa, pois a revogação ocorre «por motivo de conveniência ou oportunidade» (mérito do ato administrativo), que se contém na esfera de discricionariedade da Administração, não sujeita a controle jurisdicional.

16. Revogabilidade do ato administrativo

Examinemos, então, em linha de princípio, a revogabilidade dos atos administrativos, como anunciamos no início do número anterior. E anotemos, desde

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

Mas, antes das considerações que se seguirão, façamos uma advertência, com Stassinopoulos. Afirma ele, inicialmente, que se pode asseverar «que em princípio os atos administrativos são revogáveis, com exceção dos dois casos seguintes: a) se a lei proibiu essa revogação; b) se a revogação pode encontrar-se em contradição com as situações que, de acordo com os princípios gerais enunciados sobretudo pela jurisprudência, devem ser protegidas» (205). E em seguida esclarece: «Nesses casos excepcionais nós não falamos

205. «*Nous pouvons donc affirmer qu'en principe les actes administratifs sont révocables, à l'exception des deux cas suivants: a) si la loi a interdit cette révocation, b) si la révocation peut se trouver en contradiction avec les situations qui, d'après les principes généraux énoncés surtout par la jurisprudence, doivent être protégées*» (Traité, cit., § 52, I, pág. 252).

da força da coisa julgada mas de uma *irrevogabilidade* (206). Com efeito, o princípio jurídico que reconhece essa impossibilidade de revogar um ato administrativo não se baseia na força da coisa julgada, mas na idéia seguinte: se se quisesse aplicar o princípio da revogabilidade dos atos administrativos a certos atos geradores de direitos de terceiros, a *força de resistência* (207) inerente a esses direitos seria um obstáculo à retirada dos mencionados atos. É assim que se diz frequentemente que o fundamento jurídico do princípio da irrevogabilidade dos atos que criaram direitos, é o "respeito aos direitos adquiridos"» (208).

206. «L. Benedicenti, *Contributo allo studio dell'autorità della cosa giudicata nella giurisdizione amministrativa*, p. 51; P. de Font-Réaulx, *Le pourvoi devant le Conseil d'État contre les décisions des autres tribunaux administratifs*, 1930, p. 42. Hauriou, p. 346; nota: "se se diz que os atos administrativos são revogáveis, isso significa que eles são privados da força da coisa julgada [*si l'on dit que les actes administratifs sont révocables, cela signifie qu'ils sont privés de la force de la chose jugée*]". A jurisprudência faz frequentemente mau emprego dos termos utilizando às vezes a expressão "força da coisa julgada" em lugar de "irrevogabilidade". Parece que tal confusão tenha sido assinalada algumas vezes na jurisprudência alemã [*La jurisprudence fait souvent un mauvais usage des termes en utilisant quelquefois celui de la "force de la chose jugée" au lieu de l'"irrevocabilité". Il semble qu'une telle confusion ait été signalée quelquefois dans la jurisprudence allemande*]; v. P. Schoen, *Der Widerruf, etc., Festgabe für Pr. OVG*, p. 122: "Rechtskraft ist hier nicht identifiziert mit Unanfechtbarkeit": "a irrevogabilidade não deve ser assimilada à força da coisa julgada [*l'irrevocabilité ne doit pas être assimilée à la force de la chose jugée*]"» (nota de Stassinopoulos, *loc. cit.*, págs. 252-3, nt.3).

207. «*Widerstandskraft*»: Herrnritt, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, 1921, págs. 311, 463 [cit. por Stassinopoulos, *loc. cit.*, pág. 252, nt.1].

208. «*Dans ces cas exceptionnels, nous ne parlons pas de la force de la chose jugée mais d'une*

Pelas razões expostas no nº 14, *supra*, Fritz Fleiner conclui que a autoridade administrativa não pode ficar ligada definitivamente à sua *disposição*, como o juiz ao seu julgamento; pode alterá-la, quer por mudança das circunstâncias quer «por simples mudança ou diferença de opinião». As disposições das autoridades administrativas não têm força de coisa julgada (material); elas são, em princípio, revogáveis. A Administração pode modificá-las ou retirá-las (revogá-las), desde que, na segunda das hipóteses acima referidas, aprecie os fatos ou a regra de direito de maneira diversa daquela com que os apreciou na ocasião da edição do ato. Daí se segue que, em contrapartida, o cidadão pode, a todo tempo, pedir a retirada de uma disposição editada contra ele, alegando que o interesse público não exige mais que ela seja mantida; e a autoridade não pode opor-lhe a alegação de coisa julgada. Por exemplo, a autoridade não pode exigir que o requerente de uma autorização ou permissão (como a autorização relativa à polícia de indústria ou de construção, ou a permissão para o «estabelecimento de uma bar-

*"irrevocabilité". En effet, le principe juridique qui reconnaît cette impossibilité de révoquer un acte administratif ne se base point sur la force de la chose jugée, mais sur l'idée suivante: si l'on voulait appliquer le principe de la révocabilité des actes administratifs à certains actes générateurs de droits des tiers, la "force de résistance"¹ inhérente à ces droits serait un obstacle au retrait des dits actes. C'est ainsi que l'on dit souvent que le fondement juridique du principe de l'irrévocabilité des actes ayant créé des droits, est "le respect des droits acquis"» (M. Stassinopoulos, *loc. cit.*, pág. 252-3).*

ragem)), que teve seu pedido denegado uma primeira vez, não o renove senão após o decurso de um certo prazo ou em caso de mudança das circunstâncias (209).

(Advirta-se mais uma vez, aqui, que a coisa julgada ora referida é a coisa julgada material [*materielle Rechtskraft, force de vérité légale*], não a simples coisa julgada formal [preclusão, *formelle Rechtskraft*], que também ocorre, como já vimos, em relação aos atos administrativos, quando o interessado deixou escoar o prazo de recurso hierárquico, ou quando esse já foi apreciado, confirmando-se a decisão da autoridade administrativa subordinada; ou quando decorrido o prazo previsto em lei para impetrar-se remédio jurisdicional contra o ato administrativo. Stassinopoulos sintetiza muito bem o *plus* que há na primeira, em relação à segunda, dizendo: «Examinada do ponto de vista material, a força de coisa julgada implica a impossibilidade não somente de atacar o ato, mas também

209. Mas diz ele que a questão de os atos administrativos não terem a força de direito material e serem em princípio revogáveis «é muito discutida» — o que, já vimos no nº 15, *supra*, também foi anotado por Stassinopoulos —, fazendo remissão a Schoen (*Der Widerruf der Verfügungen nach der Rechtsprechung des [preussischen] Obergerverwaltungsgerichts [Festgabe für das preussische Obergerverwaltungsgericht, 1925, pág. 118]*), Josef (*Abaenderlichkeit von Verfügungen (VerwArch, 30, 481)*); Friedrichs (em *VerwArch, 31, 284*), Koropatnicki (*Die Rechtskraft der Administrativbeschwerde [Gerichtshalle, Viena, t. 71, 1927]*), J. Mayer (*Ein Beitrag zur Frage des Widerrufs von Verwaltungsakten [Bayerisches Verwaltungsblatt, t. 75]*) [Fleiner, *Les principes généraux, cit., § 13, II e nt.1, pág. 126*].

de o revogar ou de o modificar» [210].)

A autoridade não deve fazer uso de sua faculdade de retirar ou modificar um ato jurídico senão quando o interesse público o exige. Não deve perturbar inconsideradamente situações jurídicas que se estabeleceram com base em disposições da própria Administração; nem deve mais declarar injurídicas as posses de estados de fato [*possessions*] de cidadãos que ela deixou subsistir sem contestação durante anos, porque mudou seu entendimento jurídico, quando não há necessidade absoluta disso (211).

A máxima *quieta non movere* e o princípio da boa fé (*Treu und Glauben*), continua Fritz Fleiner, de-

210. «*Examinée du point de vue matériel, la force de la chose jugée implique l'impossibilité non seulement d'attaquer l'acte, mais aussi de le révoquer ou de le modifier*» (*Traité, cit., § 51, I, pág. 248; cf., supra, nº 14*).

211. Fleiner anota que W. Jellinek (*Gesetzanwendung und Zweckmaessigkeitserwaegung, 1913, pág. 24*) indica, a respeito, um bom exemplo, tirado da jurisprudência badense. De acordo com o ponto de vista antigo, os cafés (não incluindo a venda de bebidas alcoólicas) não eram considerados como sujeitos a autorização em Bade. Posteriormente a jurisprudência badense passou a adotar interpretação predominante do § 33 do Código Industrial, de acordo com a qual os cafés eram também sujeitos a autorização (Landmann-Rohmer, *Reichsgewerbeordnung, I, 8ª ed., pág. 381*). A proprietária de um café que já existia havia muito tempo solicitou, como lhe exigia a policia administrativa [*la police*], uma autorização, e a autoridade lha recusou. A Corte de Justiça Administrativa anulou essa disposição por aresto de 5 de abril de 1905, protegendo a proprietária do café em seu «estado de posse» [*état de possession*] (*Die Rechtsprechung des Badischen Verwaltungsgerichtshofs, III, nº 1.042*) [Fleiner, *loc. cit.* na nota 214, *infra, nt. 2*].

vem valer igualmente para o administrador. Mas a possibilidade de uma retirada do ato administrativo fica sempre pendente sobre a cabeça do cidadão «como uma espada de Dâmocles». Por isso o legislador tem de procurar limitar o direito de revogação aos casos em que a segurança jurídica o exige. É assim que tem sido estabelecida a imutabilidade do ato criador de direitos ou obrigações quando sua edição depende da observância de um procedimento contraditório ou com indagação aprofundada; porque tal procedimento tem por fim, justamente, fazer com que o interesse público seja examinado em todos os aspectos, mas, de outro lado, também dar ao administrado a certeza de que o ato editado dessa maneira não será mais modificado. De tal modo, por exemplo, um industrial que obteve uma autorização de polícia da indústria, mediante um procedimento contraditório «prescrito pelo Código industrial (§ 19 sq.)», está ao abrigo de encargos individuais suplementares; a autorização não deve ser revogada ou modificada senão por motivos bem determinados na lei (212). A autoridade não

212. «Código industrial, §§ 40, 53 (redação de 7 de fevereiro de 1927). Landmann-Rohmer, I, 412. Kormann, *System des Rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, 1910, p. 340. O Código industrial protege entretanto o bem comum de outra maneira. Cf. § 51: "A autoridade superior pode interditar a todo tempo a continuação da utilização de toda instalação industrial em razão dos inconvenientes e perigos maiores que ela apresentaria para o bem comum. Mas o possuidor deve ser imediatamente indenizado dos danos demonstráveis. — É permitido recurso contra a disposição de interdição; a ação de indenização pode ser proposta perante os tribunais da ordem judiciária [*L'autorité supérieure peut interdire en tout temps la continuation de l'utilisation de toute installation industrielle en raison des inconvénients et dangers majeurs qu'elle présenterait pour le bien commun. Mais le*

tem mais a faculdade de modificar uma autorização concernente à policia da construção, dada por ela, depois que o proprietário começou a construir (213) (214).

Da mesma maneira, pondera Fleiner, um «"ato de imposição (*Steuer-Veranlagung*)" que adquiriu a força de direito formal» protege o contribuinte, se a lei não dispõe diversamente de modo expresso, contra uma imposição ulterior (215) — devendo-se supor que a autoridade tenha conhecido ou devesse conhecer os fatos que concorreram para a determinação da dívida fiscal, na ocasião de sua imposição (216).

possesseur doit être immédiatement dédommagé des dommages démontrables. — Le recours est permis contre la disposition d'interdiction; la demande d'indemnisation peut être portée devant les tribunaux de l'ordre judiciaire]» (Fleiner, *loc. cit.* na nota 214, *infra*, nt. 3).

213. Baltz-Fischer, *Preussisches Baupolizeirecht*, 5ª ed., por W. Fischer, 1926, págs. 240 s.; Drews, *Preussisches Polizeirecht*, 1927, pág. 68 [cit. por Fleiner, *loc. cit.* na nota 214, *infra*, nt.4].

214. F. Fleiner, *Les principes généraux*, cit., § 13, II, pág. 127.

215. «Isso é verdadeiro até um certo ponto para os impostos do Império: Código Fiscal do Império, §§ 75 e 76, e Bühler, *Steuerrecht*, I, 337; Hensel, *Steuerrecht*, 142» (Fleiner, *loc. cit.* na nota 216, *infra*, nt.1).

216. Aresto das seções fiscais reunidas do Tribunal Administrativo Supremo prussiano, em 4 de dezembro de 1899 (*Entscheidungen in Staatssteuersachen*, VIII, 265). «Contrariamente, o imposto pode ser exigido de todo contribuinte que foi esquecido por uma razão qualquer na ocasião da imposição [*Par contre l'impôt peut être exigé de tout contribuable qui a été oublié pour une raison quelconque lors de l'imposition*]. Lei prussiana sobre os impostos comunais, de 14 de julho de 1893, § 84. Código Fiscal do Império, § 212» (Fleiner, *loc. cit.*, pág. 128 e nt.2).

São, enfim, imodificáveis os atos das autoridades administrativas que, com autorização da lei, criaram direitos subjetivos em favor de certas pessoas (217). Fleiner lembra a esse respeito, como exemplos, a garantia de tratamento a um funcionário no ato de nomeação e a pensão dos funcionários (218); o direito a certa indenização de seguro reconhecida no ato de declaração (*Feststellungsbescheid*) ao trabalhador segurado (219); o direito do concessionário de estrada de ferro de construir e de explorar uma empresa de estradas de ferro; o direito resultante para o pequeno industrial [*fabricant*] de uma autorização para estabelecer uma barragem num rio público, etc. (220).

217. Arestos do Tribunal Administrativo Supremo saxônio, de 29 de janeiro de 1908 e 7 de janeiro de 1911 (*Jahrbücher des [königlichen] Saechsischen Oberverwaltungsgerichts*, tomo 12, 8; tomo 16, 292); Kormann (*System des rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, 1910, págs. 341 s.); W. Jellinek (*Verwaltungsrecht*, págs. 271 s.); Regulamento badense de 31 de agosto de 1884 sobre o procedimento em matéria administrativa, § 43, al. 2: «A autoridade que editou uma disposição ou uma decisão, ou a autoridade superior a essa autoridade, pode modificá-la ou anulá-la totalmente: 1º se ela não fez adquirir a uma parte um direito legal, e, nesse caso, por haver mudado de entendimento [*L'autorité qui a edicté une disposition ou une décision, ou l'autorité supérieure à cette autorité peut la modifier ou l'annuler totalement: 1º si elle n'a pas fait acquérir à une partie un droit légal, et en ce cas, pour avoir changé de vues ou modifié ses vues*]» (Fleiner, *loc. cit.*, pág. 128 e nt.3).

218. «Cf. Constituição do Império, art. 129, al. 1: "Os direitos adquiridos dos funcionários são invioláveis [*Les droits acquis des fonctionnaires sont inviolables*]» (*id.*, *ib.*, nt. 4).

219. «Código de Seguros do Império, §§ 1.583, 1.590» (*id.*, *ib.*, nt. 5).

220. *Loc. cit.*, pág. 127.

Entre nós se poderia lembrar que o respeito aos direitos adquiridos está consagrado na Constituição Federal (Const. Fed. de 5 de abril de 1988, art. 59, XXXVI [221]); e argumentar que se a Constituição proíbe até mesmo à lei «prejudicar» tais direitos, *a fortiori* se deve entender que não se pode modificar ou revogar um ato administrativo anterior, que os criou, por outro ato administrativo, para restringi-los ou extingui-los.

Apesar disso a Administração pode ser autorizada, em presença de circunstâncias particulares, a retirar uma disposição. Uma dessas autorizações é a reserva de modificações ou de revogação, prevista na lei ou na própria disposição, e que as faculta em relação a disposições em princípio irrevogáveis (222).

221. Constituição Federal de 1969, art. 153, § 3º.

222. «Kormann, 330 sqq. Cf. por exemplo a lei do Império, de 9 de junho de 1897, sobre o regime da emigração, § 10: "A autorização concedida aos empresários pode ser retirada a todo tempo ou restringida pelo chanceler do Império (...), com o consentimento do Conselho federal (...) ... [L'autorisation accordée aux entrepreneurs peut être retirée en tout temps ou restreinte par le chancelier d'Empire (...), avec le consentement du Conseil fédéral (...) ...]" — As autoridades de polícia têm o hábito de aditar uma reserva de modificação à autorização de polícia (autorização para construir, autorização de empresa industrial) ("reserva de condições ulteriores"), quando não se pode ainda perceber, no momento em que a permissão é concedida, até que ponto a empresa nova terá repercussões prejudiciais para o público [Les autorités de police ont l'habitude de joindre une réserve de modification à l'autorisation de police (autorisation de bâtir, autorisation d'entreprise industrielle) ("réserve de conditions ultérieures"), lorsqu'on ne peut pas encore apercevoir, au moment où la permission est délivrée, jusqu'à quel point l'entreprise nouvelle aura des répercussions dommageables pour le public]. Landmann-Rohmer, I, 240 sq.; Baltz-Fischer, 232. — Tais reservas não são possíveis senão na medida em que servem a

Bastante análoga a essa cláusula é a cláusula de decadência (*Verwirkungsklausel*), inerente a certas disposições criadoras de direito, segundo a qual a autoridade conserva a faculdade de retirar o direito conferido ao particular se ele não cumpre as obrigações ligadas a esse, de natureza pública (223).

Mas há, enfim, atos administrativos que só conservam sua vigência enquanto persistem as circunstâncias em que eles foram editados (224). A autoridade

fazer valer exigências legais [*De semblables réserves ne sont possibles que dans la mesure où elles servent à faire valoir des exigences légales*]] (F. Fleiner, *Les principes généraux*, cit., § 13, II, pág. 128 e nt. 6).

223. «Kormann, 403 sqq. É assim que a lei prussiana de 3 de novembro de 1838, sobre as empresas de estradas de ferro, § 47, prescreve que a concessão de estrada de ferro torna-se caduca e que a estrada de ferro é posta em arrematação, por conta da sociedade, "quando esta não cumpre uma das condições gerais ou particulares, e uma constituição em mora, em execução, fica sem resultado por um prazo final de no mínimo três meses". [*C'est ainsi que la loi prussienne du 3 novembre 1838 sur les entreprises de chemins de fer, § 47, prescrit que la concession de chemin de fer devient caduque et que le chemin de fer est mis en adjudication pour le compte de la société "lorsque celle-ci ne remplit pas l'une des conditions générales ou particulières et qu'une mise en demeure d'exécution reste sans résultat dans un délai final de trois mois au minimum".*]] (F. Fleiner, *loc. cit.*, pág. 128 e nt. 7.)

224. «Kormann, 361 sqq. Exemplos: Código de Seguros do Império, § 608: "Se uma mudança essencial se produz nas circunstâncias que tiveram uma influência determinante para a fixação da indenização, pode-se proceder a uma nova fixação [*Si un changement essentiel se produit dans les circonstances qui ont eu une influence déterminante pour la fixation de l'indemnité, il peut être procédé à une nouvelle fixation*]]. Da mesma maneira, § 1.304 (retirada de uma renda de invalidez). Cf. igualmente Código Industrial, § 53 (retirada da aprovação, quando o proprietário decaiu de seus direitos civis honoríficos)) [Fleiner, *loc. cit.*, pág. 128, nt. 8].

pode ser autorizada a revogar totalmente o ato administrativo ou a substituí-lo por outro, em caso de mudança ou de desaparecimento das circunstâncias; mas é preciso observar que a revogação por desaparecimento das condições só pode ocorrer nos casos indicados pela lei (225).

No Brasil, podemos dizer que a norma básica, limitadora da revogabilidade dos atos administrativos, é a do art. 59, XXXVI, da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, há pouco lembrada, no que se refere aos direitos adquiridos, ressalvados expressamente na *Súmula* 473, do Supremo Tribunal Federal (226).

17. A noção de *totalidade* ou *estrutura*

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

Não se deve considerar o ato administrativo como a soma dos vários possíveis elementos em que é de-

225. F. Fleiner, *loc. cit.*, págs. 128-9.

226. Cf. o teor dessa súmula no nº 15, *supra*, *in fine*.

componível, assim como o conceito moderno de propriedade repele a concepção antiga, que a tinha como a soma de diversos poderes, expressos como o «*ius utendi, fruendi, abutendi, possidendi, alienandi, disponendi, vindicandi* ou, mais brevemente, como o direito de usar e de dispor da coisa (considerando-se compreendido no uso o *uti*, o *frui* e o *abuti*, na disposição qualquer ato de alienação e, em qualquer deles a proteção legal dada pela *reivindicatio*)» (227). Ruggiero, após dizer que «foram desprezadas e reconhecidas falsas as antigas doutrinas que definiam o domínio como» a reunião desses diversos *iura*, ensina: «A propriedade não é uma soma de faculdades, mas a unidade de todos os poderes conferidos ao titular, não é uma série de faculdades determinadas *a priori*, mas um poder geral, do qual todos os poderes imagináveis fazem parte, não sendo senão exteriorizações da sua plenitude. Não é pois possível enumerá-los, uma vez que não é possível dizer o que o proprietário pode fazer, mas apenas o que não pode, quer o limite seja dado pelas normas jurídicas, seja que derive da concorrência do direito de outrem» (228).

No mesmo sentido, entre nós, Orlando Gomes, que, acolhendo essa lição, escreve: «Constituído um *direito real limitado*, o direito do proprietário não se

227. Roberto de Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, tradução da 6ª edição italiana por Ary dos Santos, 3ª edição brasileira, vol. II, 1972, § 70, pág. 298.

228. *Loc. cit.*, págs. 298-9.

destrói, não se fraciona, não se desmembra, mas apenas se limita por força da constituição de outro direito sobre a mesma coisa. A concepção moderna explica de modo mais satisfatório o mecanismo de formação dos direitos reais na coisa alheia. A se admitir que se formam pelo desmembramento de alguns dos direitos elementares do domínio, não se compreenderá a existência, como direitos reais, de certas *servidões* (229) e de alguns *direitos de vizinhança*. Por outro lado, explicar-se-ia artificialmente o direito real de *hipoteca* pela idéia da propriedade afetada em vista da obrigação do devedor» (230).

Assim, como a propriedade ou domínio deve ter um conceito unitário, assim também o ato administrativo deve ser visto como uma *unidade*; unidade fundamental, fecunda, típica, mais ou menos complexa, produtora de efeitos determinados e com características inconfundíveis que permitem defini-la, mas unidade; e unidade *teleológica*. Ressalte-se aqui esse aspecto, por interessar ao que diremos em seguida. Um dos traços marcantes do ato administrativo é a *finalidade* (de interesse público, especificado na lei); é esse (para usar a linguagem analítica) um dos seus requisitos (o fim *legal*) fundamentais, «é o objetivo jurídico e mate-

229. Como a *servitus altius non tollendi*, por exemplo (cf. De Ruggiero, *Instituições*, cit., § 80, págs. 406-407).

230. Orlando Gomes, *Direitos Reais*, 8ª edição, 1983, nº 8, págs. 14-15.

rial a que se dirige, em última análise, a ação administrativa», no dizer de Caio Tácito (231). E é um requisito que tem importância capital para identificar-se eventual ilegalidade do ato, consistente no *desvio de poder* ou *desvio de finalidade* (*détournement de pouvoir*, da jurisprudência e doutrina francesas) [232].

Chama atenção para a idéia de *totalidade* Clóvis do Couto e Silva (233), ao explicar:

«A presente obra, *A Obrigação como Processo*, tem por finalidade salientar os aspectos dinâmicos que o conceito de dever revela, examinando-se a relação obrigacional como algo que se encadeia e se desdobra em relação ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor.

.....

«O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim.

«A relação obrigacional tem sido visualizada, modernamente, sob o ângulo da totalidade. O exame do vínculo como um todo não se opõe, entretanto, à sua compreensão como processo, mas antes, o comple-

231. *Direito Administrativo*, 1975, págs. 60-1.

232. Cf. Caio Tácito, *op. cit.*, págs. 1-133; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos*, cit., págs. 35-99, e *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, 1981, págs. 1-81.

233. *A Obrigação como Processo*, 1976, Introdução.

menta.

«Como totalidade, a relação obrigacional é um sistema de processos (234).

«A concepção da relação jurídica como totalidade é relativamente recente. A ela aludiu Savigny, ao definir a relação jurídica como um organismo.

«A idéia de totalidade era corrente, no mundo grego, pois se admitia a existência do *logos* da coisa, apesar de completa modificação das partes que materialmente a compunham. E tanto é assim que o cômico Epikarmos anotou, com certa ironia, contra os adeptos da concepção atomística, que, se o todo se modificasse com as alterações sofridas pelas partes, então o devedor poderia recusar-se a adimplir a sua dívida, sob a alegação de que, desde a conclusão do ato jurídico, pelas modificações físicas por que passara, se havia transformado em outra pessoa (235).

«O conceito de coisa foi, no Direito, o catalisador da idéia de totalidade, que preside a divisão das coisas em simples e complexas, e sobretudo aparece nas *universitates rerum* e nos *corpora ex distantibus*. Ao influxo da filosofia grega, coube aos ju-

234. K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, 1962, pág. 22 [cit. por Couto e Silva, *loc. cit.*, pág. 6, nt. 1].

235. P. Sokolowski, *Die Philosophie im Privatrecht*, I, 1907-1959, pág. 38 [cit. por Couto e Silva, *loc. cit.*, pág. 6, nt. 2].

ristas romanos elaborar a teoria dos bens. Não nos parece oportuno examinar, aqui, os diversos estágios atravessados pela concepção de totalidade, como aplicação do idealismo platônico, do pensamento aristotélico ou do realismo conceitual estóico. Basta sinalar que apenas em nossos dias passou-se a considerar o vínculo obrigacional como um todo, o qual, muitas vezes, não se altera ou modifica com certas alterações e modificações sofridas pelas partes. Por esse motivo, o adimplemento de um crédito determinado pode não extinguir, ou modificar, a relação jurídica.

.....

«Depois da exaustiva análise a que foi submetido o conceito de relação jurídica, no século XIX, notadamente com a Pandectística, orienta-se agora a Ciência do Direito para o tratamento do vínculo como totalidade, transcorridos quase dois milênios da utilização do mesmo conceito à teoria dos bens.

.....

«Como conquista científica, ainda que não tenha o mesmo valor prático que resultou da aplicação da idéia de totalidade à teoria dos bens, a compreensão da relação obrigacional como um todo representa, contudo, um grande avanço, lançando luz sobre aspectos ainda não perfeitamente esclarecidos pela teoria do Direito.

.....

«A inovação, que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem.

«Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o *status* em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo.

«Definem alguns, como Esser, a relação como uma complexidade, cujo conteúdo não se restringe às diferentes *actiones* (*actio empti*, *actio venditi*, *actio mutui*, etc.), pois que o relevante para a definição não é propriamente a proteção jurídica, mas o fim a que se dirige o vínculo (236).

«Por igual, complexidade, complexo, têm o mesmo sentido de totalidade e servem para afirmar a mesma idéia, que anteriormente expusemos.

«Outros, entretanto, consideram o *vinculum iuris* como uma forma própria, no sentido da teoria da *Gestalt*. Também aí, o todo está antes das partes, e não

236. J. Esser, *Schuldrecht*, 1960, pág. 82 [cit. por Couto e Silva, *loc. cit.*, pág. 9, nt. 6].

se modifica, embora estas se alterem (237).

«Em suma, quer se defina a relação como complexidade (238), ou como estrutura (*Gefuege*), no sentido hegeliano (239), ou forma (*Gestalttheorie*) [240], sempre a mesma idéia exprime-se.

«Sob o ângulo da totalidade, o vínculo passa a ter sentido próprio, diverso do que assumiria se se tratasse de pura soma de suas partes, de um compósito de direitos, deveres e pretensões, ações e exceções. Se o conjunto não fosse algo de "orgânico", diverso dos elementos ou das partes que o formam, o desaparecimento de um desses direitos ou deveres, embora pudesse não modificar o sentido do vínculo, de algum modo alteraria a sua estrutura. Importa, no entanto, contrastar que mesmo adimplindo o dever principal, e ainda assim pode a relação jurídica perdurar como fundamento da aquisição (dever de garantia), ou em razão de outro dever secundário independente» (241).

Também Walter Brugger, em verbete de sua lavra no *Philosophisches Wörterbuch* (242), elucida: «O

237. Zepos, *Zu einer «Gestalttheoretischen» Auffassung*, *Archiv f. die civ. Praxis*, 155, pág. 486 [*idem*, *ibidem*, nt. 7].

238. Esser, *op. cit.* e pág. cit. [*id.*, *ib.*, nt. 8].

239. K. Larenz, *op. cit.*, I, pág. 20 [*id.*, *ib.*, nt. 9].

240. Zepos, *op. cit.* e págs. cit. [*id.*, *ib.*, nt. 10].

241. Couto e Silva, *op. cit.*, págs. 5-9.

242. *Dicionário de Filosofia*, tradução brasileira da 9ª

conceito de *totalidade* desempenhou importante papel na superação do modo de pensar atomístico, iniciada em princípios do século XX. Assim, Driesch, por meio de suas pesquisas no domínio da biologia, foi levado a admitir para os organismos um peculiar fator de totalidade: a entelêquia (243). Ehrenfels e outros aplicaram o ponto de vista da totalidade à investigação psicológica, na qual se apurou que nem as vivências nem a vida psíquica total são compreensíveis a partir dos elementos mais simples (sensações, etc.), mas representam totalidades primordiais. Simultaneamente, a idéia de totalidade obteve, no domínio da sociologia (não sem certos exageros), a vitória sobre o individualismo e o liberalismo do século XIX. Na escolástica, o sentido da totalidade, herança da filosofia platônico-aristotélica, nunca se desvaneceu completamente.

«Totalidade é hoje tomada principalmente no sentido de *todo* concreto. Falamos de totalidade, quando muitas partes de tal modo estão ordenadas que, reunidas, formam uma unidade (o todo). A totalidade é uma subespécie da ordem. Sua peculiaridade está em que nela os elementos da ordem (as partes) perfazem uma unidade clausa, mercê de estarem reunidas. Se faltar uma parte, o todo é incompleto e passa a ser parte. Por con-

edição alemã, de 1957, por Antônio Pinto de Carvalho, 3ª ed., 1977.

243. V., na mesma obra, verbete *Vitalismo* [remissão feita no texto transcrito].

seguinte, *parte* de uma totalidade é aquilo que juntamente com outra forma uma unidade ordenada. A ordem das partes (a *estrutura* ou construção articulada) é que faz que a totalidade seja distinta da *soma* e da aglomeração, na qual a posição e a ordem das partes podem variar à discrição.

.....

«Entre os axiomas relativos à totalidade contam-se os seguintes: 1. O todo é mais do que as partes, ou seja, a soma destas não constitui ainda uma totalidade; requer-se, além disso, a ordem e articulação das partes, que em determinadas circunstâncias pressupõe até um *fator* substancial de *totalidade* (um princípio de unidade e de ordem [244]). 2. O todo é anterior às partes (*Aristóteles*); o que não significa que o todo exista cronologicamente antes das partes, pois há totalidades cujas partes existem antes de se reunirem num todo (p. ex., as pedras antes da casa), ao passo que outras partes só vêm à existência num todo (p. ex., os órgãos no organismo). O sentido do axioma é antes este: o decisivo para o todo não é aquilo que as partes podem ser em si, mas aquilo que faz delas uma totalidade: a ordem e a unidade (p. ex., o plano de construção realizado na casa); as partes, enquanto partes, são subordinadas ao todo, mas isso não exclui que, de outro ponto de vista, possuam valor e ser

244. V. verbete *Princípio* [*idem, ibidem*].

próprios» (245).

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

Conceituando estrutura, Claude Lévi-Strauss afirma que «uma estrutura oferece um caráter de sistema, consistindo em elementos combinados de tal forma que qualquer modificação num deles implica uma modificação de todos os outros»; enquanto o lingüista Louis Trolle Hjelmslev vê nela uma «entidade autônoma de dependências internas»; e Jean Piaget diz que se deve falar de estrutura, no seu aspecto mais geral, «quando existem elementos reunidos numa totalidade apresentando algumas qualidades específicas de totalidade, e quando as propriedades dos elementos dependem, inteira ou parcialmente, dessas características da totalidade» (246).

245. *Op. cit.*, verbete *Totalidade*.

246. Cf. Jean Piaget, *O Estruturalismo*, Col. *Que sais-je?*, Presses Universitaires de France, Paris, tradução brasileira de Moacir Renato de Amorim, 3ª ed., 1979; *Enciclopédia Mirador Internacional (Encyclopaedia Brit-*

tannica do Brasil Publicações Ltda., 1981), verbete *Estruturalismo*. Entre nós parece-nos adotar o conceito de estrutura Gofredo Telles Júnior (*O Direito Quântico*, 5ª ed., 1980; cf. capítulos III e IV, págs. 231-93).

Iniciando seu estudo sobre o *Conceito de Sistema no Direito* («Uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask» [ed. EDUSP-Rev. dos Tribs., 1976]), Tércio Sampaio Ferraz Júnior elucida: «A palavra sistema, etimologicamente do grego *systema*, provém de *syn-istemi* e significa o *composto*, o *construído*.⁶ [6. Cf. Alois von der Stein, *Der Systembegriff in seiner geschichtlichen Entwicklung ...*] Na sua significação mais extensa, o conceito aludia, de modo geral, à idéia de uma totalidade construída, composta de várias partes. O uso posterior configurou, porém, uma compreensão mais restrita. Conservando a conotação originária de *conglomerado*, a ela agregou-se o sentido específico de *ordem*, de *organização*. Aliada à idéia de *cosmos*, conceito fundamental da filosofia grega, ela aparece por exemplo entre os estóicos para descrever e esclarecer a idéia de "totalidade bem ordenada".⁷ [7. Stein, op. cit., pág. 3. Neste mesmo sentido já encontramos em Demócrito a descrição dos elementos como *sistemata* de átomos (H. Diels, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Berlim, 1960, pág. 84, cit. por Stein, pág. 4, n. 11.) ...] (Tércio S. Ferraz Jr., op. cit., § 10, pág. 9).

Lourival Vilanova (*As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, cit.) escreve: «Os dois sistemas, o da Ciência-do-Direito e o do Direito positivo, por isso mesmo que contendo estruturas proposicionais, são formalizáveis». [Antes havia dito (pág. 114): "... Ora, a proposição dista de ser um átomo. É algo compósito, consta de partes, e é um todo relativamente às partes. ..."] «Tanto se formaliza uma proposição descritiva da ciência jurídica, quanto uma proposição normativa pertencente ao Direito positivo. Há estruturas interiores na proposição, como as proposições se interligam em estruturas. Não convivem meramente justapostas. Uma implicam outras, umas são partes de outras e todas ingressam numa forma mais abrangente, numa estrutura total: a do sistema. O sistema é a forma-das-formas, como Husserl anotou (*Logique Formelle et Logique Transcendentale*, págs. 124-127), a *gesamte Form*. O que chamamos *ordenamento* jurídico, sintaticamente é o *sistema*. Sob esse ângulo formal, cabe dizer, com Pontes de Miranda: o Direito é um sistema lógico de proposições. Mas tanto o Direito-ciência, como o Direito positivo» (L. Vilanova, op. cit., pág. 115).

Adiante: «Para logo se vê, o sistema reside: i) em haver partes de um todo, desde protões, fotões, electrões, constituindo a constelação energética do átomo, até os elementos de um conjunto lógico ou matemático; ii) num vínculo que interliga as partes,

18. O ato administrativo como totalidade ou estrutura

Pode-se dizer que o ato administrativo (como, aliás, o ato jurídico em geral) é uma totalidade, uma estrutura. Celso Antônio Bandeira de Mello, falando dos conceitos jurídicos em geral, diz que «cada conceito é um conjunto» (247).

Aliás esse autor lembra passo do administrativista português Afonso Rodrigues Queiró, em que este afirma «que a decomposição em elementos serve apenas para complicar o exame do ato» (248). E efetivamente, nesse passo das *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo* (249), Queiró escreve:

seja a variação funcional das partículas não-viventes, até as múltiplas formas de interação humana, seja a natureza no sentido transcendental kantiano do que ocorre segundo leis causais, seja a cultura como síntese dialética de uma organização exterior da sociedade e dos fatores objetivos de sentido (Dilthey). Em suma, falamos de sistema onde se encontrem elementos e relações e uma forma dentro de cujo âmbito, elementos e relações se verifiquem. O conceito formal de todo (no sentido husserliano) corresponde ao sistema. Sistema implica ordem, isto é, uma ordenação das partes constituintes, relações entre as partes ou elementos. As relações não são elementos do sistema. Fixam, antes, sua forma de composição interior, sua modalidade de ser estrutura» (pág. 116).

247. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, cit., pág. 3.

248. C. A. Bandeira de Mello, *op. ult. cit.*, pág. 33, nt. 1.

249. Separata do vol. III do suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1940.

«O agir da Administração está sempre ligado à verificação de determinados fatos ou situações a que a norma administrativa alude. E já vimos que estes fatos, a competência e os fins ou atribuições da Administração, são essencialmente uma e a mesma coisa (250). São formas ou modos de ser duma mesma realidade, ou dum mesmo conceito jurídico que se costuma dividir e subdividir, quase se diria para obscurecer obstinadamente os problemas do direito administrativo» (251).

Por outro lado, outro administrativista português, André Gonçalves Pereira, ao perquirir se a *vontade normativa*, objeto da «distinção essencial» feita por Marcelo Caetano (252) entre ela e a *vontade psicológica*, é elemento do ato administrativo, conclui:

«O estudo dos elementos do ato administrativo é a decomposição da estrutura deste — e de tal

250. «Esta correlação entre fim e condições de fato, apercebe-se também em Scheuner, ob. cit., pág. 85, em Stammer, *Theorie der Rechtswissenschaft*, págs. 326, 609 e 620, onde as condições ou pressupostos do fato são tomadas como "*Verkörperungen und als Ausdruck des Zweckes*" [como "encarnação e como expressão do fim" (traduzimos)]. Jöhr fala (ob. cit., pág. 212 e segs.) da "*Verkettung von Voraussetzung und Zweck einer Handlung*" ["encadeamento dos pressupostos e do fim de uma ação" (*idem*)], entre os quais "*eine direkte begriffliche Beziehung besteht*" ["existe uma direta relação abstrata"(*id.*)]» (A. R. Queirô, *loc. cit.*, pág. 19, nt. 2).

251. *Loc. cit.*, pág. 19.

252. *Tratado Elementar de Direito Administrativo*, 1944, pág. 217, e *Manual de Direito Administrativo*, pág. 219 [cit. por A. G. Pereira, *loc. cit.* na nota 253, *infra*]; cf. *Princípios Fundamentais*, cit., em que Marcelo Caetano imputa aquela categoria a Kelsen, nº 49, pág. 114.

estrutura não faz parte a vontade normativa, que é uma qualidade jurídica *atribuída ao todo* e que não pode ser sequer por abstração separada» (253).

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

Por outro lado, Afonso Rodrigues Queiró, em seqüência à passagem há pouco transcrita, continua enfaticamente, na crítica à *atomização* do conceito de ato administrativo: «E diga-se entre parêntesis que é por isso que se pode constatar hoje que toda a clássica teoria da *estrutura* do ato administrativo, que distingue neste fases ou momentos diversos, está em crise. Os mais conhecidos autores de direito administrativo francês denunciam a grande incerteza, o marcado empirismo (derivado especialmente da introdução do psicologismo na construção da teoria do ato administrativo) que tem presidido à construção teórico-jurídica da *estrutura* do ato administrativo. Um chama causa ao que outro chama fim ou motivo, outro competência ao que aquele chama motivo, outro chama motivo aos antecedentes de fato do ato, outro ainda dá este nome a

253. André Gonçalves Pereira, *Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo*, ed. Ática, págs. 104 e 106 (grifos nossos).

considerações irrelevantes tidas em conta pelo agente...» (254).

19. Elementos do ato administrativo

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

E constataremos então que, num ensaio de proporções limitadas por sua própria natureza, como este, apresentadas várias (e excelentes, note-se) definições do ato administrativo formuladas pela doutrina, e esmiuçadas em todos os seus aspectos (como antes fizemos), descendo-se mesmo ao tema da revogabilidade dos mesmos atos (que se pode dizer uma *extensão* de seu conceito), fica exaurida, na verdade, a apreciação de seus elementos.

Não podemos considerar, como faz parte da doutrina, entre nós e no exterior, as condições de validade do ato administrativo como elementos de sua

254. *Reflexões*, cit., págs. 19-20 (grifos nossos).

existência, de sua estrutura; são dados exteriores a ele. Assim o sujeito (com a sua competência), os motivos (ou pressupostos de fato e de direito), o fim do ato, a sua causa (que alguns identificam com os motivos, outros com o fim e para outros é a relação entre os pressupostos e o objeto [255] [relação de adequação], ou entre os motivos e o conteúdo do ato, em vista de sua finalidade legal [256]), e mesmo o objeto do ato.

Nesse ponto concordamos inteiramente com Celso Antônio Bandeira de Mello, ao qualificar a expressão «elementos» de «muito infeliz», e ao adotar, como critério para o estudo dos *requisitos* do ato administrativo (denominação abrangente que ele lhes dá), a distinção entre elementos propriamente ditos (concernentes à existência do ato, e que seriam apenas a forma e o «conteúdo») e «pressupostos de sua validade» (com ressalvas que adiante faremos, inclusive quanto a essas denominações) [257].

Realmente, em rigor lógico não há como considerar o *agente* que pratica o ato administrativo, que lhe dá vida, como elemento dele, ou seja, como parte

255. André Gonçalves Pereira, *Erro e Ilegalidade*, cit., págs. 110-30.

256. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos*, cit., págs. 48-9; *Ato Administrativo*, cit., págs. 63-72 e 80-81.

257. Cf. *Elementos*, cit., pág. 41 e págs. 41-9, e *Ato Administrativo*, cit., págs. 35-6 e págs. 33-81.

componente do ato que editou. Por outro lado, a *competência* do agente ou do órgão (que alguns substituem, entre os «elementos» do ato, ao agente, subsumindo-o, assim como a sua vontade, nela) diz respeito à validade do ato, e lhe é exterior: será válido o ato administrativo praticado por órgão competente, e não o será no caso contrário.

Os *motivos*, ou *pressupostos de fato e de direito* (segundo a melhor concepção deles), preexistem ao ato, dão-lhe causa, constituem-lhe o apoio, a base, o fundamento, são o antecedente lógico dele, sua *razão de ser*: logo, não podem *ser* o próprio ato, uma parte dele, um seu elemento; não o integram. Mesmo quando declarados no próprio ato administrativo (o que se conhece como a *motivação* do ato), não integram o ato *em si*: são a justificação dele; assim como os *consideranda* de uma lei não fazem parte da própria lei, servindo apenas para justificá-la e, assim, como subsídio para a sua interpretação (257-A). O que constitui o ato administrativo é a *declaração de vontade* (a decisão executória, da doutrina francesa; a *disposição*, da doutrina alemã).

Mesmo o *objeto* do ato administrativo não é elemento dele: é algo *sobre o que* dispõe o ato; é a

257-A. Cf. Antônio Carlos de Araújo Cintra, *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, 1979, ns. 26-8, especialmente págs. 96, 97 e 102, e ns. 29-35, págs. 105-31.

pessoa, a coisa, a relação jurídica sobre a qual incide. Vejam-se os exemplos de Celso Antônio Bandeira de Mello: num ato de nomeação, objeto dele é a pessoa a ser nomeada (sendo o motivo, ou o pressuposto, a existência do cargo vago, acrescentamos); na desafetação de um bem de uso comum, o bem a ser desafetado; na declaração da caducidade de uma concessão, a relação jurídica de concessão (258).

Aqui, é preciso esclarecer sobre a distinção entre objeto e *conteúdo* do ato administrativo. O autor acima citado faz a distinção e, como dissemos antes, considera o conteúdo, expresso na *forma* do ato, e juntamente com essa, como componente elementar dele. E acolhe, para tanto, a lição de Zanobini (259), que «alerta para o fato de que não só a palavra conteúdo tem mais adequado poder evocativo que objeto, para nomear o que se quer referir com ela, como também adverte que objeto, em sentido próprio corrente tem acepção diversa. Registra que conteúdo é aquilo *que se decide* e objeto é aquilo *sobre que se decide*» (260).

De fato. Para que fique demonstrado, de maneira mais patente, que é esse o verdadeiro significado da palavra *objeto*, tanto na linguagem comum como

258. *Ato Administrativo*, cit., págs. 41-2.

259. *Corso*, cit., pág. 293.

260. C. A. B. Mello, *Ato Administrativo*, cit., pág. 34, nt. 4; cf. pág. 40.

na filosófica e jurídica, vejamos as principais acepções que lhe são dadas por Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (261): «Objeto. [Do lat. *objectu*, part. de *obicere*, "pôr, lançar diante, expor".] *S. m.*

1. Tudo o que é apreendido pelo conhecimento, que não é o sujeito do conhecimento.
2. Tudo que é manipulável e/ou manufaturável.
3. Tudo o que é perceptível por qualquer dos sentidos.
5. Matéria, assunto: *o objeto de uma ciência, de um estudo.*
7. O ponto de convergência de uma atividade; mira, designio: *A filosofia hindu era o objeto de suas meditações.*
9. *Filos.* O que é conhecido, pensado ou representado em oposição ao ato de conhecer, pensar ou representar.
10. *Filos.* O que se apresenta à percepção com um caráter fixo e estável.
12. *Jur.* Aquilo sobre que incide um direito, obrigação, faculdade, norma de procedimento, proibição, etc.».

E no *Dicionário de Filosofia*, de Walter Brugger, citado, encontramos, em verbete da lavra de Josef de Vries: «Etimologicamente, *objeto* [do latim: *obiectum* = atirado diante] significa o que é atirado diante, ou posto diante. O vocábulo alemão correspondente *Gegenstand* tem significação idêntica: "o que está (em pé) diante, em frente". Assim sendo, *objeto* evoca essencialmente uma relação a alguém, em face de quem o objeto se encontra. A terminologia filosófica rigorosa

261. *Novo Dicionário*, cit.

atém-se a este sentido relativo da palavra, e, por conseguinte, emprega o termo *objeto*, não como muitas vezes acontece na vida corrente, como simples sinônimo de "coisa". Objeto, em sentido lato é tudo aquilo a que uma faculdade ou atitude psíquica duradoura ou hábito (*habitus*), ou também uma ciência, pode dirigir-se, ou seja, o fim do ato (da faculdade, etc.) enquanto tal; por conseguinte, o puro ente em si não é objeto, a não ser enquanto cognoscível, apetecível, etc., tornando-se objeto, de um modo novo, ao ser conhecido, apetecido de fato».

Esclarecendo, pois, sobre o *objeto* do ato administrativo, Guido Zanobini diz que é a coisa, a atividade, a relação de que ele se ocupa e para a qual dispõe; sobre a qual decide ou atesta quanto resulta de seu conteúdo; e que em geral se pode dizer que tudo que pode ser objeto de relação jurídica de direito público (bens dominiais e patrimoniais, atividades positivas e negativas, etc.) pode constituir objeto dos atos jurídicos da administração pública (262).

Por sua vez, «o conteúdo do ato administrativo consiste naquilo que com ele a autoridade pretende dispor, ordenar, permitir, atestar, certificar. O conteúdo varia, portanto, segundo a categoria a que o ato administrativo pertence» (263). Voltando aos exemplos

262. *Corso*, cit., I, pág. 199.

263. *Idem*, pág. 202.

de Bandeira de Mello: o conteúdo de um ato de nomeação é a criação da situação jurídica pela qual se investe alguém na condição de vir a ser servidor público; o conteúdo do ato de desafetação do bem de uso comum é a declaração que o retira dessa destinação; o conteúdo do ato que declara a caducidade de uma concessão é a declaração da extinção desta (sem indenização, por falta cometida pelo concessionário). Outros exemplos, do mesmo autor: o conteúdo do ato de exoneração de um funcionário é a declaração de seu desligamento do serviço público; o conteúdo do alvará de licença para edificar é a remoção do obstáculo jurídico que se opunha ao exercício dessa atividade material; o conteúdo de uma desapropriação é a declaração de despojamento de alguém, compulsoriamente, da propriedade de um bem (mediante indenização) [264].

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

Como dissemos no nº 18, *supra*, o ato administrativo é uma *unidade teleológica*; é uma "grandeza

264. *Ato Administrativo*, cit., págs. 41-2 e 37-8, respectivamente.

vetorial". É praticado em vista do escopo legal; o fim não está nele, mas ele se dirige a alcançá-lo.

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

Há um «encadeamento entre os pressupostos e o fim» (265); «parte-se do *motivo*, passando-se pelo *objeto* para atingir-se o *fim*» (266): o motivo projeta o fim.

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

265. Jöhr (cf., *supra*, nota 250).

266. Cretella Júnior, *Dir. Adm. Bras.*, cit., nº 184, I, pág. 308, citando Bonnard, *Précis de droit administratif*, 1953, pág. 34; cf. citação desse autor e de Réglade, no mesmo sentido, em Caio Tácito, *Direito Administrativo*, cit., pág. 61.

ato.

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

Quanto à *causa*, se motivo (como é, para alguns), ou fim (como é, para outros), não é elemento do ato, pelas razões já vistas. E se é relação de adequação entre os pressupostos e o «objeto» (267), ou entre o motivo e o conteúdo, em vista do fim (268), também não é elemento do ato administrativo: não pode ser parte componente do ato aquilo que o *relaciona* com seu ponto de apoio; que serve de ponte entre ambos (ou talvez melhor, se se quer usar imagem: de alavanca).

Já a *forma*, não podemos dizer que não seja elemento do ato administrativo. Disse-o bem Celso Antônio Bandeira de Mello: a forma e o *conteúdo* (que geralmente se constitui numa declaração de vontade [v. acima]), unidos, é que *são*, juridicamente, o ato administrativo [269] (como *são* os atos jurídicos em geral). Convém reproduzir suas palavras: «Forma é o modo de revelação do ato. É seu revestimento exterior, ou seja: o meio pelo qual o ato aparece e denuncia juridicamente sua existência. Portanto é a *exteriorização do con-*

267. André Gonçalves Pereira (v. referência acima, neste número, nota 255).

268. C. A. Bandeira de Mello (*idem*, nota 256).

269. *Ato Administrativo*, cit., págs. 37 e 42-3.

teúdo, a revelação da declaração jurídica. Em rigor, não haverá sequer um conteúdo possível perante o Direito, senão quando manifestado, vale dizer, exteriorizado; aparente, através da forma. O ato é um composto incindível de forma e conteúdo, pois nenhum conteúdo se revela, se declara, a não ser mediante alguma expressão, alguma enunciação. Ato, em Direito, é um conteúdo juridicamente revelado» (270) (271).

No mesmo sentido, Pontes de Miranda ensina: «Todos os fatos jurídicos têm conteúdo e forma. Mas só a forma dos atos jurídicos é relevante para o direito. Qualquer que seja a forma com que se morre, o que importa é o fato da morte, como só importa o fato do nascimento ou o ato-fato da tomada de posse ou do pagamento. Enquanto a vontade permanece íntima, não exteriorizada, não interessa ao direito. Pode interessar à religião e à moral. A expressão é a forma; só se levam em conta as vontades que se enformaram. A forma é a da vontade e dos outros elementos do suporte fático, que precisem exteriorizar-se, como fatos da psique. A forma mesma é elemento do suporte fático, razão para se preferir falar de forma da manifestação de vontade, de conhecimento ou de sentimento, em vez de forma do ato jurídico (Dragoljub Arangjelowitsch, *Die formellen Wil-*

270. Cf. Pietro Virga, *Il provvedimento amministrativo*, 3ª ed., Milão, 1968, pág. 172 [cit. por C. A. Bandeira de Mello, *loc. cit.* na nota 271, *infra*].

271. C. A. Bandeira de Mello, *op. ult. cit.*, págs. 42-3; cf. págs. 55-6.

lenserklaerung, 11). Antes de ter forma, o ato não é, para o direito; não existe (O. von Völderndorff, *Die Form des Rechtsgeschaeffts*, 14 s.)» (272).

20. Os elementos são o conteúdo e a forma

Voltaremos ao tema da forma e do conteúdo do ato administrativo, para melhor precisá-los. Antes, porém, acrescentemos mais alguns esclarecimentos sobre o fato de considerarmos, com Celso Antônio Bandeira de Mello, apenas a esses dois como elementos do ato administrativo.

A fundamentação começa pelo próprio significado da palavra, em suas principais acepções: «Elemento. [Do lat. *elementu*.] *S. m.* 1. Na ciência antiga, a terra, o ar, a água e o fogo. 3. Tudo que entra na composição dalguma coisa: *Os elementos da decoração eram de evidente bom gosto.* 4. Cada parte de um todo: *os elementos de um aparelho.* 6. Pessoa, indivíduo, considerado como parte de um todo social ou de um grupo, de um conjunto qualquer: *É tido por bom elemento na sua repartição.* 10. *Ling.* Parte de um todo lingüístico (palavra, frase, som, etc.) que se pode separar ou conceber separadamente, mediante a análise. (Numa palavra, por ex., o *morfema*, o *seman-tema*, o *fonema*, o *acento*, etc., são elementos que se

272. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, III, 1970, § 332, 1, pág. 346.

podem separar.)» (273). Sob o enfoque filosófico, Brugger, no *Wörterbuch*, esclarece: «A noção de *elemento* inclui que este entre, como parte, na formação de um todo» (274).

Essa preocupação, em distinguir o que é efetivamente elemento do ato administrativo — e, assim, condição de sua *existência* — do que é requisito de sua *validade*, também se encontra em Marcelo Caetano (275).

Inicialmente, ao «examinar os vários elementos» isolados para compor a sua definição de ato administrativo, adverte: «Mas antes importa fazer uma observação. Quando falo em *elementos* quero referir-me às noções que entram na composição da definição que procuramos. Os elementos aqui não são, pois, coisas que se misturam para obter um composto, são idéias, conceitos já resultantes de uma abstração das realidades e da classificação destas» (276).

Adiante, ao tratar da «validade e eficácia dos atos administrativos» (quando estuda a competência, a «formação e expressão da vontade», aí incluídas a forma e as formalidades — considerando-as, pois, como requisitos de validade, e não elementos existenciais do

273. A. B. Holanda Ferreira, *Novo Dicionário*, cit.

274. *Dicionário de Filosofia*, cit., sub voce *Princípio*.

275. *Princípios Fundamentais*, cit.

276. *Op. cit.*, nº 46, pág. 110.

ato __ , os motivos ou pressupostos __ «situações de fato ou de direito» invocadas pelo agente ou exigidas pela lei __ , o objeto e o fim, etc.), escreve: «Antes de entrar na análise do regime jurídico do ato definitivo e executório, importa distinguir as noções de existência, de validade e de eficácia do ato. Desde que estejam reunidos os *elementos essenciais* que incluímos na definição do ato, ele *existe*. Mas um ato administrativo, para revestir valor jurídico, há de ter sido produzido de harmonia com as normas a que a Administração está submetida na sua atividade. A força jurídica de um ato administrativo vem-lhe da lei que permite a sua prática e condiciona o seu conteúdo. De modo que nem todos os atos *existentes* são *válidos*. O ato só é *válido* quando reúne os *requisitos* legalmente exigidos para a produção dos seus efeitos específicos, isto é, quando se conforma com o padrão traçado pela lei para o tipo a que corresponde. Só então tem valor na Ordem Jurídica. Daí a necessidade de separar as *condições de existência* de um ato, dos respectivos *requisitos de validade*» (277).

E depois, sistematizando a nomenclatura: «Aos *componentes do ato*, de cuja concorrência depende a respectiva *existência*, chamamos *elementos*. *Requisitos* são, como acabamos de ver, as exigências legais a que o ato existente tem de satisfazer para ser *válido*. Mas,

277. *Idem*, nº 60, pág. 131 (grifos do autor e nossos).

em muitos casos, o requisito depende da verificação das circunstâncias objetivas ou subjetivas previstas na lei ou por ela admitidas. A essas *situações de fato ou de direito*, cuja existência em relação a alguns dos requisitos a lei impõe ou admite como condição para que o ato possa ser validamente praticado, chamamos *pressupostos*» (278). Antes, no *Tratado*, já advertira que «os elementos essenciais encontram-se *fundidos no ato*, formam uma *unidade* que só a análise lógica dissocia para maior comodidade de estudo» (279).

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

Advirta-se, de início, que Marcelo Caetano,

278. *Id.*, nº 61, pág. 133 (grifos do autor e nossos).

279. *Op. cit.*, pág. 231, *apud* André Gonçalves Pereira, *Erro e Ilegalidade*, *cit.*, pág. 98 (grifos nossos).

em sua fórmula conceitual, prefere falar em «conduta voluntária» (de um órgão da Administração) a falar em declaração, ou manifestação de vontade; mas é evidente que essa conduta voluntária do órgão administrativo, destinada a produzir «efeitos jurídicos num caso concreto», é uma manifestação de vontade; expressa-se geralmente numa declaração de vontade: «Sendo uma espécie do gênero *ato jurídico*, o ato administrativo tem de ser manifestação de vontade. Eu prefiro todavia dizer "conduta voluntária"» (280).

Mas quando, como dizíamos, examinamos sua definição de ato administrativo (281), vamos encontrar, como essência do conceito, como *elemento nuclear* do ato, apenas a *declaração de vontade* (abstraida a *forma*, implícita quando se fala em «declaração» de vontade). Essa declaração (chamada de «conduta voluntária») deverá ser feita por «um órgão da Administração», agindo «no exercício de um poder público», para «prossecação de interesses postos por lei a seu cargo», e deverá «produzir efeitos jurídicos» no caso individual sobre que ela recai.

Vemos, pois, que a substância do ato, seu *elemento*, é um só: a declaração de vontade. As demais idéias incluídas no conceito (que são elementos *da*

280. M. Caetano, *Princípios Fundamentais*, cit., nº 47, pág. 110.

281. Reproduzida no nº 2, *supra*.

definição) são atributos, qualidades, de que deve ser dotada essa declaração para constituir-se em ato administrativo; são circunstâncias em que ela deve atuar, e são o efeito dela. Inclusive a fórmula «para prossecução de interesses postos por lei a seu cargo», segundo a explicação de seu autor, visa qualificar o ato administrativo, à diferença do ato jurisdicional, como aquele em que a Administração trata deles «como coisa sua» (282).

O mesmo poderíamos dizer, em substância, em relação a todas as outras definições que reproduzimos ao longo deste trabalho, de Zanobini, de Otto Mayer, de Stassinopoulos, de Celso Antônio Bandeira de Mello, de Hauriou, de Walline, de Rolland e da jurisprudência dos tribunais administrativos alemães (283): o *núcleo* de todas elas, aquilo que lhes constitui a essência, que, afinal, é o ato administrativo, é a declaração de vontade (deixando de lado a hipótese menos comum, de declaração de conhecimento, como nos atos enunciativos: certidões, atestados).

Nem poderia ser de outro modo, aliás, tratando-se, como se trata, de ato jurídico, de que o ato administrativo é espécie.

Voltamos, pois, ao binômio *conteúdo* (que são

282. *Princípios Fundamentais*, cit., nº 52, pág. 120.

283. Cf., *supra*, ns. 2, 3 e 8.

as declarações de vontade, ou manifestações de vontade, e as declarações de conhecimento, ou manifestações de conhecimento) e *forma*, como elementos do ato administrativo.

21. «Pressupostos» ou *requisitos* de validade?

Causa

Como vimos no nº 17, *supra*, Celso Antônio Bandeira de Mello usa, como termo genérico, «requisitos», abrangendo «elementos» e «pressupostos» do ato administrativo, que distingue: «Sem os elementos não há ato jurídico algum (administrativo ou não). Sem os pressupostos não há ato administrativo formado de maneira válida» (284). E, assim, sistematiza a matéria «separando os *elementos* do ato (conteúdo e forma), de seus *pressupostos*», sendo estes, a seu ver: «pressupostos *subjetivos* (sujeito e vontade), pressupostos *objetivos* (motivo e requisitos procedimentais), pressuposto *teleológico* (finalidade), pressuposto *lógico* (causa [285]) e pressupostos *formalísticos* (formalidades)» (286).

Falta-nos esclarecer o sentido da expressão «requisitos procedimentais»: «são os atos que devem,

284. *Elementos*, cit., pág. 41.

285. Essa no sentido já indicado (nº 19, *supra*).

286. *Ato Administrativo*, cit., pág. 36.

por imposição normativa, preceder a um determinado ato. Consistem em outros atos jurídicos, produzidos pela própria Administração ou por um particular, sem os quais um certo ato não pode ser praticado. Assim, por exemplo, o ato de nomeação de um funcionário para cargo efetivo só poderá ser expedido depois da série de atos que compõem o concurso público no qual o interessado se classificou. Igualmente, o ato de adjudicação em uma concorrência só pode ocorrer após o ato de classificação do licitante colocado em primeiro lugar. A seu turno, o ato de classificação não pode ser produzido antes do ato de habilitação do concorrente. O ato substanciado no alvará de licença para edificar depende, para ser expedido, de um ato do particular solicitando a licença. Este pedido, portanto, é condição para a prática do ato que expede a licença» (287).

Como se viu acima, Bandeira de Mello distingue *forma*, que classifica como elemento do ato, e *formalidades*, classificadas como «pressupostos formalísticos». E explica: «Enquanto a forma significa exteriorização, formalidade significa o modo específico desta exteriorização» (288).

Essa dicotomia é adotada por Marcelo Caetano, que, entretanto, inclui entre as formalidades os

287. *Idem, ibidem*, pág. 77.

288. *Ato Administrativo*, cit., pág. 81, e *Elementos*, cit., pág. 49.

requisitos procedimentais acima conceituados, como formalidades destinadas à *formação* da vontade administrativa, ao lado de outras que integram a forma, dizendo respeito à própria manifestação ou *expressão* dessa vontade, compreendendo-se entre as primeiras os próprios prazos estabelecidos para a prática de atos. E acrescenta que «a *forma* do ato pode consistir numa só ou em várias formalidades» (289).

Mas, enquanto Celso Antônio Bandeira de Mello fala em elementos e pressupostos do ato administrativo (abrangendo a ambos com o termo genérico «requisitos»), Marcelo Caetano constrói o seu sistema classificando como elementos os componentes existenciais do ato e requisitos as condições de sua validade, reservando a expressão «pressupostos» para as «situações de fato ou de direito, cuja existência em relação a alguns dos requisitos a lei impõe ou admite como condição para que o ato possa ser validamente praticado» (290).

Como se vê, há identidade na denominação de *elementos* apenas para os componentes existenciais do ato. Quando às condições de sua validade, de nossa parte entendemos melhor o termo *requisitos*, por traduzir mais precisamente a idéia de exigências legais. Requisito é aquilo que se *requer* para que o ato

289. *Princípios Fundamentais*, cit., nº 66, págs. 143-144.

290. Cf. nº 20, *supra*.

administrativo seja válido. Essa palavra, aliás, na forma verbal, é que foi empregada pelo Código Civil, ao estabelecer as exigências legais para a validade do ato jurídico. Com efeito, depois de, no art. 81, conceituar o ato jurídico — indicando-lhe o *elemento* essencial, a declaração de vontade destinada a adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos —, preceituou, no art. 82: «A validade do ato jurídico *requer* agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei».

Além disso, a palavra «pressuposto» não nos parece perfeitamente adequada para todos os requisitos acima indicados, por trazer a idéia de *antecedente*. É essa justamente uma de suas significações, e na área jurídica: «Pressuposto. ... 4. *Dir.* Circunstância ou fato considerado como antecedente necessário de outro» (291). Pressuposto é algo que vem antes. Assim, o termo se presta bem para indicar o motivo e os procedimentos prévios à edição do ato administrativo, na classificação dos requisitos feita por Celso Antônio Bandeira de Mello (292). Quanto ao «sujeito e vontade», a inclusão dessa entre os pressupostos atende, como explicado pelo próprio autor, à sua concepção de que «o ato administrativo *pressupõe* uma declaração de vontade que o haja produzido e esta, logicamente, é imputável a al-

291. A. B. Holanda Ferreira, *Novo Dicionário*, cit.

292. V., neste número, *initio*.

gum sujeito» (293). Esse ponto será objeto de nossas considerações adiante. A palavra ainda serve em relação à causa do ato (qualificada pelo autor como «pressuposto lógico»), mas já quanto à finalidade («pressuposto teleológico»), não nos parece guardar perfeita adequação.

É verdade que, figurativamente, se pode dizer que o fim «já está» no motivo, ou no ato, no sentido da *enteléquia* aristotélica (*entelécheia* = que tem [*echo*] seu objetivo [*telos*] dentro [*entos*]). Foi o que expressou Stammler, citado por Afonso Rodrigues Queiró, ao dizer que «as condições ou pressupostos do fato são tomadas como "*Verkörperungen und als Ausdruck des Zweckes*" (como «encarnação e como expressão do fim» [294]). Marc Réglade diz que «o fim está intimamente ligado ao motivo, e é no motivo que se pode encontrar a prova do fim» (295), enquanto Roger Bonnard escreve: «O motivo e o fim inicialmente têm de comum que eles são os elementos determinadores da vontade. Esta quer o objeto do ato porque existe um motivo e porque certo fim está em perspectiva. De outra parte, o motivo e o fim

293. *Ato Administrativo*, cit., pág. 63 (grifo nosso).

294. Cf. nº 18, *supra*.

295. «*Certes, le but est intimement lié au motif, et c'est dans le motif qu'on peut trouver la preuve du but*» (*Revue du droit public et de la science politique*, 42/413, apud Caio Tácito, *Direito Administrativo*, cit., pág. 61, nota [tradução nossa]).

se prendem geralmente um ao outro, no sentido de que a existência de certo motivo ocasiona forçosamente a persecução de certo fim, ao menos quando o ato adequado é realizado» (296). Dissemos, atrás, que o fim é projetado pelo motivo.

No entanto, não se pode negar que o motivo é o antes, o fim o depois; o motivo é o antecedente, o fim o conseqüente; os motivos são os *pressupostos* do fim. O fim é o alvo a que tende o ato administrativo, *motivado* pelos pressupostos de fato ou de direito. É certo que eles se ligam, mas num *encadeamento* lógico, como disse Jöhr, ao falar da «*Verkettung von Voraussetzung und Zweck*» («encadeamento dos *pressupostos* e do fim») [297]). Após aludir à ligação acima referida entre o motivo e o fim, Réglade diz que eles são, porém, «dois elementos distintos»: «Se nos é permitido empregar fórmulas escolásticas: um, o fim, é a causa final do ato; o outro, o motivo, sua causa ocasional» (298).

296. «*Le motif e le but ont d'abord ceci de commun qu'ils sont les éléments déterminateurs de la volonté. Celle-ci veut l'objet de l'acte parce qu'il existe un motif et qu'un certain but est en perspective. D'autre part, le motif et le but se rattachent le plus souvent l'un à l'autre en ce sens que l'existence d'un certain motif entraîne forcément la poursuite d'un certain but, quand au moins l'acte adéquat a été accompli*» (Revue, cit., 55/138, apud Caio Tácito, loc. cit. [tradução nossa]).

297. Cf., *supra*, ns. 18 e 19.

298. «... mais ce n'en sont pas moins deux éléments distincts. Si l'on nous permet d'employer des formules scolastiques: l'un, le but, est la cause finale de l'acte; l'autre, le motif, sa cause occasionnelle» (loc. cit. na nota 295, *supra*).

E também Bonnard, em seqüência ao passo acima transcrito, completa: «Mas apesar desses pontos comuns, o motivo e o fim são dois elementos do ato essencialmente diferentes por sua natureza: um é uma causa, o outro, um efeito; um é o ponto de partida, o outro, o ponto de chegada» (299).

Finalmente, menos adequada nos parece a qualificação das formalidades como «pressupostos formalísticos» — sobretudo quando Celso Antônio Bandeira de Mello as distingue dos «requisitos procedimentais» (procedimentos prévios), antecedentes à edição do ato administrativo por se situarem no *iter* de formação dele (enquanto Marcelo Caetano, como vimos acima, inclui tais procedimentos entre as formalidades). Assim, entre esses «pressupostos» só estariam as formalidades contemporâneas da edição do ato (inclusive aquelas que são uma complementação dela, como a publicação do ato escrito). Não há aí, assim, nenhuma relação de antecedência material ou lógica que justificasse a denominação de «pressupostos» a esses requisitos formalísticos.

Pode-se argumentar, é verdade, que ao se falar em pressuposto está-se pensando em pressuposto da *validade* do ato («sem os pressupostos não há ato admi-

299. «*Mais malgré ces points communs, le motif et le but sont deux éléments de l'acte essentiellement différents par leur nature: l'un est une cause, l'autre, un effet; l'un est le point de départ, l'autre, le point d'arrivée*» (*ibidem*).

nistrativo formado de maneira válida» [300]), e não em pressupostos *do ato*, ou, nas palavras de Julio Prat (301), em pressupostos «do ato quanto a sua existência» (302). Mas concluímos que Bandeira de Mello emprega a expressão como abrangente dos pressupostos quer da validade quer da própria existência do ato administrativo. Tanto assim que inclui entre eles os que chama de «pressupostos subjetivos (sujeito e vontade)»; esses, portanto, seriam pressupostos da existência do ato, enquanto os outros seriam pressupostos de sua validade. Não só por suas palavras transcritas mais acima (303), mas por evidente razão lógica: é impossível pensar em um ato sem um sujeito que o haja produzido (304). O pressuposto da existência do ato, evidentemente, *vem antes*.

De qualquer maneira, não nos parece conve-

300. V., neste número, *initio*.

301. *Derêcho Administrativo*, Montevideu, 1978, II, tomo 3, pág. 80.

302. *Apud* C. A. Bandeira de Mello, *Ato Administrativo*, cit., pág. 63.

303. «O ato administrativo pressupõe uma declaração de vontade que o haja produzido e esta, logicamente, é imputável a algum sujeito» (*Ato Administrativo*, cit., pág. 63).

304. Quanto a ser a «declaração de vontade» pressuposto da existência do ato, voltaremos a falar nisso, como dissemos antes. Por ora, digamos apenas que para nós, diversamente, o ato administrativo não «pressupõe uma declaração de vontade»: a declaração de vontade, como assinalamos antes, é o próprio ato administrativo, em sua essência, em seu *conteúdo* (como é o ato jurídico em geral).

niente usar a palavra «pressuposto» com a generalidade significante supra-indicada, inclusive porque parte da doutrina a emprega para identificar o *motivo* do ato, quer sob este nome quer sob o próprio nome de *pressupostos* de fato e de direito. Assim, o emprego do mesmo termo em dupla significação pode ensejar confusão.

Conceituou assim os motivos Jêze, no *Essai* publicado na *Revue du droit public*, em 1922, em que «considera as condições de fato como o motivo dos atos administrativos» (305). «Que é o motivo determinante?» — pergunta ele. «São as considerações de fato ou de direito que compelem um indivíduo a realizar certos atos jurídicos» (306). Marcelo Caetano fala nas «situações de fato ou de direito exigidas por lei como pressupostos subjetivos ou objetivos invocados como *motivos* do ato» (307); e diz que «a essas situações de fato ou de direito chamamos *pressupostos*» (308). E exemplifica com a nomeação de um funcionário, em que seria *pressuposto objetivo* a existência de um cargo, criado por lei e dotado no orçamento, que esteja vago, e *pressuposto subjetivo* a reunião, pela pessoa nomeada,

305. Afonso Rodrigues Queiró, *Reflexões*, cit., pág. 20.

306. «*Qu'est-ce que le motif déterminant? Ce sont les considérations de fait ou de droit qui poussent un individu à accomplir certains actes juridiques*» (apud A. R. Queiró, *loc. cit.*).

307. *Princípios Fundamentais*, cit., nº 69, pág. 150.

308. *Idem*, nº 61, pág. 133 (cf., *supra*, este número e nº 20).

dos requisitos legais de capacidade para o exercício da função (309). Por sua vez, André Gonçalves Pereira, expondo a sua noção de *causa* do ato administrativo (a «relação de adequação entre os pressupostos do ato e o seu objeto» [310]), a filia a Hauriou (311), a Vedel (312) e a De Soto (313).

309. *Id.*, nº 69, pág. 150.

310. Cf., *supra*, nº 19.

311. Que «foi levado a ver na causa a relação existente entre os pressupostos de fato do ato e a *categoria jurídica* a que este pertence. É a doutrina que se encontra em notas de jurisprudência (72) [72. Particularmente em comentário ao caso Gomel de 4 de abril, 1914, e ao caso Lefranc já citado] e em várias edições do *Précis de droit administratif et de droit public* (A. G. Pereira, *Erro e Ilegalidade*, cit., págs. 116-7).

312. «... que define causa como "a situação objetiva de fato ou de direito que está na base do ato administrativo. Quando é prevista e definida pela lei, o costume ou a jurisprudência, tem por efeito determinar quer o ato na sua totalidade, quer a categoria jurídica do ato" (75) [75. *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Toulouse, 1934, pág. 361]» (A. G. Pereira, *op. cit.*, pág. 118).

Na 9ª edição do *Droit administratif*, atualizada com a colaboração de Pierre Delvolvé (Paris, 1984), Georges Vedel identifica a *causa* com os *motivos*. Depois de dizer que «os elementos de natureza *formal* são a *competência* (poder do ou dos autores de tomar a decisão) e as *formas* (procedimento segundo o qual a decisão é tomada) [*Les éléments de nature formelle sont la compétence (pouvoir du ou des auteurs de prendre la décision) et les formes (procédure selon laquelle la décision est prise)]*» — completa: «Os elementos de natureza material são os *motivos* ou *causa* da decisão (elementos de fato ou de direito aos quais a decisão deve responder: por exemplo um regulamento de polícia tem por motivos — ou causa — tal ameaça à ordem pública); o *objeto* (conteúdo da decisão); o *fim* (o interesse público) [*Les éléments de nature matérielle sont les motifs ou cause de la décision (éléments de fait ou de droit auxquels la décision doit répondre: par exemple un règlement de police a pour motifs — ou cause — telle menace à l'ordre public); l'objet (contenu de la décision); le but (l'intérêt public)]*» (*op. cit.*, págs. 257-8).

Também Celso Antônio Bandeira de Mello tem, substancialmente, essa noção de causa, e a filia expressamente ao autor português (314), acrescentando-lhe a referência à «finalidade legal correspondente ao ato»: causa é «o vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato. Pode-se defini-la como "a correlação lógica entre o *pressuposto* (motivo) e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica do ato". Com efeito: tal correlação só é reconhecível e só faz sentido em vista da finalidade legal correspondente ao ato» (315). E assim conceitua o motivo: «Motivo é o *pressuposto* de fato que autoriza ou exige a *prática* do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta *para a prática* do ato. Logo, é externo ao ato. *Inclusive o antecede*. Por isso não pode ser considerado como parte, como elemento do ato» (316).

Preferível nos parece, por conseguinte, reservar a expressão *pressupostos* a essas situações de fato ou de direito, que, na melhor concepção (não sub-

313. Para quem a *causa* é «a ligação que une o ato administrativo à situação objetiva de fato ou de direito que está na sua base» (*Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, Paris, 1941, pág. 180 [apud A. G. Pereira, *loc. cit.* na nota 312, *supra*]).

314. André Gonçalves Pereira, *Erro e Ilegalidade no Ato Administrativo*, cit.

315. *Ato Administrativo*, cit., pág. 80; *Elementos*, cit., pág. 48.

316. *Idem, idem*, págs. 72 e 43, respectivamente (grifos nossos).

jetivista), correspondem aos *motivos*, previstos na lei ou por ela admitidos; e que são na verdade o único, dos requisitos de validade do ato administrativo, que antecedem qualquer procedimento da Administração. (Entre eles deve ser incluído, a nosso ver, o ato do particular, que seja condição necessária para a prática do ato administrativo, como, por exemplo, o pedido de licença para edificar.)

22. Forma e formalidades

Na sua sistematização, que vimos examinando, Celso Antônio Bandeira de Mello distingue, como dissemos, a *forma*, elemento (juntamente com o conteúdo) do ato administrativo, das *formalidades*, requisito (que chama de pressuposto) de sua validade. No entanto — no que nos parece uma contradição do brilhante publicista pátrio —, ao tratar da forma, como elemento do ato administrativo, afirma que este será *inexistente* quando não tiver a necessária publicidade, sob as formas de *publicação* ou *comunicação*, que «é o mínimo para ressoar juridicamente», isto é, para chegar ao destinatário, «transpondo o plano pessoal do agente para ingressar no plano social». Pensamos resumir suas conclusões (317) com este passo: «Se o Direito estabelece a maneira pela qual um ato se reputa *publicado* ou *comunicado* — e o

317. *Ato Administrativo*, cit., págs. 42-56 e 81.

faz a forma existe e o ato entende-se revelado, portanto *existente*, quando atendida a exigência em causa» (318).

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

Sobretudo no caso da comunicação afigura-se-nos forçada a interpretação que vê nela a própria forma de *expressão* do ato; ainda mais que, como se entende, não é o *efetivo conhecimento* pelo interessado que marca, nessa teoria, o «nascimento» do ato, e sim a *recepção* da comunicação «no protocolo da unidade receptora» (319).

No caso da publicação pela imprensa (órgão oficial), imaginemos uma hipótese. Imaginemos que a lei

318. *Op. cit.*, págs. 46 e 47 (grifos do autor e nosso).

319. Cf. C. A. Bandeira de Mello, *Ato Administrativo*, cit., págs. 47-8 e 52.

exige a publicação não só pelo jornal oficial mas também mediante a afixação no local de costume da repartição (como é comum em relação a editais). A forma, assim, só estará completa, com todas as formalidades exigidas por lei, com a prática dos dois meios de publicação: a afixação do ato, certificada, e sua reprodução no órgão oficial. A afixação editalícia é também, sem dúvida, forma de *publicação*, que é, em sua primeira acepção, o «ato ou efeito de publicar»; e *publicar* é, também em seu primeiro significado, «tornar público, manifesto, notório; vulgarizar» (320). O ato, assim publicado, adquire *publicidade* (vócábulo calcado no francês *publicité*), que é a «qualidade do que é público» (igualmente em sua primeira acepção [321]).

Mas, continuando a formular nossa hipótese, imaginemos que se fez a publicação editalícia mas não se deu a reprodução do ato no jornal oficial. Será esse ato, por falta dessa formalidade complementar, inexistente — apesar de ter-se tornado «público, manifesto, notório»? Apesar de estar, talvez, registrado em livros da repartição, dos quais poderá, pois, ser extraída certidão? Ou será apenas *nulo* (como pensamos)?

Não se pensa, certamente, num escrito deixado na gaveta, hipótese sempre lembrada. Não basta a mera feitura do escrito, sua assinatura: esses, sim,

320. A. B. de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário*, cit.

321. Cf. *op. ult. cit.*

são atos meramente materiais. Nem se pode falar em «ato» deixado na gaveta, mas apenas em escrito. Este, para fazer-se instrumento do ato, deve ser publicado (antes, só existe para seu prolator, como a sentença judicial, antes de publicada, que *sentença* ainda não é). O esboço de ato, que se contém no escrito, para fazer-se ato, tem de ser *editado*, publicado, exteriorizado. *Editar* (do francês *éditer*) é uma das palavras que se emprega para significar a exteriorização do ato, e sua acepção, no caso, é a de «dar a lume; publicar» (322).

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

Mas o exemplo se torna mais expressivo ainda

322. A. B. de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário*, cit.

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

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

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

Celso Antônio Bandeira de Mello invoca a opinião de Michel Stassinopoulos, observando inicialmente que esse autor diz «que no direito administrativo francês prevalece a tese de que o ato existe desde o momento em que é assinado», fazendo-se distinção entre validade, ou força executória, e força obrigatória ou oponibilidade do ato a terceiros. «A primeira existiria desde a assinatura, ainda que não publicado nem comuni-

cado o ato (é a figura do ato oculto) e a segunda nasceria com a publicação ou comunicação» (323) (324). E conclui: «Stassinopoulos, com razão, opta pela tese, que diz encampada pelos tribunais gregos e pela jurisprudência alemã, de que o ato existe a partir da sua publicação ou comunicação, conforme o caso» (325).

Mas parece-nos que Stassinopoulos, no § 46 do *Traité* (326), fala predominantemente em não ser o ato administrativo *válido*, e conseqüentemente em não produzir *efeitos*, embora às vezes aluda a inexistência (327); e à pág. 229 tem esta conclusão: «Se a lei não

323. C. A. B. de Mello, *Ato Administrativo*, cit., pág. 45.

324. Cf. M. Stassinopoulos, *Traité*, cit., § 46, I, pág. 224: «Dans la doctrine française, on distingue généralement entre a) validité ou force exécutoire et b) force obligatoire ou opposabilité de l'acte aux tiers. On admet donc que l'acte est valable, c'est-à-dire a force exécutoire (1) [1. Hauriou, pp. 358, 359. Waline, p. 423. Lefas, C.F., É. et D., 1949, p. 69] du moment où il est signé, même s'il n'est pas encore publié ni notifié à l'intéressé, et que c'est seulement son opposabilité aux tiers qui est ajournée jusqu'au moment de sa publication ou de sa notification.² [2. Hauriou, loc. cit. Waline, loc. cit. Jèze, III p. 293, 294.] C'est ce qu'on appelle l'"acte occulte".³ [3. Laubadère, p. 174.]»

325. C. A. B. de Mello, *Ato Administrativo*, cit., pág. 46.

326. Págs. 222-31.

327. Cf., p. ex., pág. 228, em que observa: «.... Se, por acaso, um ato foi notificado e executado sem ter sido previamente publicado, o particular lesado pode pleitear-lhe a *anulação* por omissão de forma substancial, imposta *sob pena de nulidade* pela lei. Em teoria, um tal ato é inexistente. Mas se se recusasse o *recurso* (*) por causa dessa inexistência, o resultado prático seria o de abandonar o administrado sem nenhuma proteção contra a aplicação de um ato, o qual, entretanto, não foi *legalmente* realizado. Todavia a jurisprudência

exige a publicação do ato individual, volta-se ao princípio acima enunciado segundo o qual o ato só produz seus efeitos jurídicos após sua notificação (328). É, pois, a aplicação do sistema da recepção. Todavia a

adota por vezes essa solução e recusa como inadmissível o recurso formado contra um ato não publicado, o qual é considerado como inexistente (5). [5. ... Nesse sentido, C.E.H., 981 (1953).]» [«*Si, par hasard, un acte a été notifié et exécuté sans avoir été préalablement publié, le particulier lésé peut en poursuivre l'annulation pour omission de forme substantielle, imposée sous peine de nullité par la loi. En théorie, un tel acte est inexistant. Mais si l'on repoussait le recours à cause de cette inexistence, le résultat pratique serait d'abandonner l'administré sans aucune protection contre l'application d'un acte, lequel, pourtant, n'est pas légalement accompli. Cependant la jurisprudence adopte parfois cette solution et repousse comme irrecevable le recours formé contre un acte non publié, lequel est considéré comme inexistant (5).*»]

[* É necessário esclarecer aqui o sentido da palavra *recours*, no direito francês, que compreende não só o recurso administrativo (*gracioso* ou hierárquico), dirigido à própria Administração, como o *recurso contencioso*, dirigido a uma jurisdição administrativa (que corresponde, entre nós, à ação para decretação de nulidade, dirigida ao Poder Judiciário). É o que nos esclarecem Vedel-Delvolvé (*Droit administratif*, cit., págs. 591-5): «*Dans le sens le plus général, un recours est une voie de droit qui permet d'obtenir une décision conforme au droit. Il faut distinguer les recours administratifs et les recours contentieux. Le critère de la distinction est dans le fait que les recours administratifs sont portés devant une autorité administrative et aboutissent à une décision exécutoire, tandis que les recours contentieux sont portés devant un juge et aboutissent à un jugement. ... Les recours administratifs sont gracieux ou hiérarchiques. ... Comme on l'a dit, les recours contentieux sont ceux qui sont portés devant une juridiction. Ils peuvent être dirigés soit contre une décision de l'Administration active, soit contre un jugement (en ce dernier cas il s'agit d'une "voie de recours"). ... La décision qui statue sur un recours contentieux est un jugement. Ce jugement peut à son tour, em certains cas, faire l'objet de voies de recours (appel, cassation), à défaut ou au terme desquelles la question est tranchée avec force de chose jugée.*»]

328. «V. *supra*, p. 227, nota 3» (*loc. cit.*, nt. 2).

notificação não constitui um elemento essencial para o perfazimento [*accomplissement*] do ato, e, por conseguinte, uma irregularidade na notificação não macula de ilegalidade o ato mesmo» (329) (330). E aí se faz remissão ao § 21, em que o mesmo autor assevera: «A notificação *não constitui uma forma do ato já emitido*; por conseguinte, seu defeito não afeta de modo nenhum a validade do ato» (331).

Por outro lado, no mesmo § 21, e reforçando o que acima dissemos, Stassinopoulos escreve: «A publicação do ato é uma *formalidade externa* que é frequentemente imposta pela lei. Para saber se a omissão da publicação ocasiona a *nullidade* do ato, é preciso examinar se ela tem caráter constitutivo ou somente declarativo.

329. «*Si la loi n'exige pas la publication de l'acte individuel, on revient au principe ci-dessus énoncé selon lequel cet acte ne produit ses effets juridiques qu'après sa notification. ² C'est donc l'application du système de la réception. Toutefois la notification ne constitue pas un élément essentiel pour l'accomplissement de l'acte, et, par conséquent, une irregularité dans la notification ne saurait entacher d'illegalité l'acte lui même. ³*»

330. «C.E. 2 fevereiro 1906, Clément, Rec. p. 98. 8 janeiro 1909, Malaval, Rec. p. 15. C.E., 26 março 1915, Mayon, Rec. p. 106. C.E. 28 jan. 1949, Chataignières, R.d.p. 1949, p. 389. Jèze, III, p. 295. Hauriou, p. 359. C.E.H., 189 (1934): "o defeito da notificação não ocasiona a nulidade do ato [*le défaut de la notification n'entraîne point la nullité de l'acte*]". V. a mesma observação *supra*, § 21, V, a, 2 p. 128» (*ibidem*, nt. 3).

331. «*La notification ne constitue pas une forme de l'acte déjà émis; par conséquent, son défaut n'affecte aucunement la validité de l'acte*» (pág. 128 [grifo nosso]).

....» (332).

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

Nesse sentido é a exata lição de Pontes de Miranda, que, apesar de contida em tratado de direito privado, tem inteira aplicação ao presente objeto de nosso estudo, pois na verdade tanto nela quanto aqui se trata de matéria concernente à teoria geral do direito (332-A).

332. «La publication de l'acte est une formalité externe qui est souvent imposée par la loi. Pour savoir si l'omission de la publication entraîne la nullité de l'acte, il faut examiner si elle a un caractère constitutif ou seulement déclaratif.» (pág. 127 [grifos do autor e nossos]).

332-A. Falando sobre o «pluralismo das dogmáticas ou ciências positivas», conclui Lourival Vilanova: «Se, apesar da diversificação de sistemas historicamente existentes, houver ciência jurídica una e, ainda, *uma* só ciência (*unidade*, mais *unicidade*), então eventuais contradições ocorreriam no interior de *uma* só ciência. Parece-nos que a solução se encontra por esta via. O que faz de cada exposição dogmática de um sistema jurídico historicamente dado ser ciência e uma mesma ciência é a presença de um sistema de *conceitos e proposições universais* que, relativamente à matéria empiricamente dada, funcionam como "conceitos fundamentais", conceitos estes explicitáveis, postos em evidência através da *teoria geral do Direito* (que Somlo denominou *teoria fundamental do Direito*, distinguindo-a da *allgemeine Rechtslehre*, ob. cit. [Juristische Grundlehre, 1927], págs. 8-10, fundando-se na diferença

Concluimos o nº 19, *supra*, com o trecho em que o mestre dizia: «Antes de ter forma, o ato não é, para o direito; não existe (...)». Mas em seqüência a essa frase esclarece: «Mas, em se tratando de forma especial, pública, legal ou voluntariamente exigida, ou de forma escrita, legal, a sanção é a nulidade, e não a inexistência. Para que a infração da regra jurídica sobre forma especial não produza nulidade, é preciso que a lei o diga expressamente, porque a sanção de nulidade é o princípio geral. As vezes, por defeito de forma, a sanção é de inexistência. Mas os casos são raros (e. g., artigo 194 [do Código Civil: celebração de casamento])» (333).

E no número seguinte do mesmo § 322 ensina, de maneira elucidativa: «A forma pode ser pressuposto de existência do ato jurídico, de eficácia ou de validade. A doação verbal de bem imóvel não é nula; é ine-

entre *conceitos fundamentais e conceitos gerais*). Conceitos como sujeito-de-Direito, relação jurídica, fato jurídico, hipótese normativa, consequência normativa, sanção, fonte (normativa) do Direito, etc., são componentes necessários em qualquer exposição dogmática de um dado positivo. Não são meras generalizações empíricas do material instável e múltiplo da experiência jurídica, como o conceito de Direito subjetivo público carecente de objeto no caso de fase jusprivatista ou pré-estatal do Direito. Sujeito-de-Direito, todavia, onde haja norma jurídica, necessariamente existe, como titular ativo ou passivo de *uma relação da vida que se tornou relação jurídica* (Betti), ou decorrente de posição que o homem toma dentro de uma situação jurídica, ou de situação da vida que a norma fez situação jurídica» (*As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, cit., pág. 132).

333. Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., § 322, 1, tomo III, págs. 346-7.

xistente. A doação verbal de bem móvel, sem se lhe seguir, desde logo, a tradição, também o é. A doação de bem imóvel por instrumento particular é nula, porque não se observou o art. 134, II. *A forma pode ser elemento necessário ao suporte fático para que entre no mundo jurídico, ou para que o ato jurídico valha, ou para que o ato jurídico tenha certo efeito, ou certos efeitos.* Uma das formas apontadas ao testamento é necessária à existência do testamento; se, adotada uma delas, houve transgressão de regra jurídica sobre a forma, há nulidade. *Se o ato jurídico não existe, porque, sem a forma, não se pode pensar em que exista, a ação de quem lhe nega existência é a declaratória negativa. Se alguém entende que o ato jurídico existe, a ação é a declaratória positiva. Se se alega que o ato jurídico violou regras jurídicas sobre forma especial e a sanção é a nulidade, a ação é constitutiva negativa.* Tais regras jurídicas não de ser expressas em lei; não cabe revelar-se regra jurídica sobre forma especial, se a lei expressamente não na estabeleceu. É isso o que se diz no art. 129: "A validade" — *a fortiori*, a existência — "das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir (art. 82)". *Se a lei exige a forma especial, sem dar a sanção, entende-se que é a de nulidade (art. 145, III); salvo se a faz elemento para que o suporte fático seja suficiente, porque, então, o ato jurídico não existe.* Porém, às vezes, a forma especial é apenas para

reforço à eficácia (= existe e vale, sem ela, mas não produz eficácia). O contrato de compra-e-venda de imóvel por instrumento particular não basta a que se entenda transferida, por acordo incluso, a propriedade, pois esse acordo seria nulo (art. 134, II), posto que possa ter eficácia obrigacional» (334).

O mesmo jurista anota, adiante (§ 333), que «a forma dos atos jurídicos ou é *oral*, ou é *escrita*, ou *por atos*, como a revogação do testamento que o testador destrói» (cf. Código Civil, art. 1.749). É o que também esclarece Marcelo Caetano. Depois de dizer que «a forma do ato administrativo é o modo pelo qual a vontade do órgão administrativo se manifesta», escreve: «A vontade exprime-se normalmente pela linguagem oral ou escrita,

334. Pontes de Miranda, *op. e loc. cit.*, nº 2. (Os destaques são nossos.) Nesse sentido, falando sobre as «conseqüências da omissão das formas» («formas substanciais e não substanciais»), Stassinopoulos refere a opinião que «admite que toda forma é imposta *sob pena de nulidade*, pelo fato mesmo de que ela é prevista pela lei, sem que seja necessário que esta disponha expressamente que a violação dessa forma acarrete a *nulidade do ato*». E conclui: «Nós cremos que cabe referir-se aqui à antiga distinção das regras de direito em "*leges perfectae*" e "*leges imperfectae*" e admitir que só as leis impondo formas substanciais pertencem às primeiras e que só a violação dessas leis acarreta a *nulidade do ato*» (grifos nossos). [*Une autre opinion ... admet que toute forme est imposée à peine de nullité, du fait même qu'elle est prévue par la loi, sans qu'il soit nécessaire que celle-ci dispose expressément que la violation de cette forme entraîne la nullité de l'acte. ²Nous croyons qu'il y a lieu de se référer ici à l'ancienne distinction des règles de droit en "*leges perfectae*" et "*leges imperfectae*" et admettre que seules les lois imposant des formes substantielles appartiennent aux premières et que seule la violation de ces lois entraîne la nullité de l'acte.¹ »] (*Traité*, cit., § 21, VI, págs. 131-2.)*

mas existem também linguagens convencionais (os sinais gráficos, sonoros ou luminosos, as bandeiras dos navios, a mímica etc.). E em certos casos a lei manda presumir certa manifestação de vontade a partir do conhecimento de uma conduta material — o silêncio, a passividade ou abstenção, ou as atitudes ou convenções que exprimem o voto, como o levantar-se ou ficar sentado, lançar uma esfera branca ou preta numa urna etc.» (335). E Celso Antônio Bandeira de Mello: «Normalmente, a formalização do ato administrativo é escrita, por razões de segurança e certeza jurídica. Entretanto, há atos expressos por via oral (por exemplo, ordens verbais para assuntos rotineiros) ou até por gestos (ordens de um guarda sinalizando o trânsito), o que, todavia, é exceção» (336).

23. Conteúdo do ato. Manifestação de vontade, «suporte fático» (*Tatbestand*), negócio jurídico

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

Seja-nos permitido, inicialmente, insistir mais um pouco na distinção, que reconhecemos (e foi objeto de nossas considerações anteriores), entre con-

335. *Princípios Fundamentais*, cit., nº 67, pág. 145.

336. *Ato Administrativo*, cit., pág. 81; *Elementos*, cit., pág. 49.

teúdo e *objeto* do ato administrativo. Como vimos anteriormente, o objeto é aquilo *sobre* o que o ato dispõe, enquanto que o conteúdo é o próprio ato, em sua substância (revestido pela forma). E isso corresponde à noção filosófica de objeto, como nos esclarece mais uma vez o *Philosophisches Wörterbuch*, de Brugger, em verbete de De Vries: «Em todo conceito, importa distinguir o conceito como "ato de pensar", o conceito como "conteúdo de pensamento" e o "objeto" do conceito. O conceito como ato de pensar é um ato espiritual (imaterial), embora em sua produção dependa de representações sensoriais ligadas ao corpo, e geralmente de muito curta duração temporal. O conceito manifesta ou representa o objeto, não por estas suas propriedades ontológicas, mas enquanto o ato de pensar implica em si, num modo ideal (só representado) de ser, um determinado conteúdo (enquanto, p. ex., é conceito de número e não de espaço); o conceito "significa" o objeto, é intencionalmente dirigido para este. Mas o objeto do conceito não é o "conteúdo" implicado neste; é, sim, o objeto independente da mente, o qual não é precisamente conhecido como existente no conceito, mas sim significado neste. Assim, por exemplo, o conceito "homem" significa a quiddidade do homem real, não se significa a si próprio (o homem enquanto conceptualmente representado)» (337). «Quando o conhecimento se perfaz por in-

337. *Dicionário de Filosofia*, cit., *sub voce* «Conceito».

termédio de uma imagem cognoscitiva inconsciente, importa distinguir entre objeto e "conteúdo" do conhecimento. Assim, p. ex., o conteúdo mental é a representação incluída no conceito ou no juízo; o objeto é o ente independente do pensamento (e que o transcende), ente significado ("intendido") pelo pensamento. Considerando o conteúdo como sendo o próprio objeto, desembocamos no idealismo epistemológico, para o qual o objeto é um produto do pensamento» (338).

Mas agora temos de focalizar problema assaz difícil: o da relação entre o conteúdo do ato e a declaração de vontade. Celso Antônio Bandeira de Mello observou: «Difícilmente encontrar-se-á problema tão desencontradamente tratado como o da vontade no ato administrativo. Julio Prat (339) anotou com precisão: "Para alguns este elemento está subsumido no elemento conteúdo. Para outros, no sujeito. Para outros não é um elemento mas um pressuposto *sine qua non* do ato quanto a sua existência", sem embargo de que "muitos autores não vacilam em incluí-lo como elemento essencial". Outros, ainda, negam-lhe o caráter de elemento» (340).

E Bandeira de Mello tomou partido na questão considerando a vontade como «pressuposto subjetivo» do

338. *Idem*, *sub voce* «Objeto».

339. *Derecho Administrativo*, cit., pág. 73.

340. C. A. B. Mello, *Ato Administrativo*, cit., pág. 63.

ato administrativo, como anotamos antes (341), ao lado do «sujeito» que a manifesta, dizendo haver «subsumido a vontade entre os pressupostos subjetivos» (342). Mas, diríamos mais: considerou não apenas «a vontade» como pressuposto subjetivo, mas a própria *declaração de vontade*: «O ato administrativo *pressupõe* uma declaração de vontade que o haja produzido e esta, logicamente, é imputável a algum «sujeito» (343).

Quanto ao conteúdo do ato, disse, de maneira muito expressiva: «*Conteúdo* é a decisão jurídica expressada no ato. É aquilo que este dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou *modifica* na ordem jurídica. É, em suma, a *própria alteração* na ordem jurídica produzida pelo ato. Em última instância, é o *próprio ato*, em sua essência. Daí ser (juntamente com a forma) o que há de elementar no ato» (344).

Comungamos inteiramente do pensamento do douto administrativista em que o «conteúdo é a decisão jurídica expressada no ato», e «aquilo que este dispõe»; e ainda que «em última instância, é o próprio ato, em sua essência» e «(juntamente com a forma) o que há de elementar no ato». Mas já não podemos concordar quando se afirma, ao mesmo tempo, que o conteúdo é tam-

341. Cf. nº 21, *supra*.

342. *Op. cit.*, pág. 63 (grifo nosso).

343. *Ibidem* (grifo nosso).

344. *Op. cit.*, pág. 37 (grifos do autor e nossos).

bém «aquilo que» o ato «modifica na ordem jurídica» e, «em suma, a própria alteração na ordem jurídica produzida pelo ato».

Como bem observou Clóvis do Couto e Silva (345), «a divisão precisa em planos de existência, validade e eficácia dos fatos jurídicos deve-se a Pontes de Miranda, e constitui notável conquista para a dogmática jurídica». No passo acima parece-nos que há alguma confusão entre os planos da existência e da eficácia do ato administrativo.

Quando se conceitua, quando se define o conteúdo do ato, está-se no plano de sua existência: o conteúdo é a decisão, é o que o ato dispõe, é o próprio ato em sua essência. O ato (em seu conteúdo) decide *para* modificar, *para* alterar a ordem jurídica, quanto ao seu objeto. Mas não é o *conteúdo* do ato que modifica, que altera; isso são seus *efeitos*. É a sua eficácia, reconhecida pelo ordenamento jurídico, que o faz. E se o ato está, por exemplo, sujeito a condição suspensiva, ou a termo inicial, esses efeitos — como, aliás, bem explicado pelo próprio autor citado (346) — só se produzirão depois de advindo o termo ou de verificada a condição. Isso mostra a «distância» a que a eficácia fica da existência. É, como bem diz Pontes de

345. *A Obrigação como Processo*, cit., pág. 76, nt. 9.

346. *Ato Administrativo*, cit., pág. 39; *Elementos*, cit., págs. 39-41.

Miranda, outro plano.

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

Mas, como dizíamos, Celso Antônio Bandeira de Mello considera a própria *declaração de vontade* como pressuposto subjetivo do ato; e essa concepção fica bem explicada por estas suas palavras: «De logo, impende observar que *vontade* é uma realidade psicológica e não jurídica. Contudo, assim como o Direito qualifica outras realidades, atribuindo-lhes relevo ou significação jurídica, cumpre examinar, tanto como se faz nos demais casos, qual a significação, qual a relevância, que o Direito atribui à vontade no ato administrativo. É bom que se observe que um ato jurídico não é, como corrente e elipticamente se diz, uma "declaração de vontade, conhecimento ou juízo...", mas é o "*significado* que o Direito atribui a uma declaração de vontade, conhecimento ou juízo..."» (347).

Em rigor lógico-jurídico, devemos concordar

347. *Ato Administrativo*, cit., págs. 63-4.

inteiramente com essa advertência de Bandeira de Mello: «De antemão, excluamos a confusão entre o negócio jurídico e o suporte fático (*negotium*) do negócio jurídico. Negócio *jurídico* é classe de fatos *jurídicos*; e não de suportes fáticos. Negócio jurídico já é o suporte fático, o *negotium*, após a entrada desse no mundo jurídico. Se o negócio jurídico fosse o suporte fático, que o enche, não seria possível falar-se de negócio jurídico nulo, anulável, rescindível, resolúvel, resilível, denunciável. Suportes fáticos não podem ser nulos, nem anuláveis, nem rescindíveis, nem resolúveis, nem resilíveis, nem denunciáveis. Quando A joga, ou aposta, as manifestações de vontade, que fazem o suporte fático do negócio jurídico de jogo, ou de aposta, não são nulas: nulidade "de fatos" não teria sentido. Nulo é o negócio jurídico de jogo, se é, por exemplo, proibido, sem se lhe vedar a entrada no mundo jurídico. Daí o erro de se identificarem manifestação de vontade, que é acontecimento do mundo fático, e negócio jurídico, que é juridicização do suporte fático (manifestação de vontade + x + incidência da lei). Há manifestações de vontade que entram no mundo jurídico sem produzirem negócio jurídico. Tão-pouco, precisa ela, para produzir negócio jurídico, ser "clara" (= declarada)» (348).

Mas, para bem entendermos essa lição, temos

348. Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., § 249, 1, III, págs. 3-4.

de esclarecer o sentido exato da expressão *suporte fático* e dessa outra tão conhecida, *manifestação de vontade*.

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

Exemplo daqueles juristas é Ludwig Ennecerus: «Por *declaração* (da vontade de negócio) se entende simplesmente a *exteriorização* (da vontade de negócio). ... A proposição "declaração de vontade é

negócio). A proposição "declaração de vontade é igual a exteriorização de vontade" significa: são declarações de vontade, de um lado, as exteriorizações de vontade que têm por fim manifestar a vontade de negócio (*declarações de vontade em sentido estrito*) e, por outro, também, as *atuações da vontade* que, sem ter um fim de manifestação, dão realidade a uma vontade de negócio, sendo o ato exterior não um meio de manifestação mas um indício da vontade de negócio. Não se justifica estabelecer uma contraposição de princípio entre a declaração de vontade (em sentido estrito) e a atuação da vontade e tratá-las diversamente dentro da doutrina do negócio jurídico» (349).

Já Pontes de Miranda (a nosso ver mais corretamente) prefere considerar a declaração de vontade como espécie do gênero manifestação de vontade, ad-

349. «*Por declaración (de la voluntad de negocio) se entiende sencillamente la exteriorización (de la voluntad de negocio). ... La proposición "declaración de voluntad es igual a exteriorización de voluntad" significa: son declaraciones de voluntad, de un lado, las exteriorizaciones de voluntad que tienen por fin manifestar la voluntad de negocio (declaraciones de voluntad en sentido estricto) y, por otro, también, las actuaciones de la voluntad que, sin tener un fin de manifestación, dan realidad a una voluntad de negocio, siendo el acto exterior no un medio de manifestación sino un indicio de la voluntad de negocio. No está justificado establecer una contraposición de principio entre la declaración de voluntad (en sentido estricto) y la actuación de la voluntad y el tratarlas diversamente dentro de la doctrina del negocio jurídico* 7» (Enneccerus-Nipperdey, *Tratado de Derecho Civil*, tradução espanhola da 39ª edição do *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts* por Blas Pérez González e José Alguer, 2ª ed., Barcelona, 1950, § 136, II, tomo I, vol. II, págs. 58-9).

vertindo: «Com o emprego alternado, ou desatento, das expressões "declaração de vontade" e "manifestação de vontade", os juristas levaram o conceito de negócio jurídico a imprecisões lamentáveis. Desse modo, o primeiro cuidado que se há de ter, em exposição científica, é o de responder à questão básica: Existem negócios jurídicos em que o suporte fático seja manifestação simples, em vez de *declaração* de vontade? A resposta é afirmativa, ainda se não se dilata, como, erradamente, fazem alguns, o conceito de declaração de vontade, até conter o de manifestações não-declaradas de vontade; e negativa, se não se mantém a distinção, já assente no direito comum, entre declarações de vontade, atuações (manifestações simples, adeclarativas) de vontade e atos reais, e se tomam a esses e aos outros atos-fatos como se fossem manifestações de vontade. Desde que se entendesse como declaração de vontade toda exteriorização de vontade e como declaração de vontade, suporte fático do negócio jurídico, toda exteriorização de vontade de negócio, poder-se-ia dizer que o negócio jurídico tem *sempre*, por suporte fático, declaração de vontade; mas, com isso, se sacrificaria à *unidade do continente a diversidade do conteúdo*. A distinção entre declaração de vontade (senso estrito e certo) e o ato de vontade adeclarativo, ou simples manifestação de vontade, presta serviços relevantes à prática e tem todo fundamento na realidade psicológica. Não seria de admitir-se que não produzissem negócio ju-

rídico atos humanos adeclarativos, em que há *vontade* de negócio, como: a aceitação da herança (art. 1.581, § 1º, 2ª parte, *pro herede gestio*); a aceitação da oferta pelo consumo da mercadoria, ou pela encadernação do livro ofertado, ou pela tomada de posse e uso do terreno alugando, ou outro ato de vontade, adeclarativo (arts. 1.079 e 1.084); a aprovação do *dominus negotii*, por atos de consumo das coisas enviadas pelo gestor, ou pela remessa de utensílios (1.079 e 1.343); ou o uso da coisa vendida a contento (arts. 1.079 e 1.147); a derelicção (art. 592, *verbis* "coisa abandonada", *aliter*, o abandono de imóvel, art. 589 e § 2º) e o reconhecimento da legitimidade da filiação, no caso dos arts. 340, II, e 341. Alguns dos atos adeclarativos (manifestações simples de vontade) estão tão próximos das declarações de vontade que se têm, juridicamente, como declarações de vontade *tácitas*: tal é, por exemplo, a revogação do testamento pela destruição (art. 1.749). Tácito, aí, significa "silente", "calado", sem se indagar se houve ato, ou não. Os atos volitivos adeclarativos são sem declaração, posto que manifestem vontade; os atos, de que falamos, têm declaração de vontade silente, — ou porque a regra jurídica, como a propósito da revogação (*re-vocatio*) dos testamentos pela destruição, ou da revogação do mandato (arts. 1.079 e 1.316, I), tenha dito que como "declaração" de vontade de determinado conteúdo se devera *considerar*, ou porque, segundo as circunstâncias, o que deixa de

falar *sabia* que se teria por declaração de vontade de determinado conteúdo o seu silêncio. No ato volitivo adeclarativo, o ato é indício de vontade, talvez de vontade de negócio; na declaração de vontade tácita ou pelo silêncio, ainda o é, mas há o *plus* de *declaração* de vontade, embora sem palavras.» (350).

Quanto à expressão *suporte fático*, anota Clóvis Couto e Silva que Pontes de Miranda criou-a «para traduzir o vocábulo técnico germânico *Tatbestand*. Outros usam com o mesmo significado os termos "pressupostos de fato", "suposto de fato". Os juristas italianos utilizam o termo *fattispecie*, que é aglutinação da expressão latina medieval *species facti*. E *species* é o correspondente latino de *Eidos*, figura, forma» (351).

E Enneccerus nos explica o significado do termo original: «O conjunto de requisitos, a que o ordenamento jurídico (é dizer, as proposições jurídicas abstratas) condiciona um efeito jurídico, ou seja, o nascimento, a extinção ou a modificação de uma relação jurídica, chama-se *suposto de fato* desse efeito jurídico. Entre o suposto de fato e o efeito jurídico medeia a relação lógica de fundamento a consequência. Esses requisitos abstratos (fatores singulares do su-

350. *Tratado*, cit., § 249, 2, III, págs. 4-6).

351. *A Obrigação como Processo*, cit., pág. 75, nota 4; cf. Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., § 79, I, págs. 19-22.

posto de fato) podem ser acontecimentos (por exemplo, a declaração de transmissão por parte do *tradens*), estados (por exemplo, a posse do usucapiente) ou verossimilitudes (por exemplo, §§ 252, 228, 862 e 904 [do Código Civil alemão]), e ademais podem ser de natureza positiva (propositura de uma ação) ou negativa (negligenciar um prazo, omissão). Nem sempre são fatos, podem também ser direitos, por exemplo, a propriedade do *tradens* como um elemento do suposto de fato da transmissão, a aquisição da propriedade do imóvel arrendado como elemento do suposto de fato para o trespassse da relação de arrendamento (§ 571). A expressão suposto de fato (*Tatbestand*) foi criada pela ciência do Direito Penal (suposto de fato do delito), mas foi recolhida pela doutrina do direito privado. »

(352).

352. «El conjunto de requisitos, a que el ordenamiento jurídico (es decir, las proposiciones jurídicas abstractas) condiciona un efecto jurídico, o sea el nacimiento, la extinción o la modificación de una relación jurídica, ¹se llama supuesto de hecho de este efecto jurídico. Entre el supuesto de hecho y el efecto jurídico media la relación lógica de fundamento a consecuencia (1-a). Estos requisitos abstractos (factores singulares del supuesto de hecho) pueden ser acontecimientos (por ejemplo, la declaración de transmisión por parte del tradente), estados (por ejemplo, la posesión del usucapiente) o verosimilitudes (por ejemplo, §§ 252, 228, 862 y 904), y además pueden ser de naturaleza positiva (presentación de una demanda) o negativa (negligenciar un plazo, omisión). No siempre son hechos sino que también pueden ser derechos, por ejemplo, la propiedad del tradente como un elemento del supuesto de hecho de la transmisión, la adquisición de la propiedad de la finca arrendada como elemento del supuesto de hecho para el traspaso de la relación de arrendamiento (§ 571) [2]. La expresión supuesto de hecho (*Tatbestand*) ha sido creada por la ciencia del derecho penal (supuesto de hecho del delito), pero ha sido recogida por la doctrina del derecho privado (3).

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

Devemos ainda distinguir entre *negócio jurídico* e *ato jurídico em sentido estrito*, espécies do gênero *ato jurídico*. A distinção é sutil, mas «é assente na boa doutrina. Mas, quando se procura mostrar em que consiste a diferença, o mesmo engano e hábito, que levaram a definir-se o negócio jurídico pela escolha de efeitos, conduz a caracterizá-la por serem, nos negócios jurídicos, resultantes da vontade os efeitos e, nos atos jurídicos *stricto sensu*, da lei. No ato jurídico *stricto sensu*, a vontade é sem escolha de categoria jurídica, donde certa relação de antecedente a conseqüente, em vez de relação de escolha a escolhido» (353). «Se não se quis o ato jurídico que resul-

....» (*Tratado de Derecho Civil*, cit., § 127, 1, tomo I, vol. II, pág. 5; cf. Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., §§ 1 a 13, I, págs. 3-35).

353. Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., § 227, 2, II, pág. 447.

tou, não se pode pensar em negócio jurídico» (354).

Necessitamos, ainda, do conceito preciso de negócio jurídico. «A prestante função do conceito de negócio jurídico está em servir à distinção entre negócio jurídico e ato jurídico não-negocial ou *stricto sensu*, naqueles casos em que o suporte fático do ato jurídico "stricto sensu" consiste em *manifestação de vontade*» (355). E essa noção exata nos é dada por Enneccerus (lembrando-se que ele usa a expressão «declaração de vontade» em sentido amplo, no sentido em que falamos em «manifestação de vontade»):

«Conquanto a plena realização da vontade humana, dentro dos limites traçados pela lei moral e o bem geral, constitua a base do reconhecimento do negócio jurídico, a segurança do tráfico exige, não obstante, em casos nada raros, que a declaração de vontade suscetível de ser reconhecida exteriormente seja válida e eficaz, embora não medie vontade alguma ou a declaração não tenha o conteúdo que corresponde à vontade. Por isso, a existência da vontade interna não deve recolher-se na definição do conceito do negócio jurídico. Por isso damos a seguinte definição: *o negócio jurídico é um suposto de fato que contém uma ou várias declarações de vontade e que o ordenamento ju-*

354. *Idem*, § 228, 1, II, pág. 450.

355. Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., § 249, 1, III, pág. 3.

ridico reconhece como base para produzir o efeito jurídico qualificado de efeito querido» (356).

Convém, todavia, atentar para esta observação: «Mas seria inexato considerar como parte do negócio a todos e a cada um dos requisitos de sua

356. «Condor de Planck-Flad, preâmbulo à seção III, I, 1. Uma definição muito difundida na teoria do direito comum, em que se inspiram os Motivos [do Código Civil alemão] I p. 126, descreve o negócio jurídico como "uma declaração de vontade privada dirigida a produzir um resultado jurídico, que o ordenamento jurídico dispõe precisamente porque é querido". Diversamente, a definição dada no texto fala de um "suposto de fato", etc., porque o negócio jurídico, segundo explicamos, pode compor-se também, pelas razões expressadas no texto II, de outros elementos que não são declarações de vontade, e de efeitos jurídicos "qualificados como queridos".» [*II. Aunque la plena realización de la voluntad humana, dentro de los límites trazados por la ley moral y el bien general, constituye la base del reconocimiento del negocio jurídico, la seguridad del tráfico exige, no obstante, en casos nada raros, que la declaración de voluntad susceptible de ser reconocida exteriormente sea válida y eficaz, aunque no medie voluntad alguna o la declaración no tenga el contenido que corresponde a la voluntad. Por esto, la existencia de la voluntad interna no debe recogerse en la definición del concepto del negocio jurídico (1). Por esto damos la siguiente definición: el negocio jurídico es un supuesto de hecho que contiene una o varias declaraciones de voluntad y que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido (2).* {2. *Asiente Planck-Flad, preâmbulo a la sección III, I, 1. Una definición muy difundida en la teoría del derecho común, en que se inspiran los Motivos I p. 126, describe el negocio jurídico como "una declaración de voluntad privada dirigida a producir un resultado jurídico, que el ordenamiento jurídico dispone precisamente porque es querido". En cambio, la definición dada en el texto habla de un "supuesto de hecho", etc., porque el negocio jurídico, según hemos explicado, puede componerse también, por las razones expresadas en el texto II, de otros elementos que no son declaraciones de voluntad y de efectos jurídicos "calificados como queridos".}*»] (Enneccerus-Nipperdey, *Tratado de Derecho Civil*, cit., § 136, II e nota 2, tomo I, vol. II, pág. 56.)

eficácia (357). Por exemplo, a eficácia de muitos negócios depende do assentimento de terceiras pessoas, sem que este assentimento constitua uma parte integrante do negócio (*infra* § 191). Um testamento só pode produzir efeito ao morrer o testador e, não obstante, ninguém diz que a morte seja elemento do negócio. Portanto, só chamamos negócio jurídico àquele suposto de fato (que contém uma declaração de vontade) que o ordenamento jurídico considera como *base* do efeito jurídico (que se qualifica como querido). O que, segundo a concepção do ordenamento jurídico, não fundamenta o efeito jurídico mas só o condiciona, não é considerado parte do negócio mas unicamente como condição de sua eficácia, e se designa como *condicio juris* quando é posterior no tempo à conclusão do negócio. Disso se depreende quão inconveniente seria deduzir do conceito de negócio jurídico que sua eficácia haja de coincidir no tempo com a conclusão do negócio. É certo que tal princípio da simultaneidade regeu no antigo direito romano quanto aos negócios entre vivos (para os testamentos nunca) [358], mas foi objeto de infinitas exceções no direito clássico (penhor de coisas futuras ou ainda não adquiridas, etc.) e desapareceu totalmente no C. c. [Código Civil alemão]] (359).

357. «Cf. *supra* § 127 II» (Enneccerus-Nipperdey, *loc. cit.* na nota 359, *infra*, nt. 22-a).

358. «Cf. Ihering, *Geist des röm. Rechts* III p. 143 ss.; Enneccerus, página 219 ss., 240 ss.» (*idem, ibidem*, nt. 24).

359. «*Pero sería inexacto considerar como parte del ne-*

24. Conteúdo e declaração de vontade

Essa noção de negócio jurídico, em sentido mais preciso, é importante, não porque se pretenda transplantar para o Direito Administrativo a distinção, feita no direito privado, entre atos negociais e os que não o são (360); mas porque pensamos que se pode dizer que a classe mais importante dos atos administrativos se constitui, efetivamente, de atos administrativos negócios jurídicos; de atos que têm como núcleo do suporte fático a vontade, ou melhor, a manifestação de

gocio a todos y a cada uno de los requisitos de su eficacia (22-a). Por ejemplo, la eficacia de muchos negocios depende del asentimiento de terceras personas, sin que este asentimiento constituya una parte integrante del negocio (infra § 191). Un testamento sólo puede producir efecto al morir el testador y, sin embargo, nadie dice que la muerte sea elemento del negocio. Por tanto, sólo llamamos negocio jurídico a aquel supuesto de hecho (que contiene una declaración de voluntad) que el ordenamiento jurídico considera como base del efecto jurídico (que se califica como querido). Lo que, según la concepción del ordenamiento jurídico, no fundamenta el efecto jurídico sino que sólo lo condiciona, no es considerado como parte del negocio sino únicamente como condición de su eficacia, y se designa como condicio juris cuando es posterior en tiempo a la conclusión del negocio (23). De lo dicho se desprende cuán inconveniente sería deducir del concepto del negocio jurídico que su eficacia haya de coincidir en tiempo con la conclusión del negocio. Es cierto que semejante principio de la simultaneidad rigió en el antiguo derecho romano en cuanto a los negocios entre vivos (para los testamentos nunca) [24], pero ha sido objeto de infinitas excepciones en el derecho clásico (pignoración de cosas futuras o aun no adquiridas, etc.) y ha desaparecido totalmente en el C. c.» (Enneccerus-Nipperdey, op. cit., § 136, II, 3, tomo I, vol. II, págs. 65-6).

360. Cf. André Gonçalves Pereira, *Erro e Ilegalidade*, cit., pág. 101.

vontade (em forma declarada), e dirigida à realização de determinada categoria de ato.

Por isso, também, é que doravante voltaremos a falar, mais especificamente, em «declaração de vontade» (como antes fizemos), de preferência a «manifestação de vontade», inclusive para guardar harmonia com as várias definições de ato administrativo apresentadas neste trabalho (361); e não só porque é a expressão que os autores mais empregam, mas também porque se pode entendê-la no sentido lato antes aludido (embora menos apropriado), e porque, como acima observado, os atos administrativos de maior importância se constituem efetivamente em atos que têm como suporte fático uma declaração de vontade em seu núcleo, e caráter negocial.

Dizíamos, atrás (362), que devemos concordar, em rigor lógico-jurídico, com a advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello, de que «um ato jurídico não é, como corrente e elípticamente se diz, uma "declaração de vontade, conhecimento ou juízo...", mas é o "*significado* que o Direito atribui a uma declaração de vontade, conhecimento ou juízo...". Concordamos no sentido do que foi antes exposto, isto é, de que a declaração de vontade não é só por si, muitas vezes, o único elemento do suposto de fato, agregando-se-lhe

361. *Supra*, ns. 2, 3 e 9; cf. nº 20, *in fine*, e nº 21.

362. Nº 21, *supra*.

outros elementos que a lei prevê como necessários para compor-se a figura jurídica que se tem em vista; e que é só com o reconhecimento da mesma figura íntegra pela ordem jurídica, com a *incidência* da lei sobre ele, que o suposto de fato, o *negotium*, se torna negócio jurídico (e, no caso, da espécie ato administrativo). É, realmente, o direito que lhe dá a chancela, que o «colore» (como diz Pontes de Miranda), fazendo-o ingressar no mundo jurídico como negócio jurídico (ou ato jurídico *stricto sensu*, se não é caso daquele) e, pois, como ato administrativo.

Mas parece-nos que Bandeira de Mello não deu a suas palavras exatamente esse sentido quando considerou, simplesmente, a declaração de vontade como «pressuposto subjetivo» do ato administrativo, dizendo que esse «pressupõe uma declaração de vontade que o haja produzido» (363). Ou, pelo menos, não explicou precisamente o sentido dessa colocação. E pensamos, falando figurativamente, que se recuou demasiado «no tempo», colocando-se a declaração de vontade, como pressuposto, no mesmo plano «temporal» do motivo, dos «pressupostos de fato ou de direito» a que alude a doutrina administrativa; deu-se-lhe a mesma antecedência desses.

É certo que a declaração de vontade nem sempre é todo o conteúdo do ato jurídico: «Conteúdo do ato

363. Cf., *supra*, nº 23.

jurídico *lato sensu*, é (a) o que o enche, dando-lhe significado de manifestação de querer, de representação, ou de sentimento, *mais* o que a lei lhe exige como conteúdo necessário» (364). Mas às vezes o é; e os juristas geralmente definem o ato jurídico identificando-o com a declaração de vontade. O próprio Pontes de Miranda o reconhece, ao dizer que a orientação de excluir-se do conceito de *conteúdo* do ato jurídico «o que a lei lhe exige como elemento necessário», deixando só a declaração de vontade, «é dominante na doutrina, com a marca de desatenção pelo que é resultante, no conteúdo, do que a lei *põe* e do que a lei *dispõe*, se diferentemente o manifestante não dispôs» (365). Os administrativistas, em particular, como vimos, definem quase todos o ato administrativo como sendo «a declaração de vontade, etc.»; e o próprio Celso Antônio Bandeira de Mello o faz, definindo o ato administrativo individual unilateral como a «*declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional*» (366). Logo, se o ato administrativo é a declaração de vontade (agregada por vezes a outros elementos que a

364. Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., § 324, 1, III, pág. 319.

365. *Loc. cit.*, pág. 320.

366. *Elementos*, cit., pág. 39.

lei estabelece como necessários), não é correto afirmar que ele «pressupõe» a declaração de vontade.

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

Segundo informa André Gonçalves Pereira, Giannini integra «no elemento vontade aquilo que» para aquele «constitui o conteúdo» (367). A verdade é que a declaração de vontade enche o conteúdo do ato jurídico, e, pois, do ato administrativo; às vezes completamente. Ainda quando não o preencha, pode-se dizer sempre que

367. A. G. Pereira, *Erro e Ilegalidade*, cit., pág. 100, fazendo remissão às *Lezioni*, págs. 310 e 314.

ela é o *núcleo* desse conteúdo; é, inegavelmente, o seu elemento mais importante, «*definidor* do conteúdo específico do negócio jurídico» (368); é a essência do conteúdo, sua substância, sua força vital. É por isso que, seguindo a referida orientação da maioria dos administrativistas, Stassinopoulos, depois de tê-lo afirmado em sua definição de tal ato, lembra, adiante: «O ato administrativo é, como nós já dissemos, uma declaração de vontade» (369).

Enneccerus bem esclarece o problema: «Se o negócio jurídico consiste unicamente em uma declaração de vontade, que é reconhecida por si só como base do efeito jurídico, a declaração de vontade e o negócio jurídico são a mesma coisa. Por exemplo, a denúncia de uma relação jurídica podemos chamar indistintamente declaração de vontade ou negócio jurídico. Mas às vezes a declaração de vontade não produz o efeito jurídico por si só, mas só em relação com outras declarações de vontade ou com outras partes do suposto de fato. Então só é parte do suposto de fato que denominamos negócio jurídico, e induziria a erro e não estaria de acordo com a linguagem do C. c. [Código Civil alemão], o qualificá-la, não obstante, como negócio jurídico» (370).

368. Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., § 251, 4, III, pág. 11.

369. *Traité*, cit., § 46, I, pág. 222.

370. «*Si el negocio jurídico consiste únicamente en una declaración de voluntad, que es reconocida por sí sola como base del efecto jurídico, la declaración de voluntad y el negocio jurídico son una misma cosa. Por ejem-*

Adiante: «Muitos negócios jurídicos se compõem unicamente de uma declaração de vontade no sentido exposto, por exemplo, a promessa pública, a instituição de herdeiro e a denúncia, ou de uma pluralidade de declarações de vontade, que com freqüência se reúnem sob o nome de uma declaração de vontade conjunta, por exemplo, os contratos de compra-e-venda, de arrendamento, de sociedade. Mas há outros que têm, ademais, outras partes integrantes, cuja natureza não é só de fato, mas que pode ser também de direito» [371] (e aí se mencionam os *negócios reais*, que exigem a entrega de uma coisa móvel, assim como aqueles que requerem a co- operação estatal, p. ex.: o registro necessário à transferência de um imóvel, a celebração do casamento, o testamento militar [372]) (373).

plo, a la denuncia de una relación jurídica la podemos llamar indistintamente declaración de voluntad o negocio jurídico. Pero a veces la declaración de voluntad no produce el efecto jurídico por sí sola, sino sólo em relación con otras declaraciones de voluntad o con otras partes del supuesto de hecho. Entonces sólo es parte del supuesto de hecho que denominamos negocio jurídico, e induciría a error y no estaría de acuerdo con el lenguaje del C. c., el calificarla, no obstante, como negocio jurídico.» (Enneccerus-Nipperdey, Tratado de Derecho Civil, cit., § 136, I, tomo I, vol. II, pág. 56).

371. «Muchos negocios jurídicos se componen únicamente de una declaración de voluntad (15-a) en el sentido expuesto, por ejemplo, la promesa pública, la institución de heredero y la denuncia, o de una pluralidad de declaraciones de voluntad, que con frecuencia se recopilan bajo el nombre de una declaración de voluntad conjunta, por ejemplo, los contratos de compraventa, de arrendamiento, de sociedad. Pero hay otros que tienen además otras partes integrantes, cuya naturaleza no es sólo de hecho sino que puede ser también de derecho» (Enneccerus-Nipperdey, *loc. cit.* na nota 373, *infra*).

372. Cf. Pontes de Miranda, *Tratado*, cit., § 251, 9,

No mesmo sentido, Pontes de Miranda escreve: «Se a declaração de vontade (A), ou a manifestação de vontade (B), suficiente à composição do negócio jurídico, é *sozinha*, o negócio jurídico é, nesse particular, coincidente com a declaração ou manifestação de vontade» (374).

25 Manifestação de vontade: elemento essencial do ato administrativo, como *núcleo* de seu conteúdo

Por tudo quanto vimos, não podemos concordar com a afirmação de André Gonçalves Pereira, quando assevera que «a vontade não é um elemento essencial do ato administrativo» (375).

O ilustre administrativista português, aliás, no início de suas considerações sobre essa questão, assinala — justificadamente, a nosso ver — que «poderá parecer estranho que, tendo nós atrás definido o ato administrativo como um ato voluntário, nos recusemos agora a incluir a vontade entre os elementos essenciais do ato administrativo» (376).

III, págs. 27-30.

373. Enneccerus-Nipperdey, *op. cit.*, § 136, 5, tomo I, vol. II, págs. 63-5.

374. *Tratado*, cit., § 251, 3, III, pág. 11.

375. *Erro e Ilegalidade*, cit., pág. 108.

376. *Idem*, pág. 100.

Aceita ele a distinção «essencial» entre vontade psicológica e vontade normativa, feita por Marcelo Caetano (377), e afirma que «a vontade normativa existe sempre e necessariamente no ato administrativo — mas não é um seu elemento» (378). No que respeita à vontade psicológica, escreve: «O mesmo se não pode dizer da vontade psicológica. Esta poderá ser um elemento do ato administrativo na medida em que a sua presença seja necessária para a produção da vontade normativa. E aqui surge a necessidade de distinguir entre vinculação e discricionariedade. No ato totalmente vinculado é irrelevante a vontade psicológica do agente. Mas quando há discricionariedade, o que sucede a nosso ver é que a lei faz coincidir a vontade normativa com a vontade psicológica do agente. E, como melhor veremos adiante, ao tratarmos especificamente da caracterização do poder discricionário, não é a qualquer vontade psicológica que a lei confere o valor de servir de suporte à vontade normativa — tem de ser uma vontade orientada para a prossecução do fim legal, e que esteja em condições de se pronunciar, isto é, que tenha examinado as "circunstâncias do caso"» (379).

Assim, para chegar à conclusão inicialmente

377. No *Tratado* e no *Manual*, *cits.*, págs. 217 e 219, respectivamente (A. G. Pereira, *op. cit.*, págs. 104-5). Cf., *supra*, nº 18.

378. *Idem*, pág. 105.

379. *Id.*, págs. 106-7.

anunciada, pondera: «Mas, como se vê, a vontade psicológica, embora seja um elemento normal, não é um elemento essencial do ato administrativo, já que pode em certos casos não existir; o ato administrativo é perfeitamente concebível sem a vontade psicológica, o que não sucede com os outros elementos. Podemos assim dizer que a vontade normativa não é um elemento do ato administrativo; e que a vontade psicológica não é um seu elemento essencial» (380).

Mas, qual o raciocínio seguido para chegar à conclusão de que «a vontade normativa não é um elemento do ato administrativo» (381)? O seguinte: «É que nos parece que a vontade normativa não é um elemento, um componente do ato administrativo, mas sim um efeito legal da reunião de todos os seus elementos — ou seja uma consequência imputada pela lei. Como tal não faz parte, com autonomia, do ato. Assim a competência, a forma, etc. são elementos componentes do ato — se eles faltam não há um ato administrativo, ou não há um ato administrativo válido — e é possível individualizar mentalmente cada um destes elementos, fazendo o que Fragola chamou "anatomia do ato" (382). Mas a vontade normativa não tem existência autónoma; não pode faltar

380. *Id.*, págs. 107-8.

381. *Id.*, pág. 106.

382. «É o título do capítulo 19 do livro de Fragola, *Gli atti amministrativi*» (A. G. Pereira, *loc. cit.* na nota 383, *infra*, nt. 46).

— existe necessariamente desde que estejam reunidos os elementos. O estudo dos elementos do ato administrativo é a decomposição da estrutura deste — e de tal estrutura não faz parte a vontade normativa, que é uma qualidade jurídica atribuída ao todo e que não pode ser sequer por abstração separada. Aliás, o escopo prático dos elementos do ato administrativo é o de permitir a descrição dos vícios do ato, isto é, a "anatomia" é um ponto de passagem indispensável para a "patologia" do ato. Ora, os vícios do ato podem afetar a competência, a forma, etc., — mas não há vícios da vontade normativa; os vícios são as razões pelas quais não surge, ou surge deficientemente, a vontade normativa» (383).

Exposto, assim, o pensamento de André Gonçalves Pereira, devemos examiná-lo. Mas antes é necessário que esclareçamos o significado da vontade normativa, a que ele se refere, em contraposição à vontade psicológica, de acordo com a distinção feita por Marcelo Caetano.

Vejamos então, em suas linhas essenciais, essa teoria, exposta também por Marcelo Caetano nos *Princípios Fundamentais* (384) — o que significa que corresponde às suas últimas idéias sobre o assunto, já que essa obra é mais recente que as outras duas mencionadas linhas atrás.

383. *Erro e Ilegalidade*, cit., págs. 105-6.

384. *Op. cit.*

Começa, o notável publicista luso, por advertir que a afirmação, contida em sua definição do ato administrativo, de que «a conduta do órgão da Administração deve ser *voluntária*», toca «no ponto mais delicado da teoria do ato jurídico, em geral, e do ato administrativo, em especial» (o que, aliás, estamos a ver). E prossegue, pouco mais adiante: «Sabe-se que a vontade é uma faculdade da alma humana: só os indivíduos têm vontade, é o que podemos chamar *vontade psicológica* ou *vontade psíquica*» (385). E assim conclui essas primeiras considerações: «Ora aqui está como, em Direito, se deve distinguir a *vontade individual* da *vontade funcional*: ambas são expressas por indivíduos, mas a primeira traduz a ação do particular a tratar dos seus interesses, enquanto a segunda é manifestada pelo indivíduo que, como titular de um órgão, cumpre o dever de curar de interesses alheios. Não é difícil de fazer a aproximação destes conceitos com os de direito subjetivo e poder funcional. A vontade funcional expressa para realizar fins ou interesses de uma coletividade é que origina o que poderemos chamar *vontade coletiva*» (386).

Adiante, fala da *vontade normativa*, pela qual Kelsen, «dentro da lógica da sua doutrina normativista», substituiu a vontade psicológica na teoria

385. *Op. cit.*, nº 48, pág. 112 (grifos do autor e nosso).

386. *Ibidem*, págs. 113-14.

jurídica. E explica: «Na verdade, quando se diz que houve conduta voluntária de um órgão colegiado porque se manifestou a vontade deste mediante uma votação donde resultou o apuramento da maioria dos votos, está claro que esta vontade funcional nada tem de psicológico. É em virtude de uma convenção, estabelecida pela norma legal ou estatutária, que se aceita considerar a maioria dos votos aprovadora de uma proposta como expressão de vontade do órgão, como é para respeitar o comando contido numa norma que se faz a imputação à pessoa coletiva da vontade expressa pelo seu órgão. Estamos perante uma vontade, não psicológica, mas *normativa*. O mesmo se dá com a presunção *juris et de jure* que a lei manda ver no fato do silêncio do órgão da Administração que tenha o dever de se pronunciar, dentro de certo prazo, sobre questão que lhe seja submetida. Aliás nos casos de vontade normativa existe sempre, no fundo, um elemento psicológico a que se deve atender» (387).

Parece-nos que se faz verdadeira subversão da teoria do ato administrativo (espécie do ato jurídico) quando se diz que «a vontade normativa» não é um seu elemento, «mas sim um efeito legal da reunião de todos os seus elementos — ou seja uma consequência imputada pela lei» (388). A vontade, fonte e mola propul-

387. Marcelo Caetano, *Princípios Fundamentais*, cit., nº 49, págs. 114-16.

388. André Gonçalves Pereira, *Erro e Ilegalidade*, cit. (v. acima).

sora, *elemento nuclear* do ato jurídico (administrativo ou não), em seu conteúdo, passa a ser mero efeito, mera consequência da «reunião» de outros «elementos» (todos); quando, na verdade, sua declaração é que é, em muitos casos, o *único* elemento substancial do ato, preenchendo todo o seu conteúdo (como vimos no número anterior), e revestida pela forma (389).

Nenhuma diferença faz, a esse propósito, que se trate da vontade normativa: ela desempenha, no caso, o mesmo papel que a vontade individual da pessoa física. Também dessa não interessa, em princípio, a face psicológica, interior, a que se gera nos meandros da consciência; ao direito interessa apenas (salvo alegações de vício no processo de sua formação) sua face exteriorizada, a vontade manifestada, por palavras (declarada) ou de outra maneira, desde que fique bem revelado o seu sentido. Vimos no número anterior que,

389. Cf. Rivero (*Droit administratif*, cit., nº 80, pág. 75): «O ato jurídico da administração ... é, como todo ato jurídico, um ato de vontade destinado a introduzir uma mudança nas relações de direito que existem no momento em que ele intervém, ou melhor, a modificar a ordem jurídica.» [*L'acte juridique de l'administration ... est, comme tout acte juridique, un acte de volonté destiné à introduire un changement dans les rapports de droit qui existent au moment où il intervient, ou mieux, à modifier l'ordonnement juridique.*] Cf. Vedel-Delvolvé, *Droit Administratif*, cit., pág. 247; e pág. 239: «As decisões executórias pertencem pois à categoria dos atos jurídicos; são manifestações de vontade com o objetivo de produzir efeitos de direito» [*Les décisions exécutoires appartiennent donc à la catégorie des actes juridiques; ce sont des manifestations de volonté en vue de produire des effets de droit*].

inclusive, em princípio prevalece a manifestação de vontade, mesmo quando essa manifestação, na realidade, não encontra correspondência com o querer íntimo do agente, podendo ser até bem diversa ou mesmo inexistente a vontade real; a segurança do tráfico o exige (390).

390. Cf., *supra*, nº 23 (nota 356). São pertinentes, aqui, as argutas observações de Ernst Forsthoff (*Tratado de Derecho Administrativo*, cit., págs. 288-9). Após notar que «o ato administrativo, enquanto constitui um ato efetivo de execução, produz o efeito jurídico que lhe é próprio *ipso facto*, por outro lado e normalmente, *expressis verbis*»; que «esse momento declarativo próprio do ato administrativo, implícito inclusive no ato de execução, deu motivo a considerá-lo como uma declaração de vontade da Administração»; que «isso decorre do costume de considerar todas as manifestações do poder estatal e, de modo particular, a lei, como expressão de uma vontade, da do Estado ou da do legislador» [*«El acto administrativo, en cuanto constituye un acto efectivo de ejecución, produce el efecto jurídico que le es propio ipso facto, por lo demás y normalmente, expressis verbis. Este momento declarativo propio del acto administrativo, implícito incluso en el acto de ejecución, ha dado motivo a considerarlo como una declaración de voluntad de la Administración Esto depende de la costumbre de considerar todas las manifestaciones del poder estatal y, de modo particular, la ley, como expresión de una voluntad, de la del Estado o de la del legislador»*] — conclui:

«Não temos de tratar aqui de modo geral sobre a licitude dessa concepção. A extensa problemática da vontade estatal é assunto da teoria do Estado. Parece óbvio considerar como atos de vontade as manifestações da Administração, porque essas, à diferença das sentenças judiciais (com razão consideradas como atos de cognição), 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". Tudo isso são expressões lingüísticas usualmente admitidas, contra as quais nada há que objetar, com a condição de que se tenha noção exata desse sentido figurado e não se lhes queira atribuir uma significação psíquica real. Por isso mesmo, de nossa parte, seguiremos utilizando-as como mera *façon de parler*.» [*«No hemos de tratar*

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

A vontade (normativa ou não) é «antecedente», não conseqüente (antecedente não do ato — pois sua declaração «é» o próprio ato, em seu conteúdo nuclear —, mas dos efeitos desse); é «causa», não efeito.

Ademais, alude-se a outros «elementos» de que ela seria mero resultado; alude-se, por exemplo, a

aquí de modo general sobre la licitud de esta concepción. La extensa problemática de la voluntad estatal es asunto de la teoría del Estado. Parece obvio considerar como actos de voluntad las manifestaciones de la Administración, porque éstas, a diferencia de las sentencias judiciales (con razón consideradas como actos de cognición), tienen naturaleza teleológica y este sentido intencional es expresado por la palabra voluntad. En este sentido se habla continuamente en los libros y en la jurisprudencia de la voluntad o la intención de las autoridades administrativas; también están muy extendidos otros antropomorfismos como "opinión", "representación", "pensamiento" o "deseo de la Administración". Todo esto son expresiones gráficas usualmente recibidas, contra las que nada hay que objetar, a condición de que se tenga noción exacta de este sentido figurado y no se les quiera atribuir una significación psíquica real. Por eso mismo, por nuestra parte, las seguiremos utilizando como mera façon de parler.】

«a competência, a forma, etc.». Desses, somente a forma é elemento, o elemento exterior do ato, que lhe revela o conteúdo; a competência não é elemento, é requisito de validade do ato: outro plano, que não o de sua existência.

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

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

A vontade normativa, escreve-se, não faz parte «da estrutura» do ato administrativo; é «uma qualidade jurídica atribuída ao todo». Todavia, com tal concepção, de que a vontade normativa não é elemento do

ato, esvazia-se esse de qualquer conteúdo substancial; e, assim, está-se atribuindo «qualidade» ao vazio, ao vazio. Como já foi dito, é a vontade, declarada, que enche o ato, seu conteúdo.

E, ao contrário do que acima se diz, pensamos que, na verdade, a vontade psicológica é que não é elemento do ato administrativo, mesmo quando haja discricionariedade para a autoridade que o edita. É que a vontade psicológica se traduz sempre na vontade normativa; é a declaração dessa, portanto, que irá encher, sempre, o suporte fático do ato, nunca a daquela. Aquela é apenas processo de formação dessa, pré-jurídico, não interessando, em princípio, ao direito, salvo se houver indício de vício na mesma formação (391).

391. Nesse sentido Forsthoff (*Tratado de Derecho Administrativo*, cit., pág. 291): «De nenhum modo cabe considerar o ato administrativo como expressão da vontade psíquica do funcionário do qual emana. Ainda prescindindo de que essa concepção teria que fracassar ante o fato das decisões colegiais, uma nova consideração vem a refutá-la: é válido e correto, se é legal e objetivamente justo, o ato administrativo realizado por um funcionário enfermo mental. Aqui se manifesta em forma nova a distinção fundamental entre a declaração de vontade do Direito civil e o ato administrativo; este não há de julgar-se pela situação psicológica do funcionário do qual emana, senão exclusivamente de acordo com o sentido objetivo do obrar administrativo.» [*«De ningún modo cabe considerar el acto administrativo como expresión de la voluntad psíquica del funcionario del que emana. Aun prescindiendo de que esta concepción tendría que fracasar ante el hecho de las decisiones colegiales, una nueva consideración viene a refutarla: es válido y correcto, si es legal y objetivamente justo, el acto administrativo realizado por un funcionario enfermo mental. ²⁸Aquí se manifiesta en forma nueva la distinción fundamental entre la declaración de voluntad del Derecho civil y el acto administrativo; éste no ha de juzgarse por la situación psicológica del*

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

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

psicológica del funcionario del que emana, sino exclusivamente con arreglo al sentido objetivo del obrar administrativo (29).»] Em nota (*loc. cit.*, nt. 29), exemplifica Forsthoff com a hipótese do ato cujo instrumento foi redigido pelo secretário e assinado pelo funcionário autorizado para isso, ainda quando este, por enfermidade mental, não estivesse em situação de formar idéia sobre seu conteúdo nem, portanto, de ter «uma vontade psíquica a respeito do assunto».

BIBLIOGRAFIA

(Somente das obras citadas no texto, e consultadas diretamente. As obras referidas pelos autores citados, com seus elementos de identificação, foram, sempre que possível, indicadas em notas de pé-de-página, ao longo do texto.)

Brugger, Walter, et alii, *Dicionário de Filosofia*, tradução brasileira, por Antônio Pinto de Carvalho, do *Philosophisches Wörterbuch* (9ª edição, Freiburg, 1957); 3ª edição, São Paulo, 1977.

Caetano, Marcelo, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1977.

Carnelutti, Francesco, *Teoría General del Derecho*, tradução espanhola, por Francisco Javier Osset, da 3ª edição italiana (*Teoria generale del diritto*, Roma, 1951); Madri, 1955.

----- *Diritto e processo*, Nápoles, 1958.

Cassagne, Juan Carlos, *El Acto Administra-*

tivo, 2ª edição, Buenos Aires, sem data.

Cintra, Antônio Carlos de Araújo, *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, São Paulo, 1979.

Cretella Júnior, José, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1983, vol. I.

Delvolvé, Pierre, *Droit administratif* (vide Georges Vedel).

Enneccerus, Ludwig (Kipp, Theodor; Wolff, Martin), *Tratado de Derecho Civil*, tradução espanhola, por Blas Pérez González e José Alguer, do *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, tomo I (39ª edição, Marburg, 1931 [Hans Carl Nipperdey]); 2ª edição (ao cuidado de José Puig Brutau), Barcelona, 1950.

Fagundes, Miguel Seabra, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª edição, Rio de Janeiro, 1979.

Ferraz Júnior, Tércio Sampaio, *Conceito de Sistema no Direito*, Editora da Universidade de São Paulo-Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976.

Ferreira, Sérgio de Andréa, *Direito Administrativo Didático*, 3ª edição, Rio de Janeiro, 1985.

Fleiner, Fritz, *Les principes généraux du droit administratif allemand*, tradução francesa, por

Charles Eisenmann, da 8ª edição das *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts* (de 1928); Paris, 1933.

Forsthoff, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, tradução espanhola, por Legaz Lacambra, Garrido Fallá e Gómez de Ortega y Junge, da 5ª edição (de 1955) do *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*; Madri, 1958.

Gomes, Orlando, *Direitos Reais*, 8ª edição, Rio de Janeiro, 1983.

Gordillo, Agustín, *Princípios Gerais de Direito Público*, tradução de Marco Aurélio Greco, São Paulo, 1977.

Houaiss, Antônio et alii, *Enciclopédia Mirador Internacional (Encyclopaedia Britannica do Brasil Publicações Ltda.)*, São Paulo, 1981, vol. IX, verbete *Estruturalismo*.

Jèze, Gaston, *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*, tradução espanhola, por Carlos Garcia Oviedo, da 2ª edição francesa (*Les principes généraux du droit administratif*, Paris, 1914); Madri, 1928.

Laubadère, André de, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1953.

Leite, Luciano Ferreira, *O Regulamento no Direito Brasileiro*, São Paulo, 1986.

Lucifredi, Roberto, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, Milão, 1963.

Masagão, Mário, *Curso de Direito Administrativo*, 3ª edição, sem data, São Paulo.

Mayer, Otto, *Derecho Administrativo Alemán*, tradução argentina, por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin, da edição francesa da versão do *Deutsches Verwaltungsrecht* escrita pelo próprio autor (*Le droit administratif allemand*, Paris, 1903); Buenos Aires, 1949.

Meirelles, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 7ª edição, São Paulo, 1979.

Mello, Celso Antônio Bandeira de, *Elementos de Direito Administrativo*, 1ª edição, 3ª tiragem, 1983, São Paulo.

----- *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, São Paulo, 1981.

----- *Apontamentos sobre os Agentes e Órgãos Públicos*, 1ª edição, 4ª tiragem, São Paulo, 1984.

Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, tomos I, II, III, Rio de Janeiro, 1970.

Nipperdey, Hans Carl, *Tratado de Derecho*

Civil (vide Enneccerus, Ludwig).

Oliveira, Régis Fernandes de, *Ato Administrativo*, 2ª edição, São Paulo, 1980.

Piaget, Jean, *O Estruturalismo*, tradução de Moacir Renato de Amorim (*Le structuralisme*, Col. «Que sais-je?», Presses Universitaires de France, Paris); 3ª edição, Difel, São Paulo-Rio de Janeiro, 1979.

Rivero, Jean, *Droit administratif*, Paris, 1960.

Rolland, Louis, *Précis de droit administratif*, Paris, . 1953.

Ruggiero, Roberto de, *Instituições de Direito Civil*, tradução, por Ary dos Santos, da 6ª edição italiana (*Istituzioni di diritto civile*, Messina, 1934); 3ª edição, São Paulo, vol. II, 1972.

Silva, Clóvis Veríssimo do Couto e, *A Obrigação como Processo*, São Paulo, 1976.

Stassinopoulos, Michel, *Traité des actes administratifs*, Atenas, 1954.

Tácito, Caio, *Direito Administrativo*, São Paulo, 1975.

Vedel, Georges (Delvolvé, Pierre), *Droit administratif*, 9ª edição, Paris, 1984.

Vilanova, Lourival, *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*, Editora da Universidade Católica de São Paulo-Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.

Waline, M., *Droit administratif*, 7ª edição, Paris, 1957.

Zanobini, Guido, *Corso di diritto amministrativo*, 6ª edição, Milão, 1950, vol. I.