

Conceito e elementos do ato administrativo*

MARIA CUERVO SILVA VAZ CERQUINHO
Promotora de Justiça – SP

SUMÁRIO: I – Introdução; II – Conceito; III – Elementos; IV – Conclusões; e V – Bibliografia.

I – INTRODUÇÃO

Da tripartição do exercício do poder estatal resultou a divisão material das três funções: legislativa, jurisdicional e administrativa, apresentando-se, no entanto, esta última como a mais complexa de todas. Dado o imenso entrelaçamento existente entre as funções estatais, contemplamos os órgãos incumbidos da emanção de determinados atos de sua competência característica e normal a editarem, em caráter excepcional, atos correspondentes, em seu conteúdo material, àqueles que integram a função de competência característica e normal de outra esfera de órgãos estatais. Para fins de exemplificação, invocamos o regulamento, ato materialmente legislativo e que, no entanto, é baixado pelo Poder Executivo.

E frisamos: das três funções estatais apresenta-se como a mais complexa, precisamente, a função administrativa. É notória a profunda heterogeneidade que caracteriza tal setor da atividade do Estado.

Neste sentido, trazemos à colação o pensamento do emérito Renato Alessi, ao asseverar que, “frente a esta heterogeneidade que presenta la actividad desarrollada por la autoridad administrativa, no nos parece útil el construir una teoria unitaria del acto administrativo (ejercicio genérico de actividad administrativa) en cuanto podrian enunciarse unicamente principios de carácter muy general y, por tanto, de escasisima utilidad” (“Instituciones de Derecho Administrativo”, tomo I/240, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1970). Portanto, nesta linha de raciocínio chega o autor à conclusão da necessidade de se isolar uma determinada categoria homogênea de

* Trabalho do Curso de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP

atos, do que resulta a construção da teoria central dos atos administrativos, categoria essa que se refere à espécie de atividade mais expressiva e significativa da função exercida pelos órgãos executivos e à qual se aplica o maior número possível de normas e princípios que integram o regime jurídico-administrativo.

E não é senão esse o nosso intento no presente trabalho: pinçar nesta atividade tão heterogênea desenvolvida pelo Poder Executivo aquela que mais nos revela as características e peculiaridades mais expressivas da função de sua competência característica e normal, vale dizer, o ato administrativo *stricto sensu*, viabilizando-se-nos a construção de uma teoria orgânica, operativa, dado subsumir-se, em todas as espécies em que se subdivide, a um mesmo e único regime jurídico, ou seja, aquele formado por normas e princípios integradores do Direito Administrativo.

Ao ato administrativo, conseqüentemente, são aplicáveis todas as regras e princípios que informam a ramificação do sistema normativo a que se denominou de Direito Administrativo.

O ato administrativo surge no mundo jurídico como conseqüência do transito de uma relação do mundo fático que, juridicizada pela norma jurídico-administrativa, ingressa no plano do dever-ser sob o rótulo de relação de administração. Define-a Ruy Cirne Lima como sendo aquela que "no plano das relações jurídicas se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente" ("Princípios de Direito Administrativo Brasileiro", 3.^a ed., Porto Alegre, 1954, pág. 53).

Indica-nos, assim, a própria definição da relação de administração encontrada em todo o ato administrativo um dos magnos princípios do regime jurídico-administrativo, sob cuja égide são praticados os atos ora em estudo: o princípio da finalidade pública, ou seja, aquela finalidade havida pelo Estado como própria e, portanto, qualificada pelo sistema normativo dentro da categoria do interesse público.

Na relação de administração não prevalecem as vontades dos sujeitos que integram a sua estrutura essencial, porém o fim público para cuja concreção se formou a mesma. Tais vontades encontram-se, antes, cingidas a tal finalidade impessoal, prevista *in abstracto* pela norma jurídico-administrativa a ser concretizada pela Administração Pública.

Da peculiaridade retroassinalada da atividade administrativa podemos, com tranqüilidade, inferir uma outra: a posição de supremacia que ocupa o órgão estatal em dita relação. Trata-se de uma questão de ordem lógica: competindo à Administração a implementação do interesse público, surgindo-nos como verdadeira guardiã do mesmo, o órgão incumbido de tão elevada tarefa há que se encontrar em situação sobranceira com relação ao administrado; porquanto desenvolva "atividade daquele que não é senhor absoluto" (Ruy Cirne Lima, *ob. cit.*, pág. 21). É atividade, portanto, assimilável ao mandato.

E desta segunda característica, ou seja, a posição de supremacia que goza o Estado na relação jurídica que dá vida ao ato administrativo, vem-nos, como decorrência inafastável, o fato de que a autoridade comparecer como parte de dita relação, em contraposição ao que ocorre nos atos emanados do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. Socorrendo-nos novamente da autoridade de Renato Alessi, endossamos na íntegra as suas palavras ao asseverar que, "mediante la ley, el Estado regula relaciones permaneciendo por encima y al margen de las mismas", e que na jurisdição também o órgão estatal se encontra "por encima y al margen de las relaciones a las que los propios actos se refieren" (*ob. cit.*, tomo I/7-8).

Em abono de nossa posição também citamos Marcello Caetano, que realça as qualidades de parcialidade e iniciativa da Administração em contraposição à imparcialidade e passividade da jurisdição ("Manual de Direito Administrativo", 6.^a ed., Lisboa, 1963, págs. 13 e segs.).

Portanto, inobstante o fato de se encontrar o Estado em posição de superioridade tanto na atividade legislativa como na jurisdicional e administrativa, o "plus" que existe na atividade administrativa é o de comparecer como parte de uma relação jurídica. Enquanto o ente estatal, através dos órgãos legislativos, destina-se à emanação de comandos primários (gerais e abstratos) e através dos órgãos jurisdicionais destina-se à produção de atos subsidiários que visam à fiel aplicação da lei, à sua atuação coativa, na atividade administrativa dirige-se o Estado à edição de comandos complementares, concretos e individuais que visam a conferir operatividade aos abstratos comandos primários, apresentando-se como parte das relações jurídicas a que se referem ditos atos.

E ainda quanto às características do ato administrativo, tema que será objeto de um conceito na próxima etapa desta dissertação, afirmam muitos autores, além de sua natureza concreta, individual e unilateral (o que nos parece indubitável), a sua imediatividade com relação ao particular, isto é, o ato administrativo deve produzir os seus efeitos de modo direto e imediato com relação ao administrado. Vale dizer: os efeitos do ato administrativo devem irradiar-se diretamente do mesmo, não estando, portanto, na dependência da emanação de ato posterior, projetando-se de forma imediata na esfera jurídica do particular. Tal assertiva será examinada com maior profundidade no item posterior deste trabalho, em que tentaremos a construção de um conceito de ato administrativo.

Revela-se irrefutável — e, em assim sendo, o estabelecemos como verdadeira premissa de nosso enfoque do tema ora em estudo — o fato de que, presente no espírito a grande heterogeneidade que marca a atividade da Administração Pública, somos compelidos, para fins de elaboração de um conceito do ato administrativo, a escolher aquela espécie de atividade que reveste as notas mais significativas da função que lhe foi delegada (ao Poder Executivo) como sendo de sua competência característica e normal.

Na breve análise que fizemos da relação de administração tivemos oportunidade de verificar que ela nos dá, por assim dizer, traços essenciais do regime a que se encontra subordinado o ato que dela exsurge, o ato administrativo, isto é, o ato emanado da autoridade estatal como parte integrante de dita relação, em posição de superioridade com relação ao administrado, na prossecução de finalidades públicas tuteladas pelo sistema normativo.

Assentes as premissas acima colocadas, procederemos a uma conceituação de dito ato, bem como à dissecação de sua estrutura.

II — CONCEITO

De início, cabe-nos formular as seguintes indagações.

1. Incluem-se no conceito do ato administrativo os atos gerais e abstratos emanados da Administração Pública?
2. Incluem-se no conceito de ato administrativo os atos jurisdicionais emanados dos tribunais administrativos?
3. Incluem-se no conceito de ato administrativo os atos de direito privado praticados pela Administração Pública?

4. Incluem-se no conceito de ato administrativo os atos contratuais?

5. Incluem-se no conceito de ato administrativo os atos internos da Administração Pública?

6. E, finalmente, abarcam o conceito de ato administrativo os atos materialmente administrativos praticados pelo Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário e pelos particulares no desempenho de função pública?

Para fins de uma conclusão acerca da inclusão ou exclusão no conceito de ato administrativo dos atos apontados, evidentemente, cumpre-nos uma breve análise de cada um deles.

Iniciemos, portanto, pelos atos gerais e abstratos provindos da autoridade administrativa, consistentes nos regulamentos. Conforme o Direito Positivo brasileiro, os regulamentos são regras de "fiel execução das normas legais" (Constituição Federal, artigo 81, n. III). Trata-se de normas de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, recebendo a sua validade das normas legais, produto da atividade do Poder Legislativo.

Assim, para ser válido, o regulamento há que se encontrar em perfeita consonância com o preceito normativo superior, o qual visa integrar, completar, conferindo-lhe operatividade. De modo contrário, é ferida disposição constante de dita norma legal, revelando-se o regulamento como um ato antijurídico. Apresenta uma função secundária e supletiva relativamente à lei, existindo, segundo Agustin Gordillo, "uma gradação hierárquica entre a lei e o regulamento, o que determina que o segundo está sempre submetido à primeira e não pode contradizê-la em nenhum caso, pois, se o faz, é considerado antijurídico" ("Princípios Gerais de Direito Público", Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977, trad. de Marco Aurélio Greco, pág. 117).

Portanto, trata-se de ato geral e abstrato em que a autoridade administrativa surge em posição de supremacia sem ser, no entanto, parte de uma relação jurídica, posto nenhuma relação se forme com a simples edição de um regulamento (o que só se torna possível após a concretização de uma das abstratas hipóteses nele contidas), e por outro lado, não se encontrando o ente estatal na prossecução direta e imediata da finalidade pública. Com relação ao particular, o regulamento somente de forma mediata produzirá os seus efeitos.

Pronuncia-se André Gonçalves Pereira a esse respeito ao afirmar a mediatividade do regulamento em contraposição à imediatividade do ato administrativo concreto e individual. E assevera o autor citado: "O que constitui direitos para o administrado é o ato administrativo e não o regulamento. Este pode ser condição necessária, mas não é condição suficiente" ("Erro e ilegalidade do Ato Administrativo", Edições Ática, Lisboa, 1962, pág. 82).

Assim, ao baixar um regulamento, embora se encontre a autoridade administrativa em posição de superioridade com relação ao administrado, não é parte de relação jurídica, porquanto nenhuma relação jurídica se forma com a simples emanção de tal ato, e, ainda, vindo a interferir somente de modo mediato na esfera jurídica do particular.

Evidencia-se que o regulamento não está subordinado ao mesmo regime jurídico ao qual se subsume o ato administrativo. André Gonçalves Pereira, na obra citada, aponta-nos duas diferenças essenciais quanto aos regimes jurídicos do regulamento e do ato administrativo: a revogabilidade do primeiro em oposição à regra de irrevogabilidade do segundo; a impugnabilidade contenciosa do segundo em oposição à inimpugnabilidade do primeiro (ob. cit., pág. 82).

Portanto, embora o regulamento se compreenda no conceito lato de ato administrativo, porquanto seja manifestação da função administrativa desenvolvida pelo Poder Executivo, não pode ser incluído no conceito de ato administrativo, ou de provimento, dadas as evidentes diferenças quanto aos regimes jurídicos de ambos, diferenças essas que são, inclusive, ampliadas por inúmeros administrativistas, *verbi gratia*, Agustin Gordillo e Juan Carlos Cassagne.

Em realidade, podemos dizer que os regulamentos são verdadeiras normas jurídicas (com conteúdo material similar ao das leis), não se dirigindo, entretanto, aos particulares, e, sim, aos próprios órgãos da Administração. O princípio da legalidade, pedra fundamental do moderno Estado de Direito, assenta em que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, e não de decreto ou regulamento. Neste sentido, apresenta-se o regulamento como um instrumento de execução da lei, destinando-se, como afirmamos, aos órgãos da Administração.

Da assertiva acima colocada torna-se patente a mediatividade do regulamento com relação aos particulares, pois somente interferirá em suas esferas jurídicas se a Administração concretizar algum comando abstrato dele constante.

Excluimos, portanto, o regulamento do conceito de ato administrativo.

Passando à segunda indagação, pertinente às decisões jurisdicionais dos tribunais administrativos, também concluimos pela sua exclusão do conceito de ato administrativo.

No caso em pauta, encontra-se o Estado em posição de supremacia, conservando-se, porém, à margem da relação jurídica em julgamento, ou seja, não comparece como parte integrante da mesma, dirigindo-se imediatamente à satisfação do interesse público.

Renato Alessi, ao referir-se a tais decisões jurisdicionais dos tribunais administrativos, afirma consistirem em atividade inassimilável ao ato administrativo *stricto sensu*, advindo tal heterogeneidade do aspecto da "função" da atividade administrativa: enquanto tais decisões dirigem-se à solução contenciosa de conflito de interesses (aplicação coativa de normas jurídicas), o ato administrativo visa à realização efetiva, em concreto, dos interesses públicos confiados à Administração (ob. cit., I/249).

Não se integram as decisões jurisdicionais dos tribunais administrativos no conceito de ato administrativo.

A terceira indagação diz respeito aos atos de direito privado praticados pela Administração, os quais também excluimos do conceito de ato administrativo. Na emanção de ditos atos, despe-se a autoridade estatal das especialíssimas prerrogativas de direito público e, portanto, de sua posição de supremacia na relação jurídica, colocando-se em idêntica posição à do administrado. Embora a formação da vontade seja regulada em sede administrativa, isto é, embora a determinação volitiva da Administração no sentido de realizar o referido ato possa configurar-se como um verdadeiro ato administrativo (um provimento formal, no dizer de Alessi), todo o desenvolvimento da relação jurídica encontrar-se-á subsumido às regras de Direito Privado.

Assim, não integram o conceito de ato administrativo os atos de direito privado praticados pela Administração nos quais *sponte propria* a mesma se despojou das especiais prerrogativas que caracterizam a emanção do ato administrativo.

Referentemente à quarta indagação, que diz respeito aos contratos, opinamos que não se coadunam os mesmos com o conceito de ato administrativo, posto não acreditarmos na existência de um verdadeiro contrato administrativo, uma vez só haja acordo consensual no que tange à equação econômico-financeira de dito ato. No tocante às cláusulas regulamentares, há imposição unilateral por parte da Administração, característica esta que desvirtua a configuração de um contrato. Portanto, no conceito de ato Administrativo, *stricto sensu*, só podem ser contempladas as referidas cláusulas alteráveis livremente pela Administração.

A quinta pergunta formulada pertine aos chamados "atos internos" da Administração, ou seja, à atividade interorgânica. O conceito de ato administrativo, dadas as premissas estabelecidas no item anterior, repele a inclusão dos atos ora enfocados, uma vez não irradiem os seus efeitos de forma direta e imediata na esfera jurídica do particular. Assim, temos no pensamento de Renato Alessi, os atos que são produzidos no curso de um procedimento administrativo, que, embora insertos na função administrativa, não podem ser qualificados como atos administrativos em sentido estrito. Esclarece-nos o autor o problema da seguinte forma: "...actos todos ellos que no representan el ejercicio de un poder externo frente a un sujeto distinto, sino más bien el ejercicio de una función de los distintos órganos de la Administración en las relaciones interorgánicas, constituyendo otros tantos presupuestos para el verdadero y propio eficaz ejercicio del poder soberano por medio del acuerdo a cuya emanación concurren los antedichos actos en medida distinta y con función diferente" (ob. cit., I/268).

Assim, os mencionados atos internos que são produzidos ao longo de um procedimento surgem-nos como pressupostos da determinação volitiva final do procedimento, configurando-se esta como um ato administrativo, no qual, além de o Estado comparecer na relação que o origina em posição de supremacia, como parte da mesma, tende à realização imediata do interesse público.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello realça que alguns atos internos apresentam eficácia imediata com relação a terceiros *exempli gratia*, os procedimentos disciplinares. Outros, entretanto, só projetam seus efeitos para além do aparelho estatal de forma mediata e, inobstante tal fato, atingem terceiros, tais como as ordens de um superior hierárquico a um inferior. Para o autor citado, todos estes atos, embora praticados no âmbito interno da Administração, se atingirem terceiros, seja imediata, seja mediata, devem ser incluídos no conceito de ato administrativo (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. "Princípios Gerais de Direito Administrativo", vol. I/416, Forense, Rio de Janeiro, 1968).

Nebulosa apresenta-se, portanto, tal questão em doutrina. Para nós, afigura-se importante a imediatividade do ato com relação ao administrado. Portanto, em princípio, são excluídos os atos internos do conceito de ato administrativo, em virtude de não revelarem uma repercussão direta na esfera jurídica do particular. Em abono de nossa posição invocamos o pensamento de Juan Carlos Cassagne, para quem os atos internos ou interorgânicos formam uma categoria específica, distinta, conceptualmente, da categoria dos atos administrativos, uma vez somente esses últimos produzem efeitos diretos frente a terceiros, havendo, portanto, elementos de discrimen entre os regimes jurídicos de uma e de outra categoria de atos ("El Acto Administrativo", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, pág. 111).

Finalmente, quanto à última questão proposta, referente aos atos materialmente administrativos, praticados pelo Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário e pelos particulares no desempenho de função pública, desde logo posicionamo-nos a favor de sua inclusão no conceito de ato administrativo.

Quanto aos atos administrativos emanados do Legislativo ou do Judiciário, contemplamos a atuação da própria pessoa estatal, em posição de superioridade, como parte integrante de uma relação jurídica, e com vistas à imediata satisfação do interesse público, interferindo, portanto, diretamente na esfera jurídica do particular. Trata-se de atos administrativos em seu sentido estrito, editados por órgãos integrantes do ente jurídico Estado, no desempenho, em caráter excepcional, da função administrativa. Tais atos possuem a mesma força jurídica ou o mesmo valor formal dos atos administrativos praticados pelo Poder Executivo. Incluem-se, portanto, no conceito de ato administrativo, no respeito a todas as premissas colocadas *ab initio*.

Ressalte-se que o mesmo sucede com relação aos atos editados por particulares no desempenho de função pública, uma vez haja o Estado delegado a tais particulares os poderes necessários à prática de atos administrativos, *exempli gratia*, as concessões. São investidos ditos particulares nas especiais prerrogativas de supremacia na relação jurídica da qual fazem parte, com vistas à imediata concreção do interesse público, razão pela qual os atos editados em tais condições são encampados pelo conceito de ato administrativo. Por tal motivo afigura-se-nos tão importante a ressalva feita por Celso Antônio Bandeira de Mello ao formular seu conceito de ato administrativo, enfatizando que é ato praticado pelo "Estado ou por quem lhe faça as vezes" (definição retirada de um trabalho de Mestrado da Dra. Reilda Meira Schahin, publicado na RDP 30/45).

Do exposto, concluímos que revestem imensa importância as reflexões acerca dos atos emanados da Administração Pública para fins de verificação de seu enquadramento ou não no conceito de ato administrativo, porquanto tal proceder revela-nos se se subsumem ou não ao regime jurídico sob cuja égide são praticados os atos administrativos *stricto sensu*. Vale dizer: é indispensável averiguarmos as várias categorias de atos editados pela Administração para efeito de tomarmos ciência de quais as normas e princípios aplicáveis a cada uma delas, se os mesmos que regem o ato administrativo (uma vez ditas atividades estejam englobadas no conceito de ato administrativo) ou se, ao contrário, em se estremando ditas categorias daquela do ato administrativo, podemos identificar quais os seus regimes jurídicos.

Portanto, embora possa parecer uma questão de relevância meramente teórica, tal não é o que sucede: as considerações anteriormente elaboradas tiveram como meta fins de operatividade, de funcionalidade.

Das premissas assentes no primeiro item do presente trabalho e do rápido enfoque realizado dos atos da Administração Pública, sempre com respaldo nas mencionadas premissas, tentaremos, no momento, a construção de um conceito de ato administrativo.

Configurando-se o ato administrativo como um ato jurídico, devemos, antes de mais nada, partir do conceito desse último, o que nos induzirá àquele de fato jurídico, do qual é uma espécie.

Invocando à colação as geniais palavras de Pontes de Miranda, afirmando, com o eminente jurista, que "o mundo jurídico não é mais do que o mundo dos fatos jurídicos, isto é, daqueles suportes fáticos que logram entrar no mundo jurídico", concluímos que fato jurídico, genericamente, é todo o fato da realidade fenomênica (econômica, social, política, etc.), que, em sendo abstratamente previsto por uma norma jurídica, ao ocorrer no plano de ser, em virtude da incidência de tal norma, recebe a sua qualificação pelo sistema jurídico. Ingressa, assim, no plano do dever-ser, configurando-se como uma realidade jurídica apta (se preenchidos os

requisitos de validade preestabelecidos) a nele subsistir e produzir os efeitos previstos e em vista dos quais se preordenou.

O fato jurídico, como gênero, abarca diversas espécies, dentre as quais o ato jurídico.

O elemento distintivo do ato jurídico das demais espécies que integram o fato jurídico, genérico, é a presença, em seu suporte fático, em seu substrato material, de uma carga volitiva proveniente dos sujeitos de direito que formam a relação jurídica. Contemplamos no suporte fático dos atos jurídicos tanto manifestações de vontade como manifestações de juízo ou de conhecimento.

Portanto, trata-se o ato jurídico de conduta eminentemente voluntária expressiva de uma relação que transitou do mundo do ser para o mundo do dever-ser, ao ser juridicizada pela regra de Direito. Novamente o pensamento de Pontes de Miranda, *in verbis*: “quando o fato se fez jurídico, jurídicas fizeram-se as relações que ele implicou” (“Tratado de Direito Privado”, Rio de Janeiro, 1954, tomo I/119).

Tecidas breves considerações acerca das noções de ato jurídico e relação jurídica, compete-nos, agora, o ingresso no ato administrativo.

Transcrevendo na íntegra o conceito de ato administrativo formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello, temos que: “ato administrativo é toda manifestação de vontade, juízo ou conhecimento, do Estado ou de quem lhe faça as vezes, no exercício de prerrogativas próprias, expedida em subordinação à lei e como parte de uma relação jurídica, a fim de produzir efeitos de direito destinados a cumprir as finalidades estabelecidas na ordenação normativa”.

Realça com muita lucidez o jurista citado o princípio da legalidade, princípio cardeal do regime jurídico-administrativo, viga mestra do moderno Estado de Direito, bem como a posição de supremacia que ocupa a Administração Pública ao emanar os atos administrativos como parte, portanto, de uma relação jurídica, atos esses que se dirigem ao atendimento das necessidades coletivas tuteladas pelo sistema normativo e por este erigidas à categoria de interesses públicos.

Definição de ato administrativo que reveste profundo rigor científico nos é fornecida por Renato Alessi ao tratar do provimento administrativo: “podemos definir el acuerdo administrativo como la manifestación de un poder soberano que corresponde a una autoridad administrativa como tal, respectó a una realización en la que dicha autoridad es parte, para la satisfacción de intereses públicos concretos confiados a la misma” (ob. cit., I/251).

Também refere-se tal conceito à posição de superioridade da Administração frente ao particular, ao fato de ser a mesma parte da relação jurídica que se forma, bem como à preordenação do ato à eclosão de efeitos próprios, ou quais consistem nos interesses públicos a serem satisfeitos.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello acrescenta uma peculiaridade, qual seja, a imediata e direta criação da utilidade pública, como efeito do ato administrativo.

A nosso turno, com respaldo nas premissas anteriormente colocadas, conceituamos o ato administrativo como sendo o comando concreto, individual, gerado por relação jurídica em que o Estado, ou quem lhe estiver fazendo as vezes, surge como parte, em posição de superioridade com relação ao administrado, tendente a conferir operatividade aos abstratos comandos primários mediante a imediata prossecução da finalidade pública por estes tutelada, interferindo direta e unilateralmente na esfera jurídica do particular.

Dos elementos constantes de nosso conceito de ato administrativo, adquire ainda maior nitidez a exclusão de determinados atos praticados pela Administração da categoria realçada como aquela mais expressiva e significativa da função administrativa. São eles: 1) os regulamentos; 2) as decisões dos tribunais administrativos; 3) os atos de direito privado; 4) os atos contratuais (com a ressalva já feita no tocante às cláusulas regulamentares); 5) os atos internos ou interorgânicos.

III — ELEMENTOS

Passando, finalmente, a uma dissecação da estrutura do ato administrativo em elementos que o integram, iniciamos, precisamente, por negar uma possibilidade objetiva de fazê-lo.

Elementos, como partes de um todo, como conceitos abrangedores de esferas da realidade, são, em verdade, indissociáveis deste todo, a não ser para fins de uma análise do ponto de vista lógico.

Neste sentido, invocamos o ensinamento de Marcello Caetano, para quem “os elementos essenciais encontram-se fundidos no ato, formam uma unidade que só a análise lógica dissocia para comodidade de estudo. Não se deve perder nunca de vista, porém, ao estudá-los isoladamente, que eles são incompreensíveis e insignificantes desde que não considerados como meros aspectos da unidade a que pertencem” (ob. cit., pág. 429).

Discrepam terminológica e substancialmente os autores na enumeração dos “elementos” do ato administrativo. É bastante diversificado o panorama doutrinário a respeito da estrutura de tal ato. Alguns juristas subdividem os seus elementos em essenciais e acidentais; para outros, no entanto, ditos aspectos do ato apresentam-se como sendo seus requisitos de validade, apontando como elemento essencial do ato unicamente o seu conteúdo. De qualquer modo, sejam elementos ou sejam requisitos de validade, o estudo de tais ângulos do ato administrativo revela a sua operatividade para fins de aferição da existência ou inexistência jurídica do mesmo, sua validade ou invalidade (absoluta ou relativa). Bem nos alerta André Gonçalves Pereira, ao prelecionar que “o escopo prático do estudo dos elementos do ato administrativo é o de permitir a descrição dos vícios do ato, isto é, a ‘anatomia’ é um ponto da passagem indispensável para a ‘patologia’ do ato” (ob. cit., pág. 106).

Portanto, os vícios que podem enfermar o ato administrativo, determinando a sua invalidade, ou seja, a sua incompatibilidade com a norma legal, podem recair sobre um ou alguns dos aspectos de tal ato, ou, como sustentam inúmeros autores, sobre qualquer dos “elementos” do ato administrativo.

Aproveitando o ensejo, já que nos valem da lição de André Gonçalves Pereira, vejamos como dissecou o mestre português a estrutura do ato em distintos elementos essenciais, a saber: competência, forma, causa e objeto.

Acerca da causa do ato administrativo, retornaremos a um estudo mais aprofundado da mesma, uma vez que se nos afigura tal conceito como uma das mais científicas e funcionais construções elaboradas pelo pensamento jurídico.

Quanto à competência, adota o autor citado a definição proposta por Marcello Caetano como sendo “o complexo de poderes funcionais conferidos por lei a cada órgão ou cargo para o desempenho das atribuições da pessoa coletiva em que esteja integrado” (André Gonçalves Pereira, ob. cit., pág. 99).

A forma do ato administrativo é enfocada pelo jurista como o "modo pelo qual se revela a vontade administrativa" (ob. cit., pág. 99).

Não distingue André Gonçalves Pereira entre o objeto e o conteúdo, distinção que acolhemos, feita, conforme veremos a seu tempo, por Zanobini. Para André Gonçalves Pereira, objeto ou conteúdo é "a própria prescrição ou injunção que o ato contém, e, portanto, necessariamente, uma declaração de vontade ou conhecimento" (ob. cit., pág. 99).

A causa do ato administrativo (à qual retornaremos, conforme assinalamos) é "a relação de adequação entre os pressupostos do ato e o seu objeto" (ob. cit., pág. 122). Por enquanto, acerca da causa basta este registro.

Exclui, portanto, o eminente mestre a vontade e o fim dentre os elementos essenciais do ato administrativo. Subdividindo a vontade, tal como o faz Marcello Caetano, em vontade normativa e vontade psicológica, conclui que a vontade normativa existe sempre mas não é elemento do ato, porquanto não possui autonomia, sendo "uma consequência imputada pela lei, um efeito legal da reunião de todos os elementos do ato" (ob. cit., págs. 105/106). Portanto, embora adote a divisão da vontade em normativa e psicológica, proposta por Marcello Caetano, discrepa André Gonçalves Pereira do jurista citado enquanto não inclui a vontade normativa entre os elementos essenciais do ato administrativo.

No que tange à vontade psicológica, afirma ser a mesma um elemento normal, mas não essencial, porquanto só tem relevância no poder discricionário, inexistindo no poder vinculado.

E, por sua vez, exclui o fim dos elementos essenciais do ato administrativo, uma vez que assevera que o mesmo só existe na vontade psicológica, tornando-se relevante unicamente na atuação discricionária da Administração. E claramente revela sua discrepância com Marcello Caetano, que contempla a finalidade como uma imputação legal, situando-se, portanto, na vontade normativa. Desde já queremos consignar a nossa aderência ao pensamento de Marcello Caetano quanto ao fato de residir a finalidade na vontade normativa e nunca, como pretende André Gonçalves Pereira, na vontade psicológica, embora reconheçamos que a problemática do fim do ato administrativo ganha destaque muito maior no exercício dos poderes discricionários.

Portanto, para André Gonçalves Pereira, são elementos essenciais do ato administrativo: a competência, a forma, o objeto e a causa.

Para Zanobini, elementos essenciais do ato administrativo, ou seja, aqueles que se destinam a dar vida ao ato, inserindo-o em uma determinada categoria jurídica, em oposição a outras, são: o sujeito, o objeto, a vontade, o conteúdo e a forma.

Afigura-se-nos revestir elevado rigor científico o pensamento do autor italiano, ao distinguir entre objeto e conteúdo do ato administrativo, distinção que acolhemos em sua íntegra. Em verdade, são inassimiláveis os conceitos de objeto e conteúdo do ato. Sendo o conteúdo a própria determinação, injunção jurídica do ato, é evidente que deve incidir sobre alguma coisa ou atividade que vem a ser, precisamente, o objeto do ato. E exatamente nesta linha de raciocínio pronuncia-se Guido Zanobini: "Poggetto dell'atto amministrativo è la cosa, l'attività, il rapporto, di cui esso si occupa e per cui dispone, giudica, attesta quanto risulta dal suo contenuto" ("Corso di Diritto Amministrativo", vol. I/246, 8.^a ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1958).

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello apresenta-nos interessante dissecação do ato em elementos. Adepto da filosofia aristotélico-tomista, designa de causas tais

elementos do ato administrativo, afirmando tratar-se dos "princípios que influem positivamente na sua formação e dão a sua razão de existir. Ora, esses princípios que constituem as razões de existir de um ser se denominam causas e o ser produzido se chama efeito" (ob. cit. I/438-439).

Colocada esta premissa, ensina o autor serem quatro as causas essenciais do ato, a saber: a causa agente ou eficiente, a material, a formal e a final. Por outro lado, são duas as causas acidentais: a causa ocasional ou motivo e a exemplar ou modelo. A seu turno, a causa agente ou eficiente subdivide-se em principal e instrumental. Enquanto a primeira dessas refere-se ao sujeito capaz e competente, a segunda refere-se à própria forma do ato administrativo, o modo pelo qual se manifesta a vontade do legislador. A causa formal, entretanto, vem a se constituir no conteúdo do ato. A causa final, evidentemente, diz respeito à finalidade do ato e a causa material vem a se configurar, precisamente, no objeto do ato administrativo. Portanto, também acolhe o insigne jurista brasileiro, sob terminologia totalmente diversa, a distinção feita por Zanobini entre conteúdo e objeto do ato. Aliás, dentre os autores brasileiros, desponta também Celso Antônio Bandeira de Mello a traçar-nos, com a clareza e rigor científico que lhe são peculiares, a distinção conceptual entre os mencionados aspectos do ato administrativo, vale dizer, seu conteúdo e seu objeto.

Na tentativa de adentrarmos o pensamento dos autores ora analisados, seguindo o fluxo de seu raciocínio, embora discrepante do nosso, e que sustentam a existência de vários elementos essenciais e acidentais do ato administrativo, surpreende-nos Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ao incluir o motivo, por ele designado de causa ocasional, entre os elementos acidentais do ato. Para nós é imprescindível, sempre e em qualquer caso, a configuração do motivo (ou pressuposto fático) na realidade fenomênica, a fim de que o administrador possa e deva atuar, lançando mão da competência que lhe é outorgada pela norma legal. Não contemplamos dito ângulo do ato como sendo um elemento essencial seu; entretanto, estamos convictos da imperiosa necessidade de sua ocorrência no mundo fático, autorizando o uso da competência conferida pela lei ao agente administrativo, com vista à emanação do ato suscetível de provocar a devida alteração no mundo jurídico, a qual venha a culminar com a concreção da finalidade de interesse público albergada in abstracto pelo sistema normativo. É a ressalva que nos incumbe registrar com respeito ao pensamento do ilustre jurista brasileiro.

Antes de ingressarmos em um enfoque pessoal do tema em foco, queremos consignar uma breve menção ao pensamento de Renato Alessi.

Para o emérito autor italiano, elementos essenciais do ato administrativo, ou seja, elementos imprescindíveis para que uma determinada figura jurídica possa ser qualificada de ato administrativo ("provvedimento") são: 1) uma manifestação; 2) que esta manifestação provenha de uma autoridade administrativa; 3) o exercício de um poder jurídico através da manifestação; 4) que a finalidade seja a satisfação de interesses públicos concretos confiados à autoridade pública.

São dedutíveis ditos elementos do próprio conceito que formula Alessi do ato administrativo, o qual já foi destacado no presente trabalho.

A seguir, destaca o consumado jurista os requisitos de validade do ato administrativo, apontando aqueles que podem viciar a vontade do agente (dolo, erro, coação, simulação, reserva mental), sendo, portanto, requisitos de validade do ato administrativo enquanto "manifestação voluntária". Logo após, estuda os vícios que podem enfermar o ato administrativo como "manifestação volitiva administrativa"

(provinha de autoridade administrativa com vistas à realização de finalidades administrativas) e os subdivide em requisitos de caráter formal e requisitos de caráter substancial, exigindo, portanto, uma total conformidade do ato com a lei, isto é, tanto de um ponto de vista formal como de um ponto de vista substancial.

Elenca os requisitos formais, a saber: 1) a regular constituição do órgão administrativo; 2) a competência; 3) a forma; 4) a motivação; 5) as formalidades prescritas em lei e os requisitos inerentes ao procedimento.

Como requisitos substanciais de validade assinala os dois seguintes: 1) a preexistência de uma outorga legal de poder de agir da Administração (o conteúdo do poder de determinar modificações jurídicas); 2) a existência em concreto de um interesse público no grau, medida e natureza determinados, de forma mais ou menos precisa, pela lei que contém a atribuição do poder de atuar da Administração.

Dos requisitos de validade do ato administrativo enunciados por Alessi merece ser destacado o segundo requisito substancial, ainda que com brevidade.

Realça Alessi a necessidade de o ato administrativo ser emanado com base na lei e com base na situação de fato ocorrida na realidade fenomênica, a qual, segundo o autor, "pueda comprenderse en aquella hipótesis prevista por la ley que contiene el otorgamiento de la potestad" (ob. cit., I/277).

Portanto, a perfeita aderência do ato à lei também vai depender da efetiva existência material de dita situação de fato (pressuposto fático) e de sua exata subsunção à hipótese legal da norma jurídico-administrativa.

Revela-se-nos o jurista italiano como defensor do anticausalismo no Direito Público, debatendo-se pela tese de que a causa é figura jurídica do Direito Privado, encontradíssima, portanto, tão-somente nos negócios jurídicos de direito privado. Em assim sendo, a inserção da causa como requisito de validade do ato administrativo é baseada em um esquema privatístico, incompatível com os esquemas publicísticos de que se devem valer os juristas para fins de elaboração de uma teoria do ato administrativo.

Espanta-nos, no entanto, o fato de que o autor, após partir da premissa acima assinalada, nega a causa no ato administrativo, porque, em verdade, ao invés de perquirir cientificamente, com base em moldes publicísticos, uma noção da mesma, nada mais faz do que transplantar para o campo do Direito Administrativo a idéia de causa do Direito Privado. Assim procedendo, evidentemente, só pode o autor concluir pela inadmissibilidade da causa no ato administrativo, uma vez se tenha valido unicamente do conceito da mesma advindo do negócio jurídico privado.

De modo que, ao refutar a causa como requisito de validade do ato administrativo, lançando mão da noção oriunda do Direito Privado, ao invés de solucionar o problema, com a construção de um conceito de causa à luz do sistema normativo administrativo, incidiu Renato Alessi no mesmo erro que, com tanta ênfase, recrimina em estudiosos do Direito Público, vale dizer: baseou-se em um esquema privatístico para analisar um fenômeno que mereceria uma análise a partir de esquemas publicísticos. Não buscou a construção de uma noção de causa com respaldo em princípios do Direito Público, porém, simplesmente, negou a admissibilidade da mesma como requisito de validade do ato administrativo porque a noção de causa do negócio jurídico privado é incompatível com o pensamento jurídico publicístico.

Não nos parecem válidas, cientificamente, as premissas das quais partiu o eminente autor citado para ancorar em uma negação da causa como figura jurídica suscetível de uma elaboração no campo do Direito Administrativo.

Para nós, elemento, essenciais do ato administrativo são apenas dois: o seu conteúdo e a sua forma.

Conteúdo é a prescrição, a determinação, a injunção jurídica do ato, ou seja, é o próprio ato. Forma é a maneira, o **modus** através do qual transparece dito conteúdo no mundo jurídico. São indissociáveis conteúdo e forma de ato, porquanto sintetizam a sua própria essência.

Portanto, o sujeito competente, o objeto, os pressupostos fáticos, a finalidade e a causa surgem-nos como requisitos de validade do ato administrativo.

Pertine o primeiro requisito ao Estado ou a quem lhe estiver fazendo as vezes, no pressuposto da outorga da competência pela regra de Direito, consistindo dita competência em um feixe de atribuições, poderes e deveres, direitos e obrigações, conferidos pela norma legal à autoridade administrativa.

O objeto do ato é a atividade ou coisa sobre a qual incide o conteúdo, a determinação jurídica do ato.

Pressuposto fático ou motivo é a situação de fato ou de direito que deve estar à base do ato administrativo. É a circunstância fática que, ao ocorrer na realidade fenomênica, impulsiona e condiciona a vontade do agente administrativo à prática do ato. Vale dizer: ao tomar lugar no mundo fático, o motivo induz o administrador à emanação de determinado ato administrativo com vistas à consecução da finalidade cuja implementação se faz necessária, precisamente, em virtude da ocorrência do aludido pressuposto fático, guardando entre si ditos aspectos do ato administrativo um nexo de causalidade, uma relação de dependência lógica. A verificação do pressuposto fático, ou motivo, faz com que a Administração não somente possa, mas, sim, deva utilizar-se de sua competência por lei outorgada para a emanação de determinado ato administrativo. Tal assertiva evidencia o porquê de nossa total sintonia com o pensamento de Renato Alessi ao afirmar, conforme já salientado, que o ato administrativo é editado com base na lei e, também, com base nos pressupostos fáticos pela mesma assinalados, dada sua efetiva ocorrência no mundo fenomênico.

Assim, motivo é o mesmo que pressuposto fático, o qual tem sua previsão explícita ou implícita, precisa ou imprecisa, na hipótese legal da norma jurídico-administrativa e consiste na circunstância que, em exurgindo da realidade fenomênica, dá lugar à edição do ato pelo agente administrativo.

Finalidade do ato administrativo não é senão o interesse público que se encontra determinado na norma jurídico-administrativa, seja de forma precisa (através de um conceito teórico), seja de forma imprecisa (através de um conceito prático, não teórico), o qual deve ser concretizado na espécie, configurando-se como o resultado prático a que visa o ato administrativo.

Conforme assinalamos anteriormente, a noção de causa formulada por André Gonçalves Pereira reveste imensa operatividade para fins de anulação do ato administrativo por erro de fato, visto que, tratando-se de ato resultante do exercício de poderes discricionários, a validade do mesmo dependerá da existência da relação de pertinência lógica entre os pressupostos e o conteúdo do ato.

De modo que se nos afigura a causa como um requisito de validade do ato administrativo, portador de profunda utilidade no que tange aos atos praticados no exercício de poderes discricionários. A análise da causa do ato administrativo resultante da atuação discricionária da Administração nos é imprescindível para fins de apreciação da legitimidade de dito ato.

André Gonçalves Pereira realçou tão-somente a relação de pertinência lógica que deve existir entre os pressupostos fáticos e o conteúdo do ato.

Entretanto, opinamos a favor da existência de uma relação de adequação lógica entre os pressupostos fáticos, o conteúdo e a finalidade do ato.

Da assertiva colocada surge-nos, imperiosamente, uma indagação: não deveria a noção de causa ser estendida, ampliada, abarrecendo não somente os pressupostos fáticos e o conteúdo do ato e sim, também, a finalidade do mesmo?

Dita questão assume, a cada passo, maior vulto em nosso espírito.

Em tese que apresentamos ao cabo do V Curso de Especialização em Direito Administrativo, sob a coordenação do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello ("O Desvio de Poder no Ato Administrativo"), defendida a 4.11.1977 na PUCSP enfatizamos a necessária relação de pertinência lógica que deve existir entre os motivos, o conteúdo e o fim do ato administrativo.

A verificação de dita relação lógica, conforme assinalamos, reveste imensa operatividade nos casos de atuação discricionária da Administração. Transcreveremos, *in verbis*, nosso pensamento exposto na aludida tese, em que estávamos, precisamente, a tratar da discricionariedade resultante da finalidade tutelada pela norma jurídico-administrativa: "Registramos a necessária existência da relação de dependência lógica entre os motivos e o fim do ato administrativo e, em exurgindo a discricionariedade da finalidade assinalada pela norma jurídico-administrativa, deverá o agente formar uma convicção sobre a mesma e a necessidade de sua prossecução através do ato mais idôneo para tanto, com base nos motivos ocorridos. Daí não poderem haver discrepâncias de ordem lógica entre os motivos, o conteúdo e o fim do ato administrativo".

Pensamos que podemos da assertiva acima colocada extrair um germen para uma ampliação da noção de causa do ato administrativo:

Se existe discricionariedade quanto à finalidade, provavelmente existe também quanto aos motivos, e vice-versa; dado o verdadeiro nexo de causalidade que os une. E, optando o agente administrativo por um determinado ato, evidentemente, deverá ser aquele cujo conteúdo, face aos pressupostos fáticos ocorridos e valorados, apresenta-se como o mais idôneo à consecução da finalidade albergada pela lei e cuja implementação *in concreto* se faz necessária.

A ruptura da relação de adequação lógica entre os pressupostos fáticos ou motivos, o conteúdo e a finalidade do ato, o qual resultou do exercício de poderes discricionários, importa na invalidade do mesmo.

Portanto, acolhemos a brilhante definição de causa proposta por André Gonçalves Pereira, a ela acrescentando mais um aspecto, qual seja, a finalidade do ato, e registrando, ainda, que é digna essa questão de um maior aprofundamento pelos estudiosos da ciência do Direito.

IV — CONCLUSÕES

I — Tomando-se consciência da imensa heterogeneidade que caracteriza a atividade administrativa como um todo, torna-se-nos necessária a escolha de uma categoria de atos, os quais revistam as notas mais expressivas e significativas da aludida função, a fim de que possamos construir um conceito de ato administrativo dotado de funcionalidade, o qual nos viabilize a identificação dos atos administrativos submetidos a um mesmo e único regime jurídico.

II — Conceituamos o ato administrativo como sendo o comando concreto, individual, gerado por relação jurídica em que o Estado, ou quem lhe estiver fazendo as vezes surge como parte, em posição de superioridade com relação ao administrado, tendente a conferir operatividade aos abstratos comandos primários mediante a imediata consecução da finalidade pública por estes tutelada, interferindo direta e unilateralmente na esfera jurídica particular.

III — De tal conceito excluimos, portanto: 1) os regulamentos; 2) as decisões jurisdicionais dos tribunais administrativos; 3) os atos de direito privado praticados pela Administração; 4) os atos contratuais (com a ressalva feita às cláusulas regulamentares que os integram); 5) os atos internos ou interorgânicos.

IV — Afiguram-se-nos como elementos essenciais do ato administrativo o seu conteúdo e sua forma; e como requisitos de validade do mesmo elencamos o sujeito competente, o objeto, os pressupostos fáticos, a finalidade e a causa.

V — BIBLIOGRAFIA

ALESSI, RENATO, *Instituciones de Derecho Administrativo*, tomo I, trad. da 3.^a ed. italiana por Buenaventura Pellissé Prats, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1970.

CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo*, 6.^a ed., Lisboa, 1963.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El Acto Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974.

GORDILLO, AGUSTIN A., *Introducción al Derecho Administrativo* 2.^a ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966; *Princípios Gerais de Direito Público*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1977.

LIMA, RUY CIRNE, *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, 3.^a ed., Porto Alegre, 1954.

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE, "O conteúdo do regime jurídico administrativo e seu valor metodológico", in RDP 2/44; "Controle judicial dos limites da discricionariedade administrativa — Exame dos motivos ou pressupostos do ato — A noção de 'causa' como requisito de legalidade", in RDP 31/33; "Discricionariedade administrativa e controle judicial", in RDP 32/18.

MELLO, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I, Forense, 1.^a ed., Rio de Janeiro, 1968.

MIRANDA, FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE, *Tratado de Direito Privado*, Borsoi, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1965.

PEREIRA, ANDRÉ GONÇALVES, *Erro e ilegalidade no Ato Administrativo*, Edições Ática, Lisboa, 1970.

QUEIRÓ, AFONSO RODRIGUES, *Reflexões sobre a teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo*, Coimbra Editora, 1940.

SANDULLI, ALDO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 12.^a ed., Jovene Editore, Nápoles, 1974.

STASSINOPOULOS, MICHEL, *Traité des Actes Administratifs*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Atenas, 1973.

ZANOBINI, GUIDO, *Corso di Diritto Amministrativo*, 1.^o vol., 8.^a ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1958.