

RETROATIVIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

J. CRETELLA JÚNIOR

Professor Titular de Direito Administrativo
da Faculdade de Direito da Universidade
de São Paulo

Síntese: 1. Distinções preliminares. 2. Eficácia do ato administrativo. 3. Retroatividade simples. 4. Ato administrativo temporal. 5. Autotutela. 6. Direitos adquiridos. 7. Irretroatividade da revogação. 8. Retroatividade da anulação. 9. O regulamento. 10. Conclusão.

1. Distinções preliminares.

O tema da **retroatividade do ato administrativo** não se equaciona nem se resolve do mesmo modo que o paralelo da **retroatividade da lei**, a não ser, em tese, com relação aos atos administrativos gerais. Com efeito, o editor do ato não lhe pode, em tese, atribuir **efeito retroativo**, a não ser quando lei anterior expressamente o autorize. É bem verdade que alguns tipos de atos — confirmativos, declaratórios, interpretativos —, em virtude do caráter todo peculiar que os distingue, se prestam à aplicação de certo **quantum** de retroatividade, mas com prudência e, geralmente, em decisões **a contrario** é que tal retroatividade

BIBLIOGRAFIA. — RENATO PERRONE CAPANO, *La retroattività degli atti amministrativi*, 1950 e *Sulle retroattività degli atti amministrativi*, em *Archivio Giuridico*, 1933, CIX-CX; GIOVANNI MIELE, *Principii di diritto amministrativo*, 1945, vol. I, pág. 191; GUIDO ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 6.^a ed., 1950, vol. I, pág. 234; OLIVIER DUPEYROUX, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, 1954; CRUIA, *Dela non rétroactivité des actes administratifs*, em *Mélanges P. Negulesco*, Bucarest, 1935, pág. 343; nosso *Tratado de direito administrativo*, 1966, vol. II, pág. 63

de foi admitida pela jurisprudência francesa (Cf. Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3.^a ed., 1963, vol. I, págs. 251-252).

De regra, os atos administrativos não têm **eficácia retroativa**; em todo caso, a Administração não pode atribuir **efeitos retroativos** aos atos que editou, se tais efeitos incidirem sobre **direitos** de sujeitos estranhos, privados ou públicos, perturbando relações constituídas e não modificáveis unilateralmente (Aldo Bozzi, *Istituzioni di diritto pubblico*, 2.^a ed., 1966, pág. 322, citando resolução do Conselho de Estado, V.^a Sessão, 19 de fevereiro de 1965, n.º 147; 23 de abril de 1965, n.º 457).

Para bem entender-se o tema é necessário, antes de tudo, distinguir o **ato administrativo geral** do **ato administrativo especial**, caracterizando-se o primeiro por dirigir-se, de maneira abstrata, impessoal, a toda uma categoria de administrados, salientando-se o segundo por enquadrar precisas situações individuais.

Cumpra notar também que, diversamente do que ocorre com a **lei**, que depende de **promulgação** (ato pelo qual o chefe do executivo certifica que a lei seguiu os trâmites legais e ordena, por isso, que seus subordinados a apliquem), o **ato administrativo** dispensa a **promulgação**, já que esta se confunde com a **assinatura do ato**, o qual se torna executório, assim que assinado. Depois da **publicação** ou **notificação**, o ato **perfeito** (completo quanto ao ciclo de formação), **íntegro** (todos os elementos estruturais imunes de defeitos), e **eficaz** (idôneo para a produção de conseqüências) entra em vigor, no mundo jurídico, ora valendo para o futuro, ora valendo para o passado (Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6.^a ed., 1952, pág. 423).

“Assim que tomada”, escreve Rivero, “a decisão produz efeitos. Desde esse momento, a Administração tem de conformar-se com o que lhe diz respeito. No entanto, a Administração não pode **opor**, o que decidiu, aos particulares, ou seja, aplicá-lo, a não ser quando estes tomaram conhecimento do decidido”. “O ato só produz efeitos para o futuro. Eis a regra da **não-retroatividade** dos atos administrativos, erigida em **princípio geral do direito** pelo Conselho de Estado (25 de junho de 1948, a propósito do caso da Sociedade do Jornal A Aurora). A Admi-

nistração não pode fazer remontar o efeito de ato que editou além da data na qual ele intervém a não ser quando a lei o autorize de modo expresso” (*Droit administratif*, 7.^a ed., 1975, pág. 104).

Cumpra, em segundo lugar, distinguir o ato administrativo **especial**, constitutivo de direito, do **ato administrativo intertemporal**, consistindo, o primeiro, em manifestação una, autônoma, no mundo jurídico, como, por exemplo, a promoção, levada a efeito, no presente, mas com a “cláusula a partir de”, alcançando fato ocorrido no passado, consistindo, o segundo, em medida editada no presente, mas que entra em choque com os efeitos de outra manifestação editada no passado, cuja **eficácia perdura**, encontrando-se com a irradiada do novo ato.

Desse modo, poderemos ter casos mais simples de atos administrativos, editados hoje, com efeitos que alcancem o passado, e casos de **direito administrativo intertemporal**, isto é, de colisão de efeitos do ato de hoje, com os do ato de ontem. Enfim, conseqüências **ex tunc** originárias e conseqüências **ex tunc** colidentes, envolvendo estas últimas problemas de direito intertemporal.

2. Eficácia do ato administrativo.

O problema da **retroatividade** está ligado de maneira estreita ao da **eficácia**.

Eficaz é o ato administrativo apto a produzir os efeitos que dele se esperam e que lhe são inerentes. A **retroatividade** incide precisamente sobre a **eficácia**, destruindo-a.

Perfeito quanto a todos os elementos que lhe compõem a estrutura, ainda quando **anulável**, porém, não **nulo**, o ato é **eficaz**. A **eficácia** tem início no momento em que o ato se torna **perfeito**. No entanto, esse **momento** pode ser alterado por causas diversas, entre as quais as mais importantes são o **termo** e a **condição suspensiva**. Quando o ato é juridicamente perfeito, mas é ainda destituído de **eficácia**, dizemos que se encontra em **estado de pendência** (cf. Lentini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1939, vol. I, pág. 208 e Santi Romano, *Corso di diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1937, pág. 281).

O termo e a condição, embora elementos acidentais do ato administrativo, retardam-lhe a eficácia.

A eficácia do ato pode ser estabelecida em momento anterior à sua perfeição e, neste caso, ocorre a retroatividade do ato administrativo. Existem atos retroativos por sua própria natureza, como, por exemplo, a anulação e a revogação, que desfazem a eficácia de atos anteriores. O atributo da retroatividade pode ser mencionado expressamente no próprio ato, sempre que não se lesem direitos ou não se criem novos deveres ou obrigações (Cf. Lentini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1939, vol. I, pág. 209).

Quase no mesmo sentido, Santi Romano faz coincidir a eficácia com a perfeição do ato (*Corso di diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1937, pág. 281), no que discorda de Alessio que com nitidez mostra que "o ato administrativo perfeito pode ainda não ser capaz de produzir efeitos jurídicos, quando qualquer obstáculo se oponha a sua eficácia. Pelo que se deve distinguir a perfeição da eficácia. É importante distinguir os dois momentos, porque o ato não perfeito é ato inexistente, ao passo que o ato ineficaz é ato existente, que mais tarde pode tornar-se eficaz. Se falta um elemento para a perfeição do ato, o ato é nulo; se falta um elemento para a eficácia do ato, o ato pode ser completado com esse elemento que lhe falta. A distinção é importante para os efeitos da aplicabilidade das regras concernentes à retroatividade das leis. Ato editado no império de lei velha, mas ainda não tornado eficaz, continua válido, não obstante os novos requisitos exigidos pela nova lei. Ao contrário, se ainda não é perfeito, aplica-se simplesmente a nova lei" (Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.^a ed., 1949, vol. II, págs. 214-215).

3. Retroatividade simples.

O tema de retroatividade não nasceu no campo do direito público, mas no do direito privado, sendo recebido pelo direito administrativo o princípio fundamental de que a norma deve dispor apenas para o futuro, ou seja, em outras palavras, não deve ter efeito retroativo, máxima que, à primeira vista, parece ser um axioma, mas que ao con-

trário é uma das mais obscuras a ponto de não haver sido reproduzida por alguns códigos modernos, como o alemão (cf. Arturo Lentini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1939, vol. I, págs. 56-57).

Aplicado ao campo do direito administrativo, o princípio da retroatividade da lei encontra paralelo no aspecto da eficácia do ato administrativo.

Quanto à lei, há casos de dispositivos que não envolvem, necessariamente, ângulos de direito intertemporal, como a norma que, ao ser editada, incidisse sobre hipótese nova, não regulada por lei velha. Assim, lei nova que retroagisse concedendo aumento de vencimentos ao funcionalismo a partir de dois meses.

Trata-se aqui de lei retroativa simples. A hipótese ocorre também no campo do direito administrativo.

Ato administrativo retroativo simples é a vontade da Administração, manifestada no presente, projetando sua eficácia para o passado. Esta hipótese não oferece maiores dificuldades.

Em inúmeros casos, pois, a autoridade pode editar ato administrativo para enquadrar fato ocorrido no passado, o que se designa com a expressão "a partir", utilizada para fixar o "termus a quo" de validade e eficácia do ato.

Assim, se o agente público pratica ato, considerado relevante, ou se desempenha função de fato, durante determinado tempo, o poder público, levado a reconhecer a importância do feito ou a legitimidade dos serviços prestados, pode editar ato cujos efeitos se estendam para o passado e se projetem para o futuro, providenciando-se, no primeiro caso, o prêmio correspondente (promoção por ato de bravura, por ato heróico, por cumprimento do dever) ou o pagamento concernente aos serviços prestados.

"A Administração pode conferir eficácia retroativa a seus atos somente quando são idôneos a outorgar vantagens aos respectivos destinatários ou limitadamente aos efeitos que se resolvam em tais vanta-

gens, como, por exemplo, aumentos de estipêndio ou vantagens de carreira” (Miele, *Principii di diritto amministrativo*, 1945, vol. I, pág. 192).

“A cláusula de retroatividade não pode ser admitida para os atos que restringem o exercício de faculdades ou de direitos, ou que sacrificam direitos adquiridos, ou imponham deveres e obrigações. Se a autoridade administrativa pode impor tais restrições, isto pode ocorrer só para o futuro: estabelecê-lo para o passado equivaleria a tornar ilícitos — e, portanto, causa de responsabilidade — atos editados licitamente e no exercício de um direito subjetivo. Os atos que criam relações bilaterais e, com maior razão, os que conferem direitos, podem ser editados com eficácia retroativa, mas isto deve entender-se limitadamente aos efeitos do ato, que podem ainda verificar-se, como, por exemplo, na relação de emprego, a decorrência da antigüidade de nomeação, do direito ao estipêndio, etc. Retroativos por natureza são, regra geral, os atos que têm eficácia declaratória, porque tais atos não fazem senão certificar o estado precedente, de fato ou de direito, sem nada criar ou modificar. Retroativos são, além desses, os atos interpretativos de atos administrativos precedentes, como os de **anulação**, de **revogação**, de **convulsão**, de **conversão**, dos quais trataremos particularmente daqui a pouco” (Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, 6.^a ed., 1950, vol I, págs. 234-235).

4. Ato administrativo intertemporal.

Ato administrativo intertemporal é a manifestação da vontade da Administração, editada no presente, que colide com os efeitos de outra manifestação, ainda vigente.

Neste caso, cabe à doutrina indagar até que ponto o ato novo influi sobre a eficácia do antigo ato.

Nas hipóteses de desfazimento do ato administrativo, traduzidas nas duas modalidades existentes, a **anulação** e a **revogação**, ambas atos administrativos desconstitutivos, é que vamos encontrar, em toda sua plenitude, o problema da **retroatividade** e da **irretroatividade** do ato administrativo.

“Há, desse modo, uma categoria de atos”, salienta Miele, “que, editados por qualquer sujeito, são aptos por sua própria natureza e função a irradiar a eficácia retroativa, tais como a **declaração de nulidade** e a **anulação** de ato inválido, a **revogação** de ato que, desde o início, se revela contrário à equidade e conveniência, a **confirmação** e a **ratificação**. Todos esses atos se referem a atos precedentes e acham sua razão de ser em elementos ou circunstâncias que lhes são inerentes ou lhes dizem respeito, ou seja, a invalidade ou inoportunidade deles, a falta ou transgressão dos poderes de representação. Em virtude disso, parece conforme aos princípios de direito que os atos acima — ou que objetivem sanar a invalidade de ato precedente (**confirmação**), a desfazer ato inválido (**declaração de nulidade**, **anulação**) ou inoportuno (**revogação**) e aprovar ação do representante, que tenha agido sem os necessários poderes ou com poderes além dos que lhe foram outorgados (**ratificação**) — projetam a eficácia até o nascimento do ato a que se referem, de modo a alcançar, na mais ampla medida, o respectivo intento” (Miele, *Principii di diritto amministrativo*, 1945, vol. I, pág. 193).

5. Autotutela.

O instituto da **autotutela** desempenha papel fundamental no equacionamento e solução de grande parte de **atos administrativos retroativos**. Como acentuamos, **autotutela** é o poder de polícia da Administração, dirigido aos atos administrativos. É o conjunto de normas de direito público que rege a ação administrativa, dirigida à vigilância dos próprios atos (cf. nosso artigo **Da autotutela administrativa**, em RDA 108/47-63).

A Administração tem o maior interesse em que seus atos sejam legais, oportunos e convenientes. O ato administrativo pode ter nascido sob o domínio da legalidade e, no futuro, ter-se descoberto traço nítido de ilegalidade, só mais tarde revelado. Ou o ato pode ter nascido oportuno e conveniente e, em época posterior, ter-se mostrado em desacordo com as circunstâncias administrativas. Daí, a importância do policiamento da Administração sobre os atos editados, o que se nota, na prática, por uma série de providências tomadas pelo poder público e endereçadas à retirada dos efeitos do ato.

Os institutos da **anulação**, da **revogação**, da **ratificação**, da **reforma** e da **conversão** merecem especial exame por quem se proponha a exame mais aprofundado da **eficácia** e da **retroatividade** do ato administrativo, pois que se trata de alteração maior ou menor de efeitos de atos atuantes, mas aos quais o poder público não pode ficar indiferente por abrigarem vício de alguma natureza.

Por isso, mediante a **autotutela**, o ato administrativo, editado e irradiando efeitos, ora pode ser desfeito, ora recuperado, naquelas cinco hipóteses apontadas, ou seja, pode a vontade do Estado ser submetida (a) à **anulação**, quando o ato é ilegal, (b) à **revogação**, quando inoportuno ou inconveniente, (c) à **ratificação**, quando o ato viciado é convalidado por outro ato que supre requisito ausente ou saua defeito corrigível, tratando-se o ato como perfeito, desde a origem (Bielsa, *Decreto administrativo*, 5.^a ed., 1955, vol. II, pág. 944, Marcelo Caetano, *Manual*, 6.^a ed., 1963, pág. 280). Concretiza-se a **ratificação**, quando o desaparecimento do vício depende unicamente da manifestação da vontade da autoridade competente e esta pode agir de acordo com a lei, sendo irrelevante, na hipótese, que se trate da **mesma autoridade** que editou o ato ilegal ou que se trate de autoridade que o deveria ter editado, desde que se esteja diante de **vício de incompetência**. Desse modo, a **ratificação** do ato visa a sanar os defeitos que o tornam suscetível de **anulação**. O seu efeito principal é a revalidação do ato, retroagindo à data do ato ratificado. Assim, o ato editado por autoridade ineopetente, que não tinha poderes para tanto, está sujeito à **ratificação** pela autoridade superior competente, que dará vigor ao ato ratificado, revigorando-lhe a **eficácia**. Não se trata, portanto, de **novo ato**, mas de **mera revalidação**, que retroage à data do ato revalidado. Este último é que subsiste em seus efeitos (Brandão Cavalcanti, *Tratado de direito administrativo*, 3a. ed., 1955, vol. I, pág. 289); (d) à **reforma**, quando o poder público repele o elemento ilegal do ato administrativo, conservando os outros elementos estruturais do ato, não afetados de ilegalidade. Rejeita-se a parte inútil, aproveitam-se os elementos sadios, já que "utile per inutile non vitiatur" (a parte perfeita não é corrompida pela parte imperfeita), ou seja, a parcela do ato administrativo que, por ser vital, pode ser afastada, sem prejuízo, nem alteração, de modo algum contaminará o restante do ato. Afastando-se o **inútil**, apro-

veita-se a **parte útil** (Silvio Trentin, *L'atto amministrativo*, 1915, pág. 316, n.º 1 e Ranelletti, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, 7.^a ed., 1945, pág. 108). Vantajoso é para a Administração semelhante proceder, em razão do **princípio da economia dos valores jurídicos** (Umberto Fragola, *Gli atti amministrativi*, 1952, pág. 142), mediante o qual a Administração se exime de refazer todo o iter percorrido, caso tivesse de editar novo ato. Reformando o ato, o Estado ganha tempo e poupa a atividade das autoridades administrativas (cf. nosso artigo **Da autotutela do ato administrativo**, em RDA 180/52); (e) à **conversão**, quando o poder público procura reaproveitar os elementos deficitários de ato administrativo anterior para com eles, depois de convenientemente tratados, compor novo ato, agora perfeito e válido (cf. Bodda, *La conversione degli atti amministrativi illegittimi*, 1935; Pappenheim, *Die Konversion fehlerhafter Staatsakte*, n.º 4, pág. 12; Vitta, *Diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1949, vol. I, pág. 442; Alessio, *Istituzioni*, 4.^a ed., 1949, vol. II, pág. 248; Alessi, *Sistema*, 1953, pág. 319). Diversamente do que ocorre na **reforma**, quando se conserva a figura jurídica do ato, na **conversão** o ato é "desfigurado", porque as peças **desaglutinadas**, mas aproveitáveis, servem para a nova estruturação, que assegura direitos diferentes dos que emanariam, caso a primitiva figura tivesse tido eficácia por agrupar, íntegros, seus elementos constitutivos. Ainda aqui o instituto da **retroatividade** tem ampla atuação, já que a vontade do poder público irradia do presente para o passado, operando *ex tunc*.

6 Direitos adquiridos.

Pressuposto indispensável para o equacionamento e solução do problema da **retroatividade** e **irretroatividade** do ato administrativo é o concernente ao dos **direitos adquiridos**, já que nem a lei nem o ato administrativo conseguem penetrar na cidadela inexpugnável construída com alicerce naqueles direitos.

Duez e Debeyre notaram com muita acuidade a relação entre o **direito adquirido**, a **mera expectativa de direito**, o **princípio da intangibilidade das situações jurídicas particulares** e a **não-retroatividade dos atos-regras** (cf. *Traité de droit administratif*, 1952, pág. 215), ressaltando que "a matéria é muito instável" (*Traité*, pág. 216) e que "durante

muito tempo a doutrina se contentou, para resolver o problema, em estabelecer a distinção entre **direitos adquiridos** e **simples expectativas**. O **direito adquirido** regia a manutenção do ato-regra antigo, ao passo que a **simples expectativa** era submetida ao ato-regra novo. Quando, porém, ocorreria **direito adquirido**? E quando a **simples expectativa**? Na ausência de análise jurídica precisa, permanecia-se no vago. Muitas vezes respondia-se: há **simples expectativa**, quando a lei nova se aplica; **direito adquirido**, quando a lei antiga continua a encontrar aplicação! Ficava-se, desse modo, encerrado num círculo vicioso” (Duez e Debeyre. *Traité de droit administratif*, 1952, págs. 215-216).

Hoje **direitos adquiridos** são consequência de fato capaz de produzi-los, sob o império da lei, em cuja vigência o fato se consumou e que, embora não planejados para valer sob ela, passaram, apesar disso, nessa época, a fazer parte do patrimônio do indivíduo (Gabba, *La retroattività delle leggi*, vol. I, pág. 191, citado por Arturo Lentini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1939, vol. I, pág. 57 e por Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.ª ed., 1949, vol. I, pág. 198).

Merlin de Douait, citado por Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição Federal de 1946*, 2.ª ed., 1953, vol. IV, págs. 99-100), define os **direitos adquiridos** como “os que entraram para o nosso patrimônio, que dele fazem parte e que não mais podem ser tirados por aquele de quem os obtivemos”. “É de ver-se”, acrescenta Pontes de Miranda, “desde logo, que se elimina qualquer referência à lei — o critério é subjetivo; porque se considera do lado do titular e porque se faz dependente a qualidade de inibição por parte daquele de que proveio o direito” (Idem, *ibidem*, pág. 100).

Pacifici-Mazzoni ressalta que “o **direito adquirido** é a consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei existente no tempo em que este se realizou, tendo começado, antes de entrar em vigor a lei nova, a fazer parte do patrimônio de uma pessoa, ainda que esta não o tenha feito prevalecer por falta de oportunidade” (*Istituzioni di diritto civile italiano*, 1880, vol. I, pág. 227, nota 200).

“**Direito adquirido** é o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua propriedade, já constitui um bem, que de-

ve ser protegido contra qualquer ataque exterior que ouse ofendê-lo ou turbá-lo” (Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, 2.ª ed., 1967, vol. II, “sub voce” **direito adquirido**).

Pedro Nunes define o **direito adquirido** como “toda vantagem que, proveniente do fato jurídico concreto que a determinou, consen-tâneo com a lei, então vigente, alguém incorpora definitivamente ao seu patrimônio, desde quando começa a produzir efeito útil, dele não podendo ser subtraída por mera vontade alheia” (*Dicionário de tecnologia jurídica*, 1948, “sub voce” **direito adquirido**).

Pois bem, a nossa lei maior, em seu art. 153, § 3.º, consagra o **princípio do direito adquirido**, resguardando-o até da norma jurídica vigente, ao determinar que a lei não o prejudicará, como também não causará dano ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Erguem-se os **direitos adquiridos** como barreira intransponível à eficácia do ato administrativo no tempo.

Resta saber se **ato inexistente** e **ato nulo** geram direitos, bem como cumpre indagar em que medida a inércia da Administração em anular os próprios atos pode contribuir para torná-los indestrutíveis.

7. Irretroatividade da revogação.

Revogação é o ato administrativo que desfaz ou desconstitui ato administrativo anterior, fazendo cessar-lhe os efeitos, por motivos de mérito. Assim como a edição do ato é informada pela oportunidade e conveniência da medida, avaliadas pela autoridade, no momento da emanção do ato, assim também a revogação do ato é informada pelo motivo oposto (inoportunidade ou inconveniência), já que a iniciativa, considerada do interesse da Administração, no passado, agora não mais se justifica. Por isso se diz que a **revogação** opera *ex nunc*, a partir do presente, projetando-se para o futuro, jamais *ex tunc*, a partir do passado, retroativamente.

Não se está discutindo aqui o clássico, e, aliás, mal colocado tema, da **revogabilidade** ou **irrevogabilidade** do ato administrativo, por-

que todo e qualquer ato do Estado pode ser, em tese, desfeito, quer por motivo de ilegalidade (anulação), quer por motivo de mérito (revogação), inoportunidade ou inconveniência. Entretanto, o desfazimento encontra barreira inarredável nos direitos adquiridos, que se erguem como limites intransponíveis à vontade da Administração.

A revogação priva o ato administrativo de efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da própria edição, ressalvados os efeitos já produzidos (Cino Vitta, *Diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1949, vol. I, pág. 412). O fundamento da irretroatividade da revogação é o da proteção da confiança do destinatário na duração do ato, proteção esta que não se outorga a quem provocou o ato, aplicando meios ilícitos, casos em que o ato pode ser revogado com efeito *ex tunc* (Cf. Forsthoff, *Tratado de derecho administrativo*, 1958, trad. espanhola, pág. 361 e Arnaldo de Valles, *La validità degli atti amministrativi*, 1917, pág. 443).

Roger Bonnard, examinando o efeito retroativo do ato revocatório, que a seu ver inexistente, formula o princípio geral da intangibilidade dos efeitos individuais dos atos administrativos (Cf. *Précis de droit administratif*, 4.^a ed., 1933, pág. 110), no que é acompanhado por Dupeyroux, quando elucida que "os atos administrativos regulares não podem, em princípio, ser objeto de revogação retroativa. Em outros termos, mesmo que a Administração perceba que teria sido mais oportuno tomar esta ou aquela decisão, não poderá fazê-la desaparecer, retroativamente, caso tal decisão tenha sido tomada regularmente" (cf. *La règle de la non-retroactivité des actes administratifs*, 1954, pág. 253).

Quanto à revogação, prevalece, pois, o princípio da irretroatividade, a não ser que o beneficiado pelo ato tenha agido de má-fé, concorrendo para que a Administração editasse o ato. Nesse caso, impõe-se a medida revocatória.

Assim, se a Administração nomeia médicos para a erradicação da malária, induzida, pelos nomeados, de necessidade da medida, em virtude de epidemia iminente, e mais tarde o administrador verifica a inexistência da moléstia, na região, impõe-se a revogação *ex tunc* do ato, devendo os nomeados devolver aos cofres públicos os vencimentos recebidos indevidamente, sem prejuízo de outras sanções.

8 Retroatividade da anulação.

No âmbito da Administração, anulação é o ato administrativo que destrói ato administrativo anterior, fazendo cessar-lhe os efeitos por motivo de ilegalidade. Decorre a anulação do princípio da autotutela, instituto que informa o patrulhamento dos atos administrativos pela própria fonte que os gerou, impedindo a permanência e a vida dos atos ilegais.

Aqui o problema da retroatividade é mais complexo, porque se a Administração, tutora do direito, tem o maior interesse em editar atos perfeitos, legais, cabendo-lhe retirar os atos defeituosos, há casos em que mesmo do ato defeituoso emergiram direitos, erguendo-se estes como barreira ao desfazimento. Por outro lado, qual o prazo que a Administração tem para anular os atos que editou? Sempre? Ou a segurança jurídica protege o beneficiário do ato, desde que este não tenha concorrido de algum modo para a concretização da medida? De ato nulo (anulável ou inexistente), pelo decurso do tempo e em virtude de terceiros atingidos pela ação dos funcionários, podem surgir direitos? De que modo os direitos adquiridos se apresentam como óbices irremovíveis para efeitos de anulação retroativa?

Se o ato administrativo é inexistente ou nulo, mas está produzindo efeitos, é de rigor que a Administração lhe declare a nulidade, inclusive *ex tunc*, pois *ex nihilo, nihil*.

Se o agente público acumula cargos, irregularmente, tendo ciência do fato, por ter agido de má-fé, ocultando a situação, o status é nulo, a partir da acumulação ilegal. Provada a má-fé, o agente perderá também o cargo que exercia há mais tempo e restituirá o que tiver percebido indevidamente. Verificada, porém, em processo administrativo, acumulação proibida, e provada a boa-fé, o funcionário optará por um dos cargos.

Na hipótese de boa fé, ato administrativo anulatório é irretroativo; no caso de má fé, a anulação é retroativa: editado, após o processo administrativo, no qual se provou a má fé, o ato opera também *ex tunc*.

“O poder de anulação, exercitado por determinada autoridade, não encontra nenhum limite nos direitos ou interesses referentes a outros sujeitos, porque sobre atos inválidos não pode basear-se nenhum direito ou tutela jurídica. Os efeitos da anulação decorrem sempre *ex tunc*, porque quando o ato é reconhecido viciado, deve ser eliminado desde o momento de sua formação. Por isso, também os efeitos que o ato já pode ter produzido são anulados, no sentido de que devem ser, até onde possível, eliminados ou reparados. Este princípio comporta, no entanto, exceções e temperamentos, ora estabelecidos por disposições especiais, ora introduzidos pela mesma autoridade administrativa” Zanolini, *Corso di diritto amministrativo*, 6.^a ed., 1950, vol. I, págs. 259-260).

Apresentando, primeiro, a regra geral que vigora, no campo do direito administrativo, ou seja, de que “a Administração pode proceder *de officio* à anulação do ato ilegítimo, em qualquer momento” (Vitta, *Diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1949, vol. I, pág. 437), logo depois, o mesmo autor faz a ressalva prudente de que o decurso do tempo pode interferir na “manutenção da vida do ato, embora ilegítimo, a fim de que não se subvertam estados de fato já consolidados por um respeito formal ao princípio abstrato da legitimidade. Não se deixe de levar em conta que o ordenamento jurídico é conservador, no sentido de que respeita fatos ocorridos há longa data, mesmo se não conformes à lei. Compreende-se, pois, como a anulação, demasiada tardia, sem fortes razões de interesse público, tenha sido entendida pela jurisprudência como viciada de excesso de poder” (Cino Vitta, *Diritto amministrativo*, 3.^a ed., 1949, vol. I, págs. 438-439) e, portanto, inidônea e ineficaz para o desfazimento do ato, protegido em sua integridade pelo decurso do tempo.

9. O regulamento.

O **regulamento** é ato administrativo geral. Como a lei em sua execução demanda providências, pormenores variáveis, mobilidade conveniente, para que preencha bem os seus fins, para que não encontre obstáculos, com razão se atribuiu ao poder executivo a tarefa de expedir os atos necessários para a boa execução dos preceitos legislativos. É mesmo atribuição indispensável ao governo, um dos modos por que

ele consegue preencher sua missão executiva, porque assegura a observância da lei, remove as dificuldades e imprime sua impulsão, ou direção administrativa (Cf. Pimenta Bueno, *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, 1857, 1.^a parte, pág. 236).

Na hierarquia das normas, os **regulamentos** representam o grau mais alto na esfera administrativa, logo abaixo das normas legais, sendo a complementação destas. Pelo nosso sistema constitucional, os **regulamentos** são aprovados por decreto executivo e a sua amplitude só encontra limites nos textos legais regulamentados (Brandão Cavalcanti, *Curso de direito administrativo*, 3.^a ed., 1954, pág. 55).

Entre lei e **regulamento** existe diferença de forma, que não se reflete sobre o conteúdo, mas pode refletir-se sobre diversa eficiência jurídica dos dois atos. Ambos os atos criam normas, mas um se coloca em relação de subordinação relativamente ao outro (Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, 4.^a ed., 1949, vol. I, pág. 124).

Expedidos com o escopo único de facilitar a aplicação das leis, de fazer com que se executem fielmente, os **regulamentos** constituem uma faculdade conferida ao Chefe do Executivo mediante expresso texto constitucional (Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, art. 81, III).

Diferentemente do direito italiano que conhece vários tipos de regulamentos — executivos, delegados, autônomos —, o direito brasileiro conhece apenas o **executivo**, vinculado à lei, sendo introduzido por **decreto** do chefe do governo. Dai, o dizer-se que o **decreto** é o **veículo** (ou **instrumento**) do **regulamento**.

Entre nós, a forma tradicional de expedir **regulamento** é redigi-lo em texto separado, baixando-se **decreto** que o aprova, mas nada impede que o texto seja um só, isto é, que os preceitos do **regulamento** sejam consubstanciados no próprio **decreto**, como já se vem observando em alguns casos (Nunes Leal, *Problemas de direito público*, 1960, pág. 69).

O **regulamento executivo** tem por escopo, como o próprio nome indica, a **aplicação da lei**, pura e simples, orientando-lhe a concre-

ção com pormenores explicativos. Atuando *secundum legem*, jamais *contra legem* ou *praeter legem*, o regulamento executivo vale na medida exata em que facilita a aplicação do texto-base.

Desse modo, "a força retroativa dos atos regulamentares é geralmente repelida, porque acarretaria, necessariamente, uma perturbação das situações, baseadas na regra pré-existente. Tal perturbação seria contrária à lei que serve de alicerce ao ato regulamentar, a qual, de acordo com os princípios gerais, não tem força retroativa. É aí que tem origem o adágio francês — não se regulamenta para o passado. Por consequência, e a menos que haja disposição contrária de lei, a ab-rogação do ato regulamentar não pode perturbar os efeitos que já produziu" (Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, 1954, pág. 233).

De fato, se o acessório segue o principal, não tem sentido falar em retroatividade do regulamento, como unidade autônoma, quando se sabe que, entre nós, o regulamento segue a lei. O que se poderia estudar é o reflexo da retroatividade da lei sobre o regulamento, calcado este na lei anterior.

10. Conclusão

Dum modo geral, a Administração deve exercer a competência de que dispõe, levando em conta a situação presente, não o passado. Do contrário estaria cometendo a falta que a doutrina francesa denomina de "incompetência *ratione temporis*" (Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, 6.^a ed., 1952, pág. 136 e Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, págs. 90, 92, 101).

Ao contrário do ato administrativo geral — regulamento —, o ato administrativo especial — nomeação, demissão, promoção, readmissão, reintegração, revogação, anulação — enquadra hipótese concreta, regendo-se, pois, por princípios diversos dos que informam o regulamento.

O ato administrativo especial deve ser, antes de tudo, claro, conforme à lei, caracterizando-se pelos atributos da perfectibilidade, validade, integridade e eficácia.

Ao ser editado, projetar-se-á para o futuro, não havendo princípio algum, *a priori*, que o impeça de reportar-se ao passado.

O ato administrativo especial retroativo é, assim, uma realidade, não uma ficção. Cumpre apenas explicitar os casos em que ocorre, no direito brasileiro, a retroatividade, quer nas hipóteses de (a) atos especiais constitutivos de direitos, quer nos casos de (b) atos especiais desconstitutivos, quando o ato, editado no presente, conflita com efeitos de atos anteriores (direito administrativo transitório ou direito administrativo intertemporal).

No primeiro caso, é válido o princípio de que toda manifestação da vontade do poder público, traduzida em ato administrativo especial e não contrária à lei, tem eficácia retroativa, desde que traga benefícios ao destinatário. Assim, nomeações, promoções, readmissões, reintegrações, enfim, qualquer reconhecimento, no presente, de ato ou fato ocorrido no passado, pode ter eficácia retroativa.

No segundo caso, é válido também o princípio de que todo ato administrativo desconstitutivo — revogação ou anulação — tem eficácia retroativa, respeitados os direitos adquiridos, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito.

Em síntese, não tem sentido falar-se, *a priori*, em regra da não-retroatividade ou regra da retroatividade do ato administrativo, cumprindo examinar com cuidado cada hipótese sob o aspecto da eficácia, a qual tanto pode dirigir-se para o futuro, como para o passado e, neste último caso, pode agir de modo originário, criando direitos *ex tunc*, como pode conflitar com efeitos de outro ato, já editado, caso em que (a) se sobrepõe à eficácia anterior, desfazendo-a, ou (b) esbarra com limites que protegem o ato anterior, imunizando-o contra a eficácia retroativa, que desaparece perante a eficácia intangível do antigo ato.