

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Décio Gabriel Gimenez

A extinção dos efeitos dos atos administrativos em virtude  
do descumprimento de deveres pelo destinatário:  
a cassação e seu regime jurídico

Mestrado em Direito

São Paulo  
2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Décio Gabriel Gimenez

A extinção dos efeitos dos atos administrativos em virtude  
do descumprimento de deveres pelo destinatário:  
a cassação e seu regime jurídico

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, área de concentração em Direito Administrativo, sob a orientação do Prof.<sup>o</sup> Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello.

São Paulo

2010

**Banca Examinadora**

---

---

---

## Dedicatória

À Laura, doce companheira, meu prumo, meu rumo.

À Izabel e João Vitor, estrelas da minha vida.

Aos meus pais, a quem devo a experiência da vida.

## Agradecimentos

Ao querido e estimado Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, fonte inesgotável de inspiração, pela confiança depositada, pela orientação, pela paciência em ler as versões iniciais deste trabalho, pelas precisas observações ofertadas e, sobretudo, pelo exemplo de compromisso com a defesa dos direitos dos administrados.

Aos professores e colegas do programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica pelos inúmeros momentos de reflexão e de convivência fraterna proporcionados.

Aos queridos amigos e familiares por compreenderem os momentos de ausência.

Ao Tribunal Regional Federal da Terceira Região e à Justiça Federal do Estado de São Paulo pelo inestimável apoio.

[...] o direito é um mistério, o mistério do princípio e do fim da sociabilidade humana. Suas raízes estão enterradas nesta força oculta que nos move a sentir remorso quando agimos indignamente e que se apodera de nós quando vemos alguém sofrer uma injustiça. Introduzir-se ao estudo do direito é, pois, entronizar-se num mundo fantástico de piedade e impiedade, de sublimação e de perversão, pois o direito pode ser *sentido* como uma prática virtuosa que serve ao bom julgamento, mas também *usado* como um instrumento para propósitos ocultos ou inconfessáveis. Estudá-lo sem paixão é como sorver um vinho precioso apenas para saciar a sede. Mas estudá-lo sem interesse pelo seu domínio técnico, seus conceitos, seus princípios, é inebriar-se numa fantasia incosequente. Isto exige, pois, precisão e rigor científico, mas também abertura para o humano, para a história, para o social, numa forma combinada que a sabedoria ocidental, desde os romanos, vem esculpindo como uma obra sempre por acabar.

(Tercio Sampaio Ferraz Junior, *Introdução ao estudo do Direito* - técnica, decisão, dominação, p. 25, grifado no original).

## RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade compreender uma das hipóteses de extinção dos efeitos dos atos administrativos, qual seja, a que decorre do inadimplemento de deveres pelo destinatário, com o intuito de identificar se, no direito brasileiro, ela merece um tratamento específico, em razão de estar submetida a um regime jurídico peculiar, decorrente de sua qualificação jurídica como espécie de sanção administrativa.

Para tanto, localiza-se o ato administrativo no âmbito do exercício da função administrativa e traça-se um panorama das hipóteses de sua extinção, a partir de uma perspectiva metodológica dogmática, a fim de identificar e destacar, dentre as espécies de declarações estatais com eficácia extintiva, aquela que tem como pressuposto a prática de um ilícito administrativo imputável ao destinatário do ato, rotulada então como ato de cassação.

Em seguida, a partir de um enfoque estrutural do ato administrativo e do regime jurídico que regula a edição de sanções administrativas, procura-se identificar quais são os *limites* para a edição das declarações estatais em foco. Para atingir esse objetivo, estuda-se o objeto, o fundamento, os pressupostos e os efeitos dos atos de cassação.

Ao final, trata-se do controle dessa espécie de ato administrativo, com enfoque para o exercido pelo Poder Judiciário.

Palavras-chaves: função administrativa, ato administrativo, extinção do ato administrativo, sanção administrativa, cassação.

## ABSTRACT

The purpose of the present work is to comprehend one of the hypotheses of extinction of the effects caused by administrative acts, such as that one which results from the non-compliance by the addressee of obligations identified in the Brazilian Law. This hypothesis deserves a specific treatment, once it is submitted to a peculiar law regime, resultant of its qualification as administrative sanction.

Therefore, the administrative act has been contained within the realm of administrative function, drawn afterwards to an overview of the hypotheses of its extinction and under a dogmatic methodological perspective, in order to identify and detach, among the kinds of State declarations with revoking efficiency, that one which has as presupposition the practice of an imputable administrative illicit to the addressee of the act, henceforth called cassation act.

Moreover, this work aims to identify, taking the structural focus of the administrative act and the juridical regime that regulates the edition of administrative sanctions, what are the limits to the edition of the State declarations here discussed. To reach this purpose, this study approaches the object, the fundamentals, the presupposition and the juridical effects of the cassation act.

Finally, this work also treats the control of this kind of administrative act, focusing the actions exerted by the Judiciary.

Keywords: administrative function, administrative act, extinction of administrative act, administrative sanction, cassation.

## SUMÁRIO

Introdução - 12

Capítulo I – Direito, Ciência do Direito e o problema metodológico

1. Direito e Ciência do Direito. Conceito de Direito - 15
2. Diversas abordagens do fenômeno jurídico: o problema metodológico - 16
3. A Ciência do Direito e as classificações - 17
4. O plano do direito, os valores e a historicidade do fenômeno normativo - 19
5. Supremacia da Constituição - 20
6. A norma jurídica e sua estrutura. Ilícito e sanção - 21
7. Ato administrativo e função administrativa - 22

Capítulo II – Estado e funções estatais. Função administrativa

1. Estado de Direito e o surgimento do Direito Administrativo - 23
2. Separação de poderes e o exercício de função - 24
3. Classificação das funções estatais: critérios - 26
  - 3.1. A função de governo - 29
  - 3.2. O conceito de função administrativa como problema metodológico - 30
4. Função administrativa e demais funções estatais - 34
5. O exercício de função administrativa e seu regime jurídico - 35
6. Função administrativa: notas peculiares - 39

Capítulo III – O ato administrativo e sua estrutura

1. Ato administrativo: origem e divergências conceituais - 40
2. Ato administrativo e função administrativa - 42
3. Ato administrativo como espécie de ato jurídico – 43
  - 3.1. Fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico - 43
  - 3.2. As especificidades do ato administrativo - 45
    - 3.2.1. O problema da vontade e o atendimento da finalidade legal - 45
    - 3.2.2. O ato administrativo e sua finalidade técnico-jurídica - 47
  - 3.3. O ato administrativo como declaração que produz efeitos jurídicos - 48
4. Atos administrativos e produção de efeitos jurídicos diretos e imediatos - 50
5. Ato administrativo e prerrogativas da Administração Pública - 51
6. Noção ampla de ato administrativo e sua utilidade - 53
7. Ato administrativo em sentido estrito, regulamento e contrato administrativo - 54
8. Planos de apreciação dos atos administrativos - 55
  - 8.1. Perfeição do ato administrativo - 56
  - 8.2. Validade do ato administrativo - 58
  - 8.3. Eficácia do ato administrativo - 60
9. Estrutura do ato administrativo - 62
  - 9.1. A utilidade da análise estrutural. A teoria clássica - 62
  - 9.2. A sistematização de Celso Antônio Bandeira de Mello - 64
    - 9.2.1. Elementos do ato: conteúdo e forma - 65
    - 9.2.2. Pressupostos de existência - 66
    - 9.2.3. Pressupostos de validade - 67

#### Capítulo IV – Extinção do ato administrativo: visão panorâmica. A cassação do ato administrativo com espécie de retirada

1. Introdução e questões relevantes - 70
2. O fenômeno da extinção do ato administrativo na doutrina - 71
3. Extinção do ato ou extinção dos seus efeitos? - 78
  - 3.1. A posição adotada - 79
4. Extinção do ato administrativo e institutos similares - 80
5. As causas da extinção do ato administrativo - 81
6. Extinção dos efeitos do ato administrativo em razão de um fato - 83
7. A extinção do ato administrativo em razão de ato do particular - 88
8. A extinção do ato administrativo em razão de ato do Estado: a retirada - 89
  - 8.1. As espécies de atos de retirada: classificações- 90
  - 8.2. A utilidade da classificação segundo o pressuposto da retirada - 92
  - 8.3. A especificidade da extinção em razão do inadimplemento do particular - 95
    - 8.3.1. O problema terminológico - 95
    - 8.3.2. O tema na doutrina - 97
    - 8.3.3. Natureza jurídica - 101
    - 8.3.4. Cassação administrativa e rescisão judicial - 104
    - 8.3.5. O ato de cassação: conceito restrito e qualificação jurídica - 105
  - 8.4. A extinção em razão do inadimplemento do particular: comparações - 106
    - 8.4.1. Cassação e invalidação - 107
    - 8.4.2. Cassação e revogação - 107
    - 8.4.3. Cassação e decaimento - 108
    - 8.4.4. Cassação e contraposição - 109
    - 8.4.5. Cassação e esgotamento do ato - 109

#### Capítulo V – Objeto e fundamento do ato de cassação

1. Introdução - 111
2. O objeto do ato de cassação - 112
3. Supremacia geral e supremacia especial do Estado - 115
  - 3.1. Supremacia especial do Estado - 117
4. O fundamento da cassação - 120

#### Capítulo VI – Os princípios fundamentais de Direito Administrativo e o ato de cassação

1. Infração e sanção administrativa. Infração e sanção penal - 125
2. Princípios de Direito Administrativo e o regime sancionador - 127
  - 2.1. O princípio da legalidade - 129
  - 2.2. O princípio da tipicidade - 131
  - 2.3. O princípio da finalidade - 133
  - 2.4. O princípio do devido processo legal - 135
  - 2.5. O princípio da segurança jurídica - 139
  - 2.6. O princípio do controle judicial - 142

#### Capítulo VII – O ilícito administrativo como pressuposto objetivo do ato de cassação

1. Introdução - 144
2. O comportamento humano - 146
  - 2.1. A conduta - 148
  - 2.2. “Vício” da conduta - 149
3. A infração administrativa - 150
4. O ilícito administrativo - 154

- 4.1. Tipicidade - 156
- 4.2. Excludentes de ilicitude - 158
- 4.3. Culpabilidade - 158
- 5. O ilícito administrativo e a responsabilidade administrativa - 161

#### Capítulo VIII – A edição do ato de cassação e seus efeitos

- 1. Pressuposto subjetivo: autoridade administrativa competente - 163
- 2. Pressuposto finalístico: relevância do ilícito - 166
- 3. Pressuposto lógico: gravidade do ilícito - 169
- 4. Devido processo legal: pressupostos processuais - 170
  - 4.1. Direito ao contraditório - 170
  - 4.2. Direito à ampla defesa - 172
  - 4.3. A verdade material e a presunção de inocência - 173
  - 4.4. Proibição de provas ilícitas - 174
  - 4.5. Dever de motivar - 174
- 5. Forma e pressupostos formalísticos - 175
- 6. Efeitos jurídicos da cassação - 175

#### Capítulo IX – Atos de cassação em espécie

- 1. Cassação e relações de sujeição geral - 178
  - 1.1. Cassação de licenças - 179
  - 1.2. Cassação de autorizações - 181
- 2. Cassação e relações especiais de sujeição - 181
  - 2.1. Extinção do vínculo funcional: demissão - 181
  - 2.2. Cassação de aposentadoria - 182
  - 2.3. Rescisão de contratos administrativos - 183
  - 2.4. Caducidade da concessão e da permissão de serviços públicos - 184

#### Capítulo X – Controle do ato de cassação

- 1. Controle interno - 186
- 2. Controle judicial - 187

Conclusões - 190

Bibliografia - 194

## INTRODUÇÃO

Mesmo sem ingressar no debate sobre qual é o principal instituto do Direito Administrativo, é correto reconhecer que a edição de atos administrativos é um de seus aspectos nucleares, pois consiste numa densa forma de expressão do exercício da função administrativa, atividade por meio da qual o Estado, sob regime jurídico próprio, busca concretizar fins fixados na Constituição e na legislação ordinária<sup>1</sup>.

Sucedem que a extinção dos atos administrativos nem sempre decorre do esgotamento dos efeitos jurídicos previstos na lei ou na própria declaração administrativa, pois há situações em que um acontecimento ulterior ocasiona alterações na sua dinâmica. Incumbe, portanto, à Ciência do Direito Administrativo estudar as causas de extinção de atos administrativos, especialmente aquelas em que seu destino esteja ligado a uma declaração unilateral da Administração Pública, em razão da interferência dessa atuação na esfera jurídica dos administrados. Nesse último aspecto, importa recordar que, ao menos desde o surgimento do Estado de Direito, os comportamentos estatais não são realizados *livremente*, mas devem estar em conformidade com o Direito<sup>2</sup>, razão pela qual se faz necessário compreender e descrever, de acordo com o ordenamento vigente, quais são os pressupostos para o aperfeiçoamento desses atos, os requisitos para sua legítima produção e os efeitos que dele decorrem.

Em matéria de extinção de atos administrativos, é fácil notar que a literatura especializada concentra-se em examinar mais detidamente duas hipóteses de declarações estatais com eficácia extintiva, quais sejam, a revogação (ocasionada por uma avaliação quanto ao interesse público na permanência dos efeitos de um ato administrativo) e a invalidação (que decorre da constatação de que houve contrariedade ao ordenamento jurídico na produção do ato), e remete, em regra, o estudo das demais causas de extinção para a apreciação dos atos administrativos em espécie, comportamento plenamente justificável à vista da relevância que possuem aqueles instrumentos no exercício da função administrativa.

---

<sup>1</sup> Numa visão crítica, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva sustenta que a noção de ato administrativo, como expressão da autoridade estatal, não é mais central no Direito Administrativo e pugna pela transferência dessa importância ao processo administrativo (Cf. *Em busca do acto administrativo perdido, passim*).

<sup>2</sup> “... princípio característico e essencial do Estado de Direito é precisamente o de que o Estado se comporta em relação aos particulares na forma do direito, quer dizer, *ligado pelas normas jurídicas*, qualquer que seja a sua fonte...” (Afonso Rodrigues Queiró, A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, v. 06, p. 41, grifado no original).

Sem prejuízo do reconhecimento da realidade acima descrita, o desenvolvimento da Ciência do Direito Administrativo impõe reflexões sobre as demais espécies extintivas, a fim de identificá-las, descortinar especificidades, suscitar e avaliar questões relevantes, descrever seu regime jurídico e, sobretudo, indicar *limites* contidos no ordenamento para atuação das autoridades administrativas.

Com essa perspectiva, no presente trabalho, imantado pela teoria geral do Direito Administrativo, faz-se um corte sobre as espécies de extinção dos atos administrativos, tendo por objetivo isolar e apreciar o regime jurídico de uma hipótese específica, qual seja, a que decorre do inadimplemento de deveres que deveriam ser cumpridos pelo destinatário, isto é, a que tem como pressuposto uma conduta ilícita do particular para a qual o ordenamento preceitua a privação definitiva dos efeitos de um ato administrativo como consequência ou, de outro ângulo, a imposição de uma sanção com eficácia extintiva (rescisória) sobre uma situação jurídica favorável ao administrado.

Almeja-se com este estudo verificar se a extinção dos efeitos dos atos administrativos em decorrência do inadimplemento do particular merece, no direito brasileiro, tratamento distinto das demais formas de extinção, como categoria tipológica dotada de requisitos e virtualidades próprios.

A par desse fim, por meio da análise da hipótese extintiva em foco à luz do perfil constitucional do Direito Administrativo brasileiro, de sua natureza jurídica, da esparsa legislação vigente e de precedentes jurisprudenciais, tenciona-se identificar quais efeitos de atos administrativos podem ser objeto dessa forma extintiva, bem como descrever, apesar da heterogeneidade de situações jurídicas sobre as quais incide, o núcleo do seu regime jurídico, por meio da apreciação dos *pressupostos* que permitem e *justificam* esse modo de termo do ato administrativo, das *garantias* que conformam o processo administrativo instaurado para tal finalidade e de suas principais *consequências* jurídicas.

Em razão das incertezas que permeiam a caracterização do objeto em observação, uma declaração estatal com eficácia extintiva sobre os efeitos de um ato administrativo, é importante que tenhamos algumas considerações preliminares que permitam estabelecer um justificado contorno da realidade cogitada: o ato administrativo e seus modos de extinção. Tal proceder faz-se necessário, ademais, em razão da rarefação de estudos centrados especificamente na hipótese extintiva em apreço, a exigir utilização de instrumental teórico adequado, de modo que seja possível formular questões pertinentes e alicerçar o desenvolvimento do estudo de modo metodologicamente coerente.

Assim, o presente trabalho está dividido em três partes.

Preliminarmente, apresentam-se algumas ponderações de ordem metodológica, com o intuito de justificar a abordagem e o desenvolvimento do tema (Capítulo I). Nessa fase inicial, discorremos também sobre a noção e as características do exercício de função administrativa (Capítulo II), âmbito em que incide um regime jurídico específico e no qual a edição e a extinção dos atos administrativos se desenvolvem.

Em prosseguimento, trata-se do conceito de ato administrativo, da possibilidade analisá-lo sob uma perspectiva estrutural (Capítulo III) e de suas hipóteses de extinção (Capítulo IV), com o propósito de caracterizar, conceituar e distinguir a espécie em foco (cassação) dos demais modos de termo do ato administrativo.

Delineadas as características básicas do ato de cassação, aprecia-se seu fundamento e seu objeto (Capítulo V), com o escopo de compreender a origem da potestade atribuída pelo ordenamento à Administração para encerrar situações jurídicas favoráveis ao administrado em razão do descumprimento de deveres. No Capítulo VI, avaliam-se alguns princípios constitucionais aplicáveis às sanções administrativas extintivas, para ulteriormente caracterizar os requisitos para a concreta identificação de um ilícito administrativo (Capítulo VII) e identificar o regime jurídico específico do ato de cassação, a partir de um enfoque estrutural do ato que a impõe (Capítulo VIII).

No Capítulo IX, avaliamos alguns atos de cassação em espécie, com o propósito de ilustrar a problemática que envolve a edição do ato em exame.

Adiante, discorremos sobre o controle da cassação, com enfoque para o importante papel exercido pelo Poder Judiciário (Capítulo X).

Ao final, são oferecidas as conclusões alcançadas.

## CAPÍTULO I

### DIREITO, CIÊNCIA DO DIREITO E O PROBLEMA METODOLÓGICO

#### 1. Direito e Ciência do Direito. Conceito de Direito

Consoante leciona Lourival Vilanova, a atividade de conhecimento é uma ação humana tendente a um objeto e possui um fim, que é o de produzir proposições verdadeiras sobre uma realidade, mediante a descrição de suas características essenciais e acidentais<sup>3</sup>. Logo, para a compreensão das propriedades de qualquer fenômeno, o comportamento que logicamente antecede a ação cognitiva é o de delimitação do objeto em estudo<sup>4</sup>.

Sendo assim, é imperativo destacar que o Direito e as ciências que o estudam são realidades diversas e que existem em planos diferentes da experiência humana, na medida em que o resultado da ação de conhecimento não se confunde com o ser conhecido. Nessa linha de raciocínio, de um ponto de vista epistemológico, pode-se afirmar que o Direito é o objeto da Ciência do Direito<sup>5</sup>.

Delimitar com exatidão o objeto da Ciência do Direito não é, todavia, uma tarefa fácil, nem uma questão resolvida no plano da experiência jurídica, pois os cientistas não se põem de acordo quanto ao conceito do Direito<sup>6</sup>. Em que pese essa constatação, mesmo sem enfrentar as inúmeras nuances que o tema permite suscitar e sem a pretensão de propor uma solução definitiva, é importante precisar o sentido que a ele se imputa e salientar consequências decorrentes da posição abraçada.

Adotamos, neste estudo, a concepção que define o *Direito* como sistema de normas jurídicas, isto é, como conjunto ordenado de prescrições, de comandos, de imperativos, que *rege condutas humanas* num determinado espaço e cuja observância pode ser exigida daqueles que integram essa coletividade<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Cf. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo*, p. 37-38.

<sup>4</sup> Cf. Maria Helena Diniz, *A ciência jurídica*, p. 2.

<sup>5</sup> A distinção é necessária porque, não poucas vezes, nos deparamos com proposições que não distinguem esses dois níveis do discurso jurídico (Confira-se a crítica de Eros Roberto Grau em *O Direito posto e o Direito pressuposto*, p. 37 e de Paulo de Barros Carvalho em *Curso de Direito Tributário*, p. 33-36). Tal comportamento decorre, ao menos em parte, do fato de que as duas realidades são referidas pelo mesmo vocábulo, que, aliás, designa vários seres conexos ou relacionados entre si (Cf. Maria Helena Diniz, *A ciência jurídica*, p. 4).

<sup>6</sup> Cf. Maria Helena Diniz. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*, p. 35 e 241-246.

<sup>7</sup> Consoante leciona Noberto Bobbio: “O termo ‘direito’, na mais comum acepção de Direito objetivo, indica um sistema normativo...” (*Teoria do ordenamento jurídico*, p. 31). Vale mencionar que Bobbio individualiza as

Com essa delimitação, é possível destacar uma distinção entre a Ciência do Direito e o Direito, uma vez que este, em razão de sua característica normativa, é formado por prescrições, enquanto a Ciência do Direito utiliza-se de proposições descritivas para apresentar o resultado da ação de conhecimento<sup>8</sup>.

Deve-se destacar que tal cisão não é estanque, pois há uma conexão entre as duas esferas, tendo em vista que as reflexões da Ciência do Direito, ainda que sem força coativa, servem de instrumento à elaboração e à aplicação do direito<sup>9</sup>. Não sem razão, Lourival Vilanova, com sua habitual elegância lógica, enuncia uma relação formal entre ambos, que não pode ser esquecida:

O Direito como experiência, tomado na *totalidade integrada de sentido* (Reale), é um sistema prescritivo que insere dentro dessa experiência a teoria científica dogmática, que também é um sistema. São dois sistemas: um, cognoscitivo; outro, prescritivo. Separáveis por um corte abstrato no dada-da-experiência, *o sistema da Ciência-do-Direito incorpora-se ou insere-se no próprio Direito*, como fonte material sua<sup>10</sup>.

## 2. Diversas abordagens do fenômeno jurídico: o problema metodológico

Todavia, ainda que se observe o Direito como um conjunto de normas, existem diversos enfoques pelos quais esse objeto pode ser observado e problematizado, dos quais vale destacar três, quais sejam, o ângulo descritivo do direito vigente (ontológico), o da crítica

prescrições jurídicas em razão da qualidade da sanção: “normas jurídicas’ são aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada” (*Teoria da norma jurídica*, p. 160). Com um sentido mais amplo que o do autor italiano, Miguel Reale adverte que a concreção histórica do processo jurídico observa uma dialética de complementaridade e que, em qualquer expressão da vida jurídica, há uma correlação funcional e dialética entre fato, valor e norma, segundo a qual o momento normativo é o resultante da tensão entre fato e valor, como solução-síntese, observados os limites circunstanciais de lugar e de tempo (Cf. *Teoria tridimensional do Direito*, p. 57). De outro ângulo, por reconhecer grande influência da realidade sobre o mundo normativo, que se implicariam mutuamente, Eros Roberto Grau é crítico da posição assumida neste estudo e pugna pela adoção de uma visão mais ampla do fenômeno jurídico, a partir da incorporação ao sistema jurídico de um conjunto de princípios e regras, *sobretudo princípios*, que regem as relações sociais *reais* em cada sociedade, o qual chama de *direito pressuposto* (Cf. *O Direito posto e o Direito pressuposto*, p. 83).

<sup>8</sup> Hans Kelsen distingue as realidades nos seguintes termos: “Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas conseqüências pelo mesmo ordenamento determinadas. As *normas* jurídicas, por seu lado, não são juízos, isto é, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento. Elas são antes, de acordo com seu sentido, mandamentos e, como tais, comandos, imperativos” (*Teoria pura do Direito*, p. 80-81, grifado no original). No mesmo sentido: Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, p. 44.

<sup>9</sup> Cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. 1, p. 423. Antônio Carlos Cintra do Amaral ancora-se no pensamento de Norberto Bobbio e na experiência nacional para referir-se ao labor científico do jurista como atividade de *formulação de diretivas* (Cf. *Teoria do ato administrativo*, p. 20).

<sup>10</sup> *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, p. 168, grifado no original.

axiológica dos mandamentos nele contidos (deontológico) e o da apreciação da efetiva aplicação das normas no âmbito das relações intersubjetivas concretamente desenvolvidas (sociológico ou fenomenológico)<sup>11</sup>.

Cada modo de observação do fenômeno jurídico possui legitimidade própria e contribui para a totalidade de sua compreensão, de forma que não seria correto impor um deles com exclusividade e em detrimento dos demais, sob pena de se obter apenas uma parcial noção da realidade. Todavia, escolhida uma perspectiva de apreciação do Direito, o cientista terá que eleger um *adequado instrumental metodológico* para abordar o objeto em estudo, escolha que deverá estar em absoluta sintonia com os fins perseguidos pela ação de conhecimento.

Em relação a esse aspecto, interessa destacar que tanto a delimitação do objeto como a escolha do modo de abordá-lo influenciam, ainda que inconscientemente, na construção do conhecimento e na utilidade dos resultados alcançados<sup>12</sup>. Por consequência, cumpre reconhecer e realçar que investigações aparelhadas em instrumentais diversos podem implicar diferentes proposições científicas, que devem ser interpretadas criticamente, pois muitas vezes não se está a referir a idênticas realidades ou, ainda que o sejam, vistas a partir de referenciais distintos.

Com as considerações acima expostas, complementadas a seguir, não se tem, portanto, a pretensão de excluir ou negar outras possibilidades gnosiológicas de compreensão e abordagem do fenômeno jurídico, mas assinalar que se desenvolverá o estudo a partir de uma perspectiva dogmática, visto que o objetivo almejado é *descrever* os pressupostos e as consequências de uma espécie de declaração estatal com força extintiva, segundo o ordenamento vigente.

### 3. A Ciência do Direito e as classificações

A par da adoção da perspectiva dogmática, é oportuno destacar como o específico objeto em estudo será abordado, visto que o cientista não consegue observar o Direito na integralidade.

---

<sup>11</sup> Cf. Norberto Bobbio, *Teoria da norma jurídica*, p. 45-48.

<sup>12</sup> Cf. Maria Helena Diniz, *A ciência jurídica*, p. 4-5.

É importante, pois, ter em mente que a Ciência do Direito, em que pese a unidade do ordenamento jurídico, promove cortes e classificações no seu objeto, a partir de *critérios eleitos pelo observador*, com o fim de observar particularidades de fenômenos que possuam alguma homogeneidade<sup>13</sup>.

Nesse aspecto, consoante clássica e inestimável lição de Genaro Carrió, é preciso anotar que há muitas formas de se classificar os fenômenos jurídicos e que o critério para escolher uma delas é o da conveniência científica, didática ou prática<sup>14</sup>. A referida assertiva tem importância capital no mundo do Direito, uma vez que, via de regra, defronta-se o cientista com a necessidade de estabelecer o contorno de realidades jurídicas com limites imprecisos e cuja demarcação depende de uma decisão epistemológica, por meio da adoção de conceitos teóricos, os quais não demandam apreciações de verdade ou certeza, mas sim de funcionalidade e operatividade<sup>15</sup>.

Ocorre que no plano do Direito, como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, “... uma coisa é o que é por força da qualificação que o próprio Direito lhe atribuiu, ou seja, pelo regime que lhe outorga e não por alguma causa intrínseca, substancialmente residente na essência do objeto”<sup>16</sup>, de modo que é deveras útil privilegiar características extraídas do ordenamento para classificar e conceituar os fenômenos jurídicos, procedimento que permite isolar fenômenos que tenham certa similitude.

Por outro lado, como a Ciência do Direito utiliza-se da linguagem para cumprir seu mister, é preciso ter cuidado para não incorrer em meros desacordos verbais, pois as palavras podem ter significado impreciso, o que exige, muitas vezes, que se esclareça o objeto que com elas se pretende referir. Nessa medida, com o propósito de contornar as divergências terminológicas, tem-se por conveniente utilizar conceituações, classificações e expressões consagradas na doutrina, observada a compatibilidade com a perspectiva metodológica adotada, pois a construção de enunciados singulares não se sobrepõe ao conteúdo da atividade

---

<sup>13</sup> Cf. Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, p. 47.

<sup>14</sup> Diz Carrió: “Las clasificaciones non son verdaderas ni falsas, son *serviciales o inútiles*; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables” (*Notas sobre Derecho y lenguaje*, p. 99, grifado no original).

<sup>15</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Ato administrativo e direitos dos administrados*, p. 1-10.

<sup>16</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 34-35.

de conhecimento, o qual, na medida do possível, deve expressar uma proposição funcional e operativamente útil<sup>17</sup>.

#### 4. O plano do direito, os valores e a historicidade do fenômeno normativo

Observado sob a perspectiva anunciada, podemos afirmar, ancorados no ensinamento de Hans Kelsen<sup>18</sup>, que o Direito pertence a um nível próprio da realidade, o normativo (do dever-ser), enquanto categoria lógica que se contrapõe ao mundo dos fatos (do ser), ou seja, da realidade fenomenológica, pois enquanto esta é governada por leis de causalidade, o direito rege condutas humanas por meio de regras de imputação, que prescrevem certas consequências em face da ocorrência de um determinado pressuposto hipotético.

Nessa perspectiva, enquanto as leis que governam a natureza e a sociedade procuram descrever o que efetivamente se dá na realidade, razão pela qual são passíveis de verificação empírica e de apreciação segundo critérios de verdade, as normas jurídicas contêm a descrição de aspectos da realidade, que passam a ser considerados como juridicamente relevantes porque a eles estão conectadas consequências que *devem* ser observadas, de modo que os enunciados prescritivos não descrevem o que irá ocorrer, mas sim *como deve ocorrer*, de forma que podem ser avaliados em face de um dado sistema jurídico com base em critérios de compatibilidade (validade) e não de veracidade<sup>19</sup>.

Todavia, ainda que existente num plano próprio, não se pode perder de vista que o Direito não é uma realidade insulada e que exista por si e para si. O Direito porta valores e insere-se na própria estrutura social, com quem interage de modo dinâmico<sup>20</sup> como *instrumento para realização de fins*, pois visa conformar aspectos da realidade àquilo que normativamente foi estabelecido como o melhor para a coletividade<sup>21</sup>. Mais que isso: o

---

<sup>17</sup> Com isso, tenta-se, outrossim, não incorrer na postura que o eminente jurista Antônio Carlos Cintra do Amaral cunha de “complexo do descobridor” (Cf. *Teoria do ato administrativo*, p. 19).

<sup>18</sup> Cf. *Teoria pura do Direito*, p. 84-91.

<sup>19</sup> Sobre a especificidade da causalidade normativa, utilizamos como fonte os ensinamentos de Lourival Vilanova (Cf. *Causalidade e relação no Direito*, p. 51-63).

<sup>20</sup> A conexão entre o sistema jurídico e o sistema social é assim descrita por Lourival Vilanova: “... o sistema jurídico é *sistema aberto*, em intercâmbio com os *subsistemas sociais* (econômicos, políticos, éticos), sacando seu conteúdo-de-referência desses subsistemas que entram no sistema-Direito através de esquemas hipotéticos, os *descritores* de fatos típicos, e dos esquemas consequenciais, onde se dá a *função prescritora* da norma de Direito” (*As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo*, p. 180, *grifado no original*).

<sup>21</sup> A finalidade intrínseca do Direito, segundo Lourival Vilanova, é alterar o mundo social e imprimir direção ao fluxo das interações humanas (Cf. *Causalidade e relação no Direito*, p. 44).

Direito se constrói com base na realidade, a partir da evolução da experiência humana e das valorações que as autoridades competentes dão às normas e aos fenômenos fáticos, num processo dinâmico de criação<sup>22</sup>.

Dáí se vê que a responsabilidade da Ciência do Direito é imensa, pois ao descrever seu objeto o cientista acaba por reconstruí-lo, sob a forma de outra linguagem, que passa a informá-lo.

Pontue-se ainda que, tal como os demais objetos culturais, o Direito encontra-se delimitado no tempo e no espaço, pois é uma criação do homem na sua experiência de vida em sociedade, de forma que uma consideração ou referência num certo momento e local pode ser qualificada como impertinente em outro tempo ou lugar. Por isso, é necessário analisar o Direito sob o aspecto do sistema jurídico vigente, de modo que considerações a outras ordens devem ser tomadas como modelos referenciais, a serem comparados com o específico objeto em observação<sup>23</sup>.

### 5. *Supremacia da Constituição*

Faz-se necessário escavar um tanto mais e anotar outro valioso ensinamento de Hans Kelsen, para quem as normas existentes num sistema jurídico não estão no mesmo plano, mas são “uma *construção escalonada de normas supra-infra-ordenadas umas às outras*”<sup>24</sup>.

Adotada essa perspectiva, o Direito pode ser concebido como um sistema *hierarquicamente* estruturado, isto é, um conjunto de partes que possuem vínculos ordenados entre si<sup>25</sup>, no qual cada norma inferior retira sua legitimidade de uma norma superior e cuja

---

<sup>22</sup> A interação entre o fático (ser) e o jurídico (dever-ser) que Vilanova referiu com seu rigor lógico e que Reale postula seja epistemologicamente inseparável na apreciação dos fenômenos jurídicos, é descrita em termos dinâmicos por Weida Zancaner, com profunda sensibilidade e didatismo, nos seguintes termos: “... a realidade é sempre mais *complexa* que qualquer estereótipo que dela tentemos traçar, visto que, sempre após a instauração de qualquer modelo jurídico, a realidade *prosegue* em suas experiências, *operando mudanças* quer nas situações fáticas, quer nas relações sociais, quer *na própria tábua de valores*, exigindo, assim, que os modelos jurídicos sofram alterações em sua estrutura e repertório, embora muitas vezes conservem as mesmas roupagens de ordem formal” (*Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 63, grifo nosso).

<sup>23</sup> Para referir a historicidade de certos conceitos jurídicos, a doutrina costuma distinguir os conceitos lógico-jurídicos, que possuem pretensão de validade universal, dos conceitos jurídico-positivos, assentados na experiência de certo Direito positivo (Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 67-68, em especial NR 47).

<sup>24</sup> *Teoria pura do Direito*, p. 224, grifo nosso.

<sup>25</sup> Sobre a noção de sistema no nível dos objetos, confirma-se Lourival Vilanova, *As estruturas lógicas e o sistema de Direito positivo*, p. 172-175.

unidade é dada pela norma fundamental, que sustenta o valor jurídico da Constituição, como norma posta no mais elevado grau<sup>26</sup>.

Podemos, então, tomar a *Constituição* como *norma de valor superior*, que dirige as condutas do Estado e dos particulares, legitimando e condicionando *toda* produção normativa de hierarquia inferior<sup>27</sup>.

#### 6. A norma jurídica e sua estrutura. Ilícito e sanção

Como o direito pode ser descrito como um sistema hierarquizado de normas, impende verificar em que consistem suas partes, bem como qual é o mecanismo que mantém sua coerência interna.

Normas jurídicas são determinações, comandos, prescrições editadas por órgãos e pessoas autorizadas e que *disciplinam condutas* com caráter de obrigatoriedade em relação aos destinatários. Todavia, para que sejam legítimas, as normas jurídicas devem observar as prescrições superiores dentro da pirâmide hierárquica e podem ser expulsas na hipótese de descompasso, por meio de mecanismos próprios de controle<sup>28</sup>.

Numa perspectiva estrutural, as normas jurídicas podem ser descritas com caráter dúplice, norma primária e secundária, ambas contendo hipótese e consequência. Na primeira parte (norma primária), prevê-se um pressuposto de fato ao qual se conecta a prescrição de uma conduta obrigatória, permitida ou proibida referida a determinados sujeitos. Na segunda parte (norma secundária), a consequência corresponde à sanção, prescrita em razão da violação da conduta imposta pela norma primária, cuja ocorrência no plano fático configurará, então, um ilícito<sup>29</sup>.

Porém, como alerta Lourival Vilanova, “se o dever-ser do normativo não conta com o poder-ser da realidade, se defrontar-se com o impossível-de-ser ou com o que é necessário-ser, o sistema normativo é supérfluo”<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Em relação ao conteúdo da norma fundamental, confira-se Norberto Bobbio, *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 58-65.

<sup>27</sup> Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 46; Michel Temer, *Elementos de Direito Constitucional*, p. 18-19.

<sup>28</sup> Sobre a coerência do ordenamento jurídico, ensina Norberto Bobbio que “... nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com as outras” (*Ibidem*, p. 81).

<sup>29</sup> Cf. Lourival Vilanova, *Causalidade e relação no Direito*, p. 77-79.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 11.

Em outras palavras, a prescrição contida na norma, como regra de conduta, pressupõe a *possibilidade de descumprimento*. Adiante aprofundaremos esse ponto (v. *infra* Capítulo VI – item 2.3), mas vale anotar que a compreensão da possibilidade de atendimento do comando pressupõe observar o Direito sob uma perspectiva teleológica, isto é, como regente de *condutas humanas*, pois o ordenamento somente cumpre seu mister quando impõe comportamentos passíveis de observância pelos destinatários. Aqui, portanto, é possível vislumbrar um *limite* jurídico à imposição de quaisquer sanções jurídicas, cuja ultrapassagem *deve ser* evitada.

### 7. Ato administrativo e função administrativa

Feitas essas observações de ordem geral, merece ser salientado que o Direito Administrativo, por se ocupar da regulação de certas atividades de interesse da coletividade, é um ramo do Direito Público<sup>31</sup>, delimitado pela homogeneidade de um conjunto de normas jurídicas que regem o exercício da função administrativa e que formam um *sistema* próprio<sup>32</sup>.

A edição e a extinção de atos administrativos estão intimamente ligadas ao exercício dessa função estatal, razão pela qual, antes de abordar o objeto em questão, impende inicialmente caracterizar os institutos e conectá-los, uma vez que são realidades jurídicas interdependentes.

---

<sup>31</sup> A divisão remonta ao direito romano, conforme lição de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (Cf. *Introdução ao estudo do Direito*, p. 127-128). Carlos Ari Sundfeld acolhe a distinção e aponta oito princípios que caracterizariam o direito público brasileiro: a) a presença de uma autoridade pública; b) a submissão do Estado à ordem jurídica; c) o exercício de função; d) a igualdade dos particulares perante o Estado; e) o devido processo; f) a publicidade; g) a responsabilidade objetiva; e h) a igualdade das pessoas políticas (Cf. *Fundamentos de Direito Público*, p. 153).

<sup>32</sup> Embora uno, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o direito comporta ramificações que se expressam como um conjunto de princípios e regras aplicáveis para certas situações. Nessa perspectiva, para o autor: “um ramo jurídico é verdadeiramente ‘autônomo’ quando nele se reconhecem *princípios* que formam em seu todo uma unidade e que articulam um *conjunto de regras a comporem um sistema*, ‘um regime jurídico’ que o peculiariza em confronto com outros blocos de regras” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 28, grifos nossos).

## CAPÍTULO II

### ESTADO E FUNÇÕES ESTATAIS. FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

#### 1. Estado de Direito e o surgimento do Direito Administrativo

Conforme salientado acima, o estudo do Direito Administrativo compreende a observação das regras que regulam parcela da atividade estatal, qual seja, a função administrativa.

Como o vocábulo “administrar” refere à regência de negócios, ou seja, a uma atividade ligada à gestão de interesses próprios ou de terceiros, a tradução dessa noção ao campo estatal pode induzir a se conceber o Direito Administrativo como conjunto de normas ligadas à direção dos negócios estatais. Adotada essa perspectiva ampla, seria possível situar seu surgimento na antiguidade, pois é possível identificar regras relativas à administração no direito romano, no período feudal e no Estado Absolutista<sup>33</sup>.

Todavia, somente com o Estado de Direito é que as funções estatais passam a ser realizadas na forma do Direito e as normas jurídicas passam a ser “o quadro da atividade do próprio Estado”<sup>34</sup>. Por essa razão, prefere-se ressaltar que o surgimento do Direito Administrativo, como disciplina autônoma, está em conexão com o aparecimento do Estado Liberal e com o fenômeno do constitucionalismo<sup>35</sup>. Seguindo essa ótica, afirma-se que o Direito Administrativo só ganhou autonomia no século XIX, quando deixou de ser apenas técnica de gestão e passou a constituir uma *forma de controle* da ação estatal.

Além da submissão dos agentes estatais à ordem jurídica, o Estado de Direito, desde o nascedouro, ainda sob o influxo do pensamento liberal clássico, fortemente marcado por um viés individualista, trouxe consigo duas outras importantes conquistas para a

---

<sup>33</sup> Nesse sentido: Caio Tácito, *Evolução histórica do Direito Administrativo: in Temas de Direito Público* (estudos e pareceres), v. 1, p. 1-2. Michel D. Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, p. 17.

<sup>34</sup> Afonso Rodrigues Queiró, A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, v. 06, p. 47.

<sup>35</sup> Segundo Caio Tácito, nos “... regimes absolutos, o administrador – veículo da vontade do soberano – é, como este, irresponsável. A administração é, apenas, uma técnica a serviço de privilégios de nascimento. O Estado de Direito, ao contrário, submete o Poder ao domínio da Lei: a atividade arbitrária se transforma em atividade jurídica” (*Ibidem*, p. 02). No mesmo sentido: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de Direito Administrativo*, p. 76-77. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 47. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 49. Odete Medauar, *O Direito Administrativo em evolução*, p. 13-28. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 1-2. Michel Stassinopoulos, *Ibidem*, p. 17-22.

humanidade, quais sejam, a idéia de repartição do exercício do poder e a previsão de um conjunto de *direitos e garantias fundamentais*, cuja centralidade ganhou novas dimensões e maior destaque desde o século passado, com o surgimento do Estado de Bem Estar Social<sup>36</sup>.

## 2. Separação de poderes e o exercício de função

Ocorre que, para exercer sua função de contenção e direcionamento das condutas humanas, inclusive dos agentes estatais, o Direito precisa ser criado, reconhecido e mantido por organismos adequados. A partir desse ponto de vista, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello adverte que um dos pressupostos do Estado é a organização jurídica dos seus elementos essenciais, como instrumento para realização de fins, de modo que a efetivação dos fins do Estado pressupõe o arranjo, a delimitação e a ordenação do exercício do poder<sup>37</sup>.

No aspecto da estruturação do Estado é clássica a teoria da separação dos poderes, difundida por meio da obra do Barão de Montesquieu, segundo a qual, para que seja preservada a liberdade dos indivíduos, o poder do Estado deve ser repartido em diversos centros, a fim de que não haja concentração nas mãos de uma única pessoa ou órgão, pois estes tenderiam a dele abusar<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 112-113. As transformações sociais vividas no final século XIX e a crise do sistema capitalista, especialmente a partir do terceiro decênio do século XX, impuseram uma ruptura com a postura individualista clássica (Estado Liberal) e uma renovação no conteúdo da ação estatal, que passou a englobar novas e relevantes esferas de atuação positiva (Estado de Bem Estar Social), mediante a oferta de serviços públicos de interesse da coletividade, com o fim de concretizar direitos fundamentais anteriormente reconhecidos (econômicos, sociais e culturais), e de maior intervenção do Estado na ordem econômica, com o objetivo de preservar a própria ordem capitalista. É fato que, nas duas últimas décadas, em razão da crescente internacionalização do capital, houve enorme pressão dos grandes grupos econômicos, ora levemente enfraquecida em virtude da crise do sistema financeiro internacional, com o objetivo de redimensionar o tamanho do Estado, em nome de uma presumida eficiência das regras de mercado, ainda que em detrimento dos desígnios de justiça social que imantam os fins do Estado de Bem Estar e da higidez das próprias estruturas do mercado (Para uma crítica deste movimento no país, especialmente seu impacto no Direito Administrativo, v. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 50-52 e 1067-1081).

<sup>37</sup> Cf. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, p. 27-28.

<sup>38</sup> Para Montesquieu: “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos” (*O espírito das leis*, p. 119). Em defesa dessa concepção, Afonso Rodrigues Queiró sustenta que a própria “idéia rousseauiana da *superioridade* da lei (vontade geral) postula a existência duma repartição orgânica das funções do Estado, pois só se concebe que a lei seja revestida de superioridade quando há órgãos

Por consequência, a compreensão das atividades estatais incluídas na ação administrativa pressupõe a análise de como está estruturado o poder constituído, o que nos Estados Modernos é encontrado na Constituição, norma de valor superior e *fundamento de toda autoridade*<sup>39</sup>.

Em verdade, costuma-se ressaltar que o poder do Estado é uno e se exterioriza por meio do exercício de competências atribuídas a unidades orgânicas e agentes. Tais competências, todavia, não são meras faculdades para quem estiver nelas investido, nem são livremente manejáveis, mas consistem em verdadeiros *deveres de ação*, na medida em que existem para que se realizem os fins previstos no ordenamento<sup>40</sup>. Entende-se, então, mais adequado falar-se em funções estatais e não em poderes estatais<sup>41</sup>. O exercício de função pública expressa-se mediante o exercício de uma parcela do poder estatal, mas somente se legitima quando orientado e utilizado para a realização dos *fins* previstos no ordenamento<sup>42</sup>.

Não sem razão, Ruy Cirne Lima pontificou, com muita precisão, que a relação de administração corresponde àquela “que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente”, na qual “o *dever* e a *finalidade* são predominantes”<sup>43</sup>. Firme nesse enfoque, Celso Antônio

que na realização das suas funções lhe devam obediência” (A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, v. 06, p. 47, grifado no original).

<sup>39</sup> Cf. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 46.

<sup>40</sup> Cf. Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de Direito Público*, p. 113.

<sup>41</sup> Ao discorrer sobre as características dos poderes públicos, Santi Romano assim caracterizou o exercício de função: “Un gruppo importantissimo di poteri pubblici, che ne costituisce anzi la categoria più importante, sono quelli che si designano col nome di *funzioni*. Le funzioni (‘officia’, ‘munera’ sono i poteri che si esercitano non per un interesse proprio, o almeno esclusivamente proprio, ma per un interesse altrui o per un interesse oggettivo. Di essi si hanno esempi anche nel diritto privato (la patria potestà, gli uffici dell’esecutore testamentario, del tutore etc.), ma nel diritto pubblico la loro figura è predominante. Infatti gli interessi oggettivi tutelati dallo Stato e quelli stessi che in lui si impersonano sono altresì interessi della collettività considerata nel suo insieme e a prescindere dai singoli che la compongono: i poteri dello Stato sono, di regola, funzioni. E gli altri poteri di diritto pubblico a chiunque spettino, anche quando in sè e per sè non sono funzioni, in fondo hanno carattere pubblico perchè direttamente o indirettamente si raccolgano a questi e sono ad essi accessori e subordinati. È carattere proprio delle funzioni quello di essere, nel medesimo tempo, libere e vincolate. Sono libere, in quanto, como tutti i poteri, implicano sempre una certa sfera nella quale la volontà del soggetto deve determinarsi da sè. Sono vincolate, sia negativamente, in quanto non possono esorbitare da certi limiti, sia positivamente, in quanto debbono esercitarsi se, quando e come lo richiedono gli interessi pubblici per cui sono costituite” (*Principii di Diritto Costituzionale generale*, p. 111, grifado no original). Renato Alessi, ancorado nas lições de Romano, teceu as seguintes considerações sobre o exercício de função: “Appunto il *potere* statale, considerato in quanto diretto a queste finalità di interesse collettivo, ed in quanto oggetto di un *dovere* giuridico relativamente alla sua esplicazione, costituisce una *funzione* statale” (*Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 2, grifado no original).

<sup>42</sup> Para Carlos Ari Sundfeld, a “primeira constatação a respeito do regime das relações de direito público é a de que um dos sujeitos da relação, o Estado, exerce o poder de autoridade, desfrutando de prerrogativas de que não se encontram equivalentes no direito privado. Entre elas brilham especialmente os poderes de, unilateralmente, impor deveres aos indivíduos e de alterar as relações já constituídas.” (*Ibidem*, p. 111).

<sup>43</sup> *Princípios de Direito Administrativo*, p. 105-106. Hely Lopes Meirelles também destaca a vinculação do agente público ao atingimento de fins de interesse da coletividade e leciona que “... os poderes, deveres e

Bandeira de Mello pugna pela necessidade de revisão da noção de exercício de função na doutrina brasileira, em ruptura com a tradição que se ancora na idéia de poder do Estado, sustentando que o eixo metodológico do Direito Público, especialmente do Direito Administrativo, está centrado na idéia de dever, de finalidade a ser alcançada, na medida em que o poder surge “*como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever*”<sup>44</sup>.

### 3. Classificação das funções estatais: critérios

Precisado o conceito de função, é relevante destacar as atividades estatais compreendidas no conceito de função administrativa. Para tanto, impende pontuar que os autores costumam classificar as funções estatais de acordo com diversos critérios. Fala-se, então, em: a) critério subjetivo; b) critério objetivo-material; c) critério residual ou misto e d) critério objetivo-formal.

Em sentido subjetivo, de modo simplificado, as funções podem ser classificadas de acordo com as ações produzidas pelos órgãos estatais: a função judicial seria a atividade do “Poder” Judiciário; a função legislativa, a do “Poder” Legislativo; e, por fim, a função administrativa (ou executiva), a de incumbência do “Poder” Executivo<sup>45</sup>.

Tal conceituação, todavia, tem o inconveniente de não captar a realidade jurídica em sua integralidade, na medida em que a teoria da separação de funções não se realiza de modo perfeito, pois os órgãos estatais realizam uma função de modo predominante, mas não com exclusividade<sup>46</sup>. É de se reconhecer, porém, que o critério subjetivo não deve ser

---

prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim para serem utilizados em benefício da comunidade administrada” (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 85).

<sup>44</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 14-15, grifado no original.

<sup>45</sup> Fernando Garrido Falla, embora reconheça a força do regime jurídico, sustenta que a unidade da noção de função administrativa se dá em torno do Poder Executivo (*Tratado de Derecho Administrativo*, v. I, p. 48-49). No Brasil, Themistocles Brandão Cavalcanti, ao discorrer sobre a compreensão da doutrina de sua época, apontou que o Direito Administrativo “está intimamente ligado ao Poder Executivo, a quem cabe provêr ao funcionamento do serviço público”, mas reconhece, porém, que cada um dos “poderes” exerce funções específicas, mas não só essas funções (*Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*, p. 272 e 276).

<sup>46</sup> Cf. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Cap. IX, p. 5. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de Direito Administrativo*, p. 47, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 33. No ordenamento brasileiro, a limitação é evidente, pois o Poder Judiciário tipicamente julga, mas também elabora normas abstratas (art. 96, inciso I, alínea “a”, CF) e administra (art. 96, inciso I, alíneas “b” e “f”, CF); o Poder Executivo tipicamente administra, mas também produz atos abstratos (art. 84, incisos IV e VI e 87, inciso II, CF) e decide controversias; o Poder Legislativo, por sua vez, tipicamente legisla, mas também administra seus serviços (art. 51, inciso IV e 52, inciso XIII, CF) e decide determinadas controversias (art. 52, incisos I e II, CF). Num outro ângulo, com muita percepção, Agustín Gordillo aponta que em diversos países os conjuntos orgânicos (“poderes”) têm sido repartidos cada vez mais, mediante a criação de “autoridades administrativas independentes”, muitas não submetidas a controle hierárquico e a

abandonado na totalidade, pois há sentido em se compreender o funcionamento dos conjuntos orgânicos, tendo em vista que tipicamente realizam uma das funções e assim foram constitucionalmente estruturados<sup>47</sup>. Vale mencionar, também, que alguns autores utilizam o critério subjetivo para se referir à Administração Pública, isto é, ao exercício de função administrativa sob o ângulo organizacional, noção que se afigura útil porque permite identificar e agrupar os órgãos estatais que a exercitam, bem como estabelecer íntima conexão com a prática jurídica<sup>48</sup>.

Outro modo de distinção das funções estatais é o objetivo-material, critério que propõe diferenciá-las a partir das atividades que realizam. Assim, embora cada autor saliente um ou alguns aspectos em particular, a função legislativa, com base nesse critério, seria correspondente à atividade de elaboração de normas jurídicas gerais e abstratas; a função administrativa, à de criação de utilidades públicas concretas; e a função jurisdicional, à de solução de conflitos<sup>49</sup>.

Ainda que a classificação traga aspectos que caracterizam ao menos parcialmente o exercício da função administrativa, critica-se a adoção desse critério opondo-se o fato que os regulamentos e as instruções, que introduzem no sistema preceitos gerais e abstratos, e as decisões dos “tribunais administrativos”, que também resolvem controvérsias, não estão submetidos, respectivamente, a idêntico regime de formação e de produção de

reduzido ou nenhum controle tutelar, tais como os tribunais de contas, ministérios públicos, autoridades reguladoras, bancos centrais, entre outros (*Ibidem*, T. I, Cap. IX, p. 33-34). Tal situação, embora festejada pelo renomado autor portenho, merece apreciação crítica, pois esse caminho pode levar ao enfraquecimento da própria noção de separação de funções (e consequentemente de liberdade, como sintetizado por Montesquieu) *quando vier associada* à concentração de atividades administrativas, regulamentares e “quase-judiciais” num único órgão ou ente, especialmente em países em que os valores republicanos e democráticos são debutantes.

<sup>47</sup> Basta observar topograficamente a Constituição para verificar que um dos seus nove títulos (Título IV – arts. 44 a 135) foi dedicado exclusivamente à organização dos “Poderes” e contém capítulos específicos regulando o funcionamento de cada um dos “blocos orgânicos”.

<sup>48</sup> Cf. Odete Medauar, *Direito Administrativo moderno*, p. 45.

<sup>49</sup> Assim, para Miguel Seabra Fagundes “A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. Legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente), são três fases da atividade estatal, que se completam e a esgotam em extensão” (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 17). De rigor acentuar que o autor distingue a atividade jurisdicional da administrativa em razão: a) do momento do exercício (contencioso); b) do modo de alcançar a finalidade (interpretação definitiva do direito controvertido); c) da finalidade do exercício (trancamento da situação contenciosa) (*ibidem*, p. 24-28). Hely Lopes Meirelles menciona que o objeto do direito administrativo é regular os órgãos, agentes e atividades “*tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado*” (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 38, grifado no original). Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Administração Pública, em sentido material ou objetivo, pode ser conceituada como “atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve, sob regime jurídico de direito público, para a consecução dos interesses coletivos” (*Direito Administrativo*, p. 56, sem o grifo do original).

efeitos que as leis e as sentenças<sup>50</sup>. Por outro lado, caso se pretenda incluir a atividade regulamentar no âmbito da função administrativa, seria inadmissível caracterizá-la como atividade prática, concreta ou de imediata satisfação de interesses públicos. Do mesmo modo, abarcada a atividade dos tribunais administrativos, é inviável qualificá-la como atividade espontânea, parcial ou não contenciosa. Logo, para aceitação do critério ofertado, ter-se-ia que admitir que essas duas atividades não pertencem à função administrativa, o que torna o critério de duvidosa utilidade para a descrição e classificação dos fenômenos jurídicos. Além disso, há atividades estatais que não se enquadram com perfeição em categoria alguma sob o ângulo material, como é o caso do controle externo da atividade administrativa, exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio dos Tribunais de Contas<sup>51</sup>.

Outros autores, em razão da insuficiência dos critérios subjetivo e objetivo, conceituam função administrativa em sentido residual, definindo legislação e justiça mediante a conjugação das notas subjetiva e objetiva e alocando as demais atividades estatais no âmbito da função administrativa<sup>52</sup>. Esse critério também pode ser objeto de considerações críticas, por acabar abarcando no conceito de função administrativa atividades não submetidas a mesmo regime jurídico, assim a atividade formalmente legislativa (“lei em sentido formal”) e a atividade formalmente judicial (“jurisdição voluntária”). Cumpre salientar, todavia, que o critério proposto por seus idealizadores é coerente com a preocupação em manter a

---

50 Cf. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Cap. IX, p. 6) e Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 34-35. De um outro ângulo, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello discorre sobre a heterogeneidade de atividades realizadas no âmbito do exercício da “ação executiva” (Cf. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 34-38), o que também indica a dificuldade de caracterizá-la em substância.

<sup>51</sup> Esse aspecto é ressaltado por Marçal Justen Filho (Cf. *Curso de direito administrativo*, p. 27-30).

<sup>52</sup> No direito alemão, Otto Mayer, partindo de uma noção teleológica de Estado, pontua que *todas as funções estatais objetivam atingir um fim*, diferenciando-se pelas distintas maneiras em que servem a esse fim, bem como pela existência de certos *órgãos encarregados historicamente de fins específicos*. Assim, para Mayer, a função legislativa compreenderia o estabelecimento de preceitos gerais e obrigatórios pelo poder soberano (atividade *sobre* a ordem jurídica), desde que tenha havido concurso da vontade do corpo orgânico formado pelos representantes do povo (Parlamento). A função judicial, por sua vez, seria a atividade destinada à manutenção da ordem jurídica (atividade *para* a ordem jurídica), realizada pelos Tribunais encarregados de aplicar o direito. A partir dessa conjugação dos critérios objetivo e subjetivo, Otto Mayer define administração como “toda actividad del Estado, que no es legislación ni justicia” (*Derecho Administrativo Alemán*, T. 1, p. 10). Faz, todavia, o autor uma importante consideração: nem toda atividade que não é justiça ou legislação é administração. Nessa perspectiva, como a administração é considerada como uma atividade que se exerce *sob* a autoridade da ordem jurídica, o pensador alemão exclui do seu âmbito as atividades auxiliares do direito constitucional, as relações diplomáticas, a atividade de guerra, a adoção de medidas extraordinárias, e, por fim, algumas medidas individuais tomadas sob a forma de lei (*ibidem*, p. 11-14). É válido ressaltar que a expressão *sob a ordem jurídica* constitui um traço formal no conceito desenvolvido pelo autor, o que será ulteriormente ressaltado. Agustín Gordillo, embora tenha denominado seu critério de misto, também se utiliza, em última instância, de um critério residual, na medida em que define função legislativa e judicial e radica as demais funções estatais no âmbito da função administrativa (*Ibidem*, T. I, Cap. IX, p. 32). No Brasil, o critério residual é acolhido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 23).

integridade do princípio da separação de funções, demonstrando que estão atribuídas a órgãos específicos o exercício de *duas funções vitais* no Estado de Direito: a legislação e a jurisdição.

### 3.1. A função de governo

Antes de avaliar os conceitos de função administrativa sob o ângulo formal, é pertinente tecer algumas considerações sobre a função de governo, na medida em que alguns nela enxergam uma função autônoma, em ruptura com a visão tripartida de funções estatais.

De fato, é preciso ter cuidado com determinadas noções que de tão arraigadas na cultura dos povos ocidentais são tomadas como imanescentes à natureza das coisas. Assim é com a noção de separação tripartida de funções, que é uma concepção política de Estado, passível de acolhimento ou não por um determinado ordenamento, de modo que a *idéia* desenvolvida por Montesquieu deve ser analisada à luz do Direito positivo de cada país, no qual está delineado o inter-relacionamento entre os conjuntos orgânicos que compõe o Estado, as atividades que lhes são atribuídas e o regime jurídico aplicável<sup>53</sup>. Nessa perspectiva, embora largamente difundida, nem todos os autores aceitam a teoria da tríplice divisão de funções estatais para descrever o ordenamento jurídico<sup>54</sup>.

Vale destacar, em especial, que alguns estudiosos do direito continental europeu mencionam a existência de atos praticados no exercício de função de governo, qualificando-os como atos políticos, para caracterizar um conjunto de decisões *não submetidas a controle judicial*<sup>55</sup>. Com tal característica, todavia, no direito brasileiro é inadmissível essa categoria de função, pois, além de aqui imperar a unidade da jurisdição, encontra-se constitucionalmente vedado o afastamento do controle judicial em face de atos que causem lesão ou ameaça de lesão a interesses dos particulares (art. 5º, inciso XXXV, CF). Por essa razão, muitos autores pátrios sustentam que inexistente a função de governo no ordenamento nacional e preferem radicar as atividades de direção superior no âmbito da função administrativa ou numa ampla função governamental<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Cf. Francis P. Bénéoit, *Le Droit Administratif français*, p. 32-43.

<sup>54</sup> Cf. Hans Kelsen, *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 250; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de Direito Administrativo*, p. 49-53.

<sup>55</sup> Cf. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, v. 1, p. 8-9 e v. II, p. 1342-1344; Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, p. 28.

<sup>56</sup> Cf. Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 59-60; Odete Medauar, Ato de governo, *Boletim de Direito Administrativo*, Ano X – n. 01, p. 11. Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello nada “... justifica no Estado de Direito essa figura de atos de governo em oposição aos atos administrativos [...] Se violarem a lei e ofenderem

Todavia, não se pode desconhecer a existência de alguns atos que, apesar da ampla liberdade para o agente público escolher o caminho a ser seguido, independem de lei formal, pois encontram seu fundamento de validade diretamente em norma constitucional, tais como a iniciativa legislativa, o veto, a intervenção, o estado de sítio, bem como certas autorizações de incumbência do Poder Legislativo<sup>57</sup>. Sendo assim, é necessário avaliar a *conveniência* de radicar os atos de governo num campo próprio, dado o grau de abertura política com que são editados e seu fundamento eminentemente constitucional.

### 3.2. O conceito de função administrativa como problema metodológico

Como salientado, é possível distinguir as funções estatais por um prisma eminentemente jurídico, por meio de características contidas no ordenamento que venham a delimitar um regime relativamente homogêneo.

Nessa perspectiva, merece destaque a contribuição de Otto Mayer, pois o autor, embora tenha definido função administrativa em sentido residual, ao apresentar um conceito de administração em sentido positivo, teve o mérito de ancorá-lo em um critério eminentemente jurídico para distingui-lo das demais funções estatais ao afirmar tratar-se da “... *actividad del Estado para realizar sus fines, bajo su orden jurídico*”<sup>58</sup>.

De modo crítico, Miguel Seabra Fagundes censura a utilização da expressão “debaixo duma ordem jurídica” para caracterizar o exercício de função administrativa por entendê-la comum às outras funções, pois todas estão vinculadas à ordem constitucional. Reconhece Seabra Fagundes, todavia, que a função legislativa cria o direito positivo e permanece acima dele<sup>59</sup>.

Aceita essa última consideração, a nota sugerida por Mayer pode ser acolhida como um aspecto diferenciador do exercício de função administrativa de outras funções, visto que está presente no direito brasileiro em relação a uma parcela considerável de atividades

direitos de terceiros ou lhe causarem danos, cumpre estejam sujeitos à apreciação do Judiciário” (*Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 480).

<sup>57</sup> Hely Lopes Meirelles distingue Administração e Governo e salienta que este é “... expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente. O Governo atua mediante atos de Soberania ou, pelo menos, de autonomia política na condução dos negócios públicos” (*Direito Administrativo Brasileiro*, p. 63). Celso Antônio Bandeira de Mello admite a existência de atos de governo, enquadrando-os como decisões eminentemente políticas, mas ressalva que não estão subtraídos do controle judicial (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 36-37).

<sup>58</sup> *Derecho Administrativo Alemán*, T. I, p. 15, grifado no original.

<sup>59</sup> Cf. *O contrôlo dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 22.

estatais (art. 5º, inciso II, art. 37, “caput” e art. 84, inciso IV, CF), *desde que* se admita a existência da função de governo, a ela reservando parcela das ações estatais realizadas com fundamento direto na Constituição<sup>60</sup>, ainda que o regime dos atos editados nesse último âmbito possua similaridade com os editados no exercício de função administrativa, consoante corretamente adverte Regis Fernandes de Oliveira<sup>61</sup>.

O intento de definir as funções estatais a partir de uma ótica eminentemente jurídica foi percorrido na Itália por Renato Alessi<sup>62</sup>. Para o autor, a atividade legislativa seria a emanção de atos de produção jurídica primariamente inovadores com fundamento direto na soberania, através dos quais o Estado regularia relações permanecendo acima e a margem das mesmas. A atividade de jurisdição consistiria na emanção de atos de produção jurídica subsidiários aos atos primários, por intermédio dos quais o Estado certificaria a ocorrência de fatos e promoveria a atuação coativa dos atos primários. No exercício dessa função, o Estado permaneceria acima das relações aos quais os atos se referem e não teria a qualidade de parte. Por fim, a atividade administrativa seria a emanção de atos de produção jurídica complementares aos atos primários, em atuação concreta destes. No exercício de função administrativa, o Estado assumiria a posição de parte das relações aos quais os atos se referem, mas com uma qualidade especial que a diferenciaria das relações privadas, ante sua *posição de superioridade*, em razão do poder de interferir mediante comandos unilaterais fora de sua própria esfera jurídica, de modo que as relações estariam postas num *plano vertical*. Ressalva Alessi, todavia, que devem ser excluídas do conceito de função administrativa as atividades de direção suprema e geral do Estado, que determinam os fins da atuação estatal e fixam suas diretrizes (função de governo).

---

<sup>60</sup> Ou, como propõe Antônio Carlos Cintra do Amaral, desde que seja isolada essa categoria numa função superior à função administrativa. Com efeito, seguindo Kelsen, o autor sustenta que as funções jurídicas são criar, aplicar e observar o Direito. A criação e aplicação são, porém, atividades coincidentes, salvo nos dois extremos da pirâmide jurídica (criação da Constituição e execução coercitiva da sanção); observar o direito, outrossim, leciona o autor, é cumprir o dever jurídico, evitando a sanção. Para Cintra do Amaral, há três funções estatais: a) função primária ou constituinte (produção de normas constitucionais – exclusiva do Poder Legislativo); b) função secundária ou legislativa (produção de normas legais); c) função terciária (produção das normas de hierarquia inferior). O autor divide a função terciária, *por questões metodológicas*, de acordo com as características das normas que produzem em: a) administrativa (normas passíveis de revisão e destinadas, em regra, à realização dos deveres jurídicos) e b) jurisdicional (normas definitivas que se destinam, em regra, à atuação da sanção), essa exclusiva do Poder Judiciário. A função secundária e a administrativa (parcela da função terciária), nessa classificação, são exercidas por todos os “Poderes” (*Teoria do ato administrativo*, p. 40-42). Interessante salientar que, na categorização de Cintra do Amaral, a função legislativa é superior à função administrativa, bem como que diverge da função jurisdicional em razão da qualidade de seus atos.

<sup>61</sup> Regis de Oliveira acompanha Dromi e entende que os atos políticos devem ser incluídos no conceito de função administrativa, pois existiria apenas uma *diferença de grau* entre eles e os demais atos editados no exercício dessa função (Cf. *Ato administrativo*, p. 38 e 157-183).

<sup>62</sup> Cf. *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 3-6.

Do primoroso trabalho de Alessi deve-se destacar o caráter subordinado da função administrativa tanto em relação à função legislativa quanto em face da função de governo e a ênfase à posição diferenciada em que se encontra a Administração Pública, isto é, ao conjunto de prerrogativas de que, em regra, está investida para a realização dos fins que lhe são adjudicados pelo ordenamento. Todavia, não é tranquilo aceitar que o Estado *sempre* é parte de uma relação quando está no exercício da função administrativa, pois a atividade regulamentar, ou seja, a produção de atos abstratos complementares aos atos primariamente inovadores é exercida, na classificação proposta pelo autor, no âmbito de função administrativa sem que se possa reconhecer nela a qualidade de parte, ao menos não com uma diferente condição da que possui quando edita atos no exercício da função legislativa<sup>63</sup>.

Adolfo Merkl, por sua vez, com base no pensamento kelseniano, adota como critério de distinção da função legislativa das demais funções estatais o caráter de imediação da execução da constituição. Assim, a função administrativa e a jurisdicional seriam atividades sublegais e só mediatamente executariam preceitos constitucionais. A distinção entre elas estaria na natureza hierarquizada da primeira (administrativa), que conteria também relações de subordinação, enquanto a segunda (jurisdicional) seria desenvolvida por relações orgânicas de estrita coordenação. Nas palavras do autor:

... en la *justicia* domina absoluta *coordinación* de órganos, en la *administración*, junto a la *coordinación*, existe *subordinación*. La *organización de justicia* es un *complejo orgánico* que se caracteriza por la *coordinación*, la *organización administrativa*, una jerarquía orgánica que se señala por la *subordinación*.<sup>64</sup>

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello critica a adoção dessa nota, pois sustenta que a hierarquização dos órgãos administrativos não constitui regra absoluta<sup>65</sup>. Todavia, ainda que sua conformação seja suavizada e restringida em alguns momentos, pensamos ser correto afirmar que, do ponto de vista do relacionamento interno, a característica hierarquizada é típica do exercício da função administrativa no ordenamento brasileiro, pois aos órgãos superiores compete disciplinar seu exercício, mediante mandamentos que devem ser

---

<sup>63</sup> A qualidade de parte nas relações jurídicas estabelecidas com os particulares é também salientada por Marcello Caetano, para quem enquanto a imparcialidade e a passividade são características da via jurisdicional, a parcialidade e a iniciativa são características da via administrativa (Cf. *Manual de Direito Administrativo*, v. I, p. 13). No Brasil, a qualidade de parte no exercício de função administrativa é ressaltada por Regis Fernandes de Oliveira (Cf. *Ato administrativo*, p. 33-34).

<sup>64</sup> *Teoría general del Derecho Administrativo*, p. 52, grifado no original.

<sup>65</sup> Cf. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. 1, p. 170.

obedecidos pelos órgãos inferiores e pelos agentes subordinados (art. 84, inciso II, e art. 87, inciso I, CF)<sup>66</sup>.

De outro lado, além de não possuir estrutura hierarquizada, característica da função administrativa, deve-se ressaltar que os atos praticados no exercício de função judicial possuem qualidades, fins e atuam em momentos diversos, como bem ressaltaram entre nós Miguel Seabra Fagundes e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>67</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello, a partir de uma perspectiva formal e focado no ordenamento brasileiro, define função administrativa como aquela:

que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais*, ou excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a *controle de legalidade pelo Poder Judiciário*<sup>68</sup>.

Nesse enunciado podem ser identificadas quatro notas que caracterizariam o exercício de função administrativa no ordenamento jurídico nacional, quais sejam: a) a natureza estatal da atividade, ainda quando exercitada por particulares em seu nome; b) a estruturação e o regime hierarquizados; c) a subordinação à lei e à Constituição e, ainda, d) a submissão a controle de legalidade no âmbito judicial.

Tais marcas distintivas têm o mérito de demarcar o campo do exercício de função administrativa no direito brasileiro através de notas objetivas extraídas do sistema vigente e permitem aglutinar um conjunto de atividades estatais submetidas a um *regime*

---

<sup>66</sup> Sobre a característica hierarquizada do Poder Executivo, confirmam-se as lições de Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 117-120 e de Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 53-55.

<sup>67</sup> Embora Oswaldo Aranha Bandeira de Mello tenha optado por utilizar um critério teleológico para classificar as funções estatais, o autor dedicou algumas páginas de seus estudos para abordar o valor formal dos atos jurídicos estatais. Nessa perspectiva, lecionou que a lei possui o valor inovar a ordem jurídica *primariamente*, obrigando seu cumprimento e impondo-se preferencialmente aos atos de idêntica estatura ou inferiores, independentemente de regra anterior, limitada tão-somente pelas regras constitucionais. A sentença, por sua vez, estabelece decisão definitiva em face de uma controvérsia (“coisa julgada”). Os atos executivos seriam realizações concretas da lei e possuiriam como característica formal a presunção de verdade e a possibilidade de serem auto-executados (força jurídica de autotutela) (*Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 48-49). Merece destaque também os ensinamentos sempre estimulantes de Miguel Seabra Fagundes que procurou acentuar as diferenças entre a função administrativa e a judicial destacando que ambas buscam individualizar as leis, mas que diferem quanto ao momento do seu exercício (atuação de ofício x atuação contenciosa), à finalidade (realização do direito x trancamento de uma situação contenciosa) e ao modo de alcançá-la (individualização da regra legal x interpretação definitiva do direito controvertido) (Cf. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 20-30).

<sup>68</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 36, grifado no original. Regis Fernandes de Oliveira também acolhe o critério formal, mas apresenta um conceito mais amplo, pois nele abarca também os atos de governo: “atividade exercida pelo Estado ou por quem faça suas vezes, como parte interessada em relação jurídica estabelecida sob a lei ou diretamente realizada através de decretos expedidos por autorização constitucional, para a execução das finalidades estabelecidas no ordenamento jurídico” (*Ato administrativo*, p. 45, grifado no original).

*jurídico homogêneo*. Acolhendo esses signos, pensamos que é desnecessário apresentar uma enunciação singular e que é mais útil apontar características marcantes do exercício dessa função estatal e apreciar o núcleo do seu regime, na medida em que tais considerações permitam ulteriores incursões sobre aspectos da extinção do ato administrativo.

#### 4. Função administrativa e demais funções estatais

Embora distintas cientificamente, as funções estatais estão inter-relacionadas, razão pela qual não é cabível cogitá-las como atividades autossuficientes ou estanques, de modo que é pertinente observá-las umas em face das outras.

Nessa perspectiva, é possível afirmar que a função administrativa é *posterior e complementar* à função legislativa. Posterior porque dependente de ação normativa que lhe institua, de modo que não pode ser exercitada contra ou sem que exista norma superior que a autorize; complementar porque preenche aspectos não previstos pela ação normativa primária, donde decorre seu caráter de inovação derivada<sup>69</sup>.

Função administrativa e função judicial são atividades complementares às demais funções estatais e estão subordinadas à lei e à Constituição. O que as diferencia, além do modo de estruturação interna, é a força jurídica de seus atos. Com efeito, embora os administrados estejam obrigados a respeitar e podem usufruir os efeitos de atos praticados no exercício da função administrativa, que, em regra, presumem-se legítimos, tais comandos são passíveis de rediscussão, pois podem ter seus efeitos ordinariamente ceifados, por meio de mecanismos de controle interno (poder de autotutela e direito de petição – art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, CF) e externo (direito de ação – art. 5º, inciso XXXV, CF)<sup>70</sup>. Ao revés, a

---

<sup>69</sup> Renato Alessi expressou essa relação de subordinação com absoluta precisão ao afirmar que “[...] tale subordinazione che concreta il principio della necessaria *legalità* dell’attività amministrativa, va intesa anzitutto *in senso negativo*: vale a dire nel senso che l’attività amministrativa trova un limite formalmente insuperabile nella legge, la quale può porre divieti a determinate attività, tanto per quello che concerne le *finalità* da raggiungere, quanto per quello che riguarda i mezzi e le *forme* da seguirsi a tale scopo; va intesa, inoltre e soprattutto, *in senso positivo*: e questo non soltanto nel senso che la legge può vincolare positivamente l’attività amministrativa a determinate finalità od a determinati mezzi o determinate forme, ma altresì nel senso che, como meglio si vedrà a suo tempo, l’amministrazione, particolarmente per quanto concerne l’attività di carattere giuridico, può fare soltanto *ciò che la legge consente*” (*Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 9, grifado no original). Michel Stassinopoulos aponta a subordinação dos órgãos administrativos à lei nos seguintes termos: “[...] Il en résulte que les organes administratifs, obligés en raison de leur compétence d’appliquer la loi, ne sauraient agir contra legem ni praeter legem mais toujours secundum legem, c’est à-dire conformément à la loi et dans le cadre de celle-ci” (*Traité des actes administratifs*, p. 18-19). No mesmo sentido: Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 86.

<sup>70</sup> Cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de Direito Administrativo*, p. 49. Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Teoria do ato administrativo*, p. 40-41.

característica do exercício da função judicial é a qualidade de um dos efeitos da sentença judicial, qual seja, a imutabilidade, que tem o condão de trancar situações contenciosas e reintegrar em definitivo a ordem jurídica, quando o ato não é impugnado no tempo e modo adequados (art. 5º, inciso XXXVI, “in fine”, CF e art. 467, CPC). Além disso, na função judicial inexistem hierarquia, isto é, não se admite a expedição de mandamentos *jurisdicionais* aos órgãos inferiores. Por fim, a função administrativa está subordinada à função judicial, que sobre ela exerce pleno controle de legitimidade.

A função administrativa também está submetida à função de governo, pois os atos concretos praticados com fundamento direto na Constituição podem determinar, condicionar ou controlar seu exercício.

É importante ainda ressaltar que hodiernamente os sistemas jurídicos preveem instrumentos de participação dos administrados na gestão e controle da coisa pública, tais como o direito de petição, a participação no processo administrativo, a ação popular, manifestações em audiências públicas, participação em conselhos etc<sup>71</sup>.

Concluimos, pois, que o exercício de função administrativa, pelo seu caráter realizador dos fins estatais, consiste em *atividade amplamente controlada*.

##### 5. O exercício de função administrativa e seu regime jurídico

A par dessas características, importa destacar que a fisionomia do regime jurídico-administrativo, que condiciona o exercício de função administrativa e forma um sistema próprio, está, no regime brasileiro, demarcada na própria Constituição, na qual estão inseridas normas que delimitam a atuação estatal realizada nesse campo, bem como os fins últimos que deve buscar.

Celso Antônio Bandeira de Mello descreve esse regime a partir de princípios, ou seja, dos seus mandamentos nucleares, dos seus alicerces, de normas fundamentais que lhe dão conteúdo harmônico e que definem sua lógica e racionalidade<sup>72</sup> e investiga, a partir daí, subprincípios decorrentes.

---

<sup>71</sup> No ordenamento nacional, além dos instrumentos judiciais postos à disposição do particular, a Lei nº 9.784/99 regulou os institutos da consulta (art. 31) e da audiência pública (art. 32) no âmbito do processo administrativo previamente à tomada de decisão em questões de relevância ou de interesse geral.

<sup>72</sup> Para o autor, princípio é “... mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo,

Para o autor, a noção de função, essencial no âmbito do direito público, como dantes salientado, organiza-se em torno da idéia de *dever de concretizar uma finalidade*, a partir de poderes instrumentais a serem usados na medida do necessário e indispensável para seu desiderato. Tais fins consubstanciam-se naqueles interesses normativamente caracterizados como pertinentes à sociedade e não aos particulares singularmente considerados. A partir dessa premissa, conclui que, do ponto de vista jurídico, o regime jurídico administrativo seria composto de dois princípios básicos, quais sejam, o da *supremacia do interesse público sobre o interesse privado* e o da *indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos*<sup>73</sup>.

Importa destacar que a noção organizadora desses dois princípios está delineada na concepção de interesse público. Para o autor, a estrutura do interesse público não se contrapõe aos interesses individuais, já que consiste numa categoria lógico-jurídica que expressa o conjunto formado a partir da projeção “*dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*”<sup>74</sup>. Desse modo, a feição do interesse público não possui um conteúdo metajurídico, pois sua conformação depende da qualificação atribuída pelo próprio ordenamento, isto é, “quem a faz é a Constituição e, partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido”<sup>75</sup>. A partir desse enfoque, podem ser extraídas duas consequências da maior relevância: o fato de algo ser qualificado como

---

conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 53). O termo princípio tem sido utilizado no discurso jurídico com diversos significados, nem sempre idênticos e nem sempre compatíveis entre si (Cf. Ruy Samuel Espínola, *Conceito de princípios constitucionais*, especialmente p. 105-169). Humberto Ávila, por sua vez, menciona que a distinção entre princípio e regra é problemática e sustenta que o mesmo texto normativo pode ser apresentado ora como regra e ora como princípio, indicando que o critério distintivo é sua função no sistema (Cf. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 41 e 78). Já Dimitri Dimoulis nega a própria possibilidade de se distinguir regra e princípio (Cf. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*, p. 101). Não caberia neste estudo um aprofundamento da problemática, mas impõe-se salientar que, mais que buscar o conceito “verdadeiro” de princípio, é necessário empregá-lo de modo coerente.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 54-55. Ressalta o autor que esses termos correspondem ao binômio “prerrogativas da Administração – direito dos administrados”, expresso por Fernando Garrido Falla, cuja conformação não possuiria um valor intrínseco, imutável ou perene, mas sim aquele que for extraível do ordenamento jurídico (*ibidem*, p. 56). Maria Sylvania Zanella Di Pietro refere-se ao regime jurídico administrativo como um conjunto de prerrogativas e restrições que governam o exercício da atividade administrativa (Cf. *Direito Administrativo*, p. 58-61).

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 61, grifado no original.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 68.

público não impede que seja defendido por particulares, nem o faz confundir com o interesse meramente estatal<sup>76</sup>.

A supremacia do interesse público sobre o privado está contida implicitamente no ordenamento jurídico<sup>77</sup>, pois reflete uma *necessidade de estabilidade social* e se revela, no âmbito administrativo, pela *posição privilegiada* que possui o órgão incumbido de zelar pelo interesse público e de expressá-lo nas relações com os particulares em prazos próprios e por meio de atos dotados de presunção de veracidade e legitimidade, e pela *posição de autoridade*, de comando relativamente aos particulares, que pode constituirlos em obrigações por meio de ato unilateral, modificá-las unilateralmente, exigi-las e, ainda, muitas vezes, executá-las diretamente sem auxílio do Poder Judiciário. A utilização dos poderes adjudicados pelo ordenamento, todavia, é meramente instrumental e somente se legitima para a satisfação de finalidades públicas, de modo que está vedado seu emprego com fins diversos, sejam conveniências dos órgãos governamentais ou de seus agentes, aspecto que demanda uma ruptura com a cultura patrimonialista, ainda impregnada no país, em favor da valorização dos interesses da coletividade, da cidadania e dos direitos fundamentais<sup>78</sup>.

O segundo termo do binômio, a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, expressa que eles “não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis”<sup>79</sup>. À Administração cumpre realizar o interesse público, no modo e na conformidade da Constituição e das leis, sem que possa dele se afastar, o que implica em reconhecer uma série de *limitações ao exercício da função administrativa*, consubstanciadas em um conjunto de princípios inter-relacionados e de obrigatória observância<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> Para o autor, interesse público propriamente dito é somente o interesse da coletividade. O mero interesse estatal, *como pessoa jurídica*, não é interesse público e só pode ser buscado na medida em que não se choque com o interesse público e coincida com a realização deles (*Curso de Direito Administrativo*, p. 66). Sobre a distinção entre interesse público e interesse secundário na doutrina italiana, confira-se Renato Alessi, *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 197-198.

<sup>77</sup> O mandamento de observância do princípio do interesse público encontra-se expresso na Constituição do Estado de São Paulo (art. 111) e na lei federal de processo administrativo (art. 2º da Lei Federal nº 9.784/99).

<sup>78</sup> Cf. *Ibidem*, p. 71. Duas observações são importantes para clarear o pensamento do autor: a primeira é que esses poderes estão conformados pelo ordenamento jurídico, de modo que devem ser investigados seus limites e condições; a segunda consideração é que nem sempre o Estado exerce função administrativa contando com todo esse arsenal, pois há domínios em que realiza suas atividades em regime de igualdade com os particulares, ainda que sujeito a uma série de limitações (Cf. *Ibidem*, p. 73).

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 74.

<sup>80</sup> O tema dos princípios do regime administrativo é tratado com extensão na doutrina brasileira: Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 85-100; Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 6-25; Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, p. 42-65; Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Curso de Direito Administrativo*, p. 61-81; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, p. 83-120.

Alguns autores criticam a noção de interesse público como categoria aglutinadora do Direito Administrativo, pois salientam que o termo não possui um conteúdo próprio, nem expressa a heterogeneidade de interesses existentes na Sociedade<sup>81</sup>.

A crítica, todavia, nos parece insuficiente para desqualificar o conceito, tendo em vista que a noção não expressa um conteúdo *a priori*, isto é, não possui nenhuma carga metajurídica, nem nega a existência de interesses conflitantes na Sociedade ou mesmo protegidos e amparados pelo ordenamento, a serem avaliados e compatibilizados no caso concreto, quando assim se fizer necessário, por quem seja competente para tanto, observado o dever de boa administração.

Nesse sentido, consoante pondera Renato Alessi, a feição do interesse público que autoriza uma ação administrativa pressupõe prévia conformação legal:

... l'amministrazione potrà bensì far prevalere coattivamente gli interessi pubblici (dei quali essa ha la cura) sugli antitetici interessi individuali, ma *soltanto allorchè si tratti di interessi la cui prevalenza sia stata in astratto già preventivamente disposta da un atto primario legislativo* la cui applicazione concreta presuponga appunto un futuro atto concreto da parte dell'amministrazione (*principio di legalità*)<sup>82</sup>.

Importa enfatizar, conforme sustenta Maria Sylvia Zanela Di Pietro, que

O princípio da supremacia do interesse público não coloca em risco os direitos individuais, porque tem que ser aplicado em consonância com os princípios todos que informam o direito administrativo, como os da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros consagrados no ordenamento jurídico<sup>83</sup>.

Ademais, o conceito revela-se extremamente útil, na medida em que, se reconhecermos que a persecução do interesse público é um dever para o agente público, de modo que os instrumentos que dispõe somente podem ser utilizados para esse fim, e se a isso conectamos que seu conteúdo está parcialmente delimitado no sistema normativo, e o será ainda mais perante o caso concreto, fica aberta uma ampla possibilidade de controle da ação estatal administrativa, por meio da apreciação de sua legitimidade, sob o ponto de vista material.

---

<sup>81</sup> Cf. Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, p. 58-61. O autor propõe substituir a expressão pela “supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais” (*ibidem*, p. 64). Faz-se necessário ressaltar que a preocupação do autor é separar o interesse público (coletivo, como prefere cunhar) daquele expresso pelos que exercem função pública, o que parece perfeitamente compatível com a noção sustentada pela doutrina que distingue o interesse meramente estatal do interesse público primário.

<sup>82</sup> *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 195, grifo nosso.

<sup>83</sup> *Direito Administrativo*, p. 37.

### 6. *Função administrativa: notas peculiares*

Em remate, é pertinente catalogar notas jurídicas que determinam o caráter do exercício de função administrativa no direito brasileiro.

Do ponto de vista objetivo, função administrativa pode ser caracterizada como atividade estatal que se desenvolve mediante comportamentos *complementares à lei* e excepcionalmente diretamente complementares à Constituição, quando no exercício de atividade vinculada, o que evidencia a *força e a singularidade do princípio da legalidade* no direito brasileiro, sem prejuízo do reconhecimento da vinculação da Administração Pública a todo ordenamento jurídico, inclusive aos atos por ela editados.

Do ponto de vista material, o exercício de função administrativa tem por objeto atividades heterogêneas, que envolvem o exercício de diferentes tipos de comportamentos estatais, que objetivam a satisfação de uma infinidade de interesses da coletividade e que dão ensejo a múltiplas situações jurídicas em face dos particulares.

No plano subjetivo e interno, função administrativa expressa uma atividade de titularidade do Estado, típica do Poder Executivo, estruturada hierarquicamente e cujo exercício pode ser transferido a particulares, em certas hipóteses, sempre com base na lei.

Numa perspectiva teleológica, o exercício de função administrativa é a expressão de um *dever orientado à realização de fins públicos* - indisponibilidade do interesse público. Por ser expressão do interesse da coletividade, o exercício de função administrativa é, em regra, desempenhado com base numa posição de superioridade em face dos particulares - supremacia do interesse público, consistente em um conjunto de prerrogativas previstas no ordenamento em favor da Administração Pública, em grau maior ou menor conforme o caso, inexistentes no âmbito do direito privado.

Sob o ângulo exterior, função administrativa é atividade subordinada à função legislativa e submetida a controle pelas funções judicial e de governo.

Delimitado o domínio do exercício de função administrativa, incumbe conectá-lo ao da edição de atos administrativos, para ulteriormente avaliar a possibilidade da imposição de medidas unilaterais com eficácia extintiva sobre efeitos de tais atos, em razão de condutas ilícitas perpetradas pelos destinatários.

### CAPÍTULO III

#### O ATO ADMINISTRATIVO E SUA ESTRUTURA

Antes de cuidar da extinção do ato administrativo, cumpre apontar aspectos que o caracterizam e o individualizam em relação aos demais comportamentos estatais. Delimitado o raio de alcance do conceito de ato administrativo, é relevante compreender sua estrutura, em termos do conjunto de fatores que devem ser observados para sua hígida formação, a fim de que possamos avaliar ulteriormente os *limites* para edição de atos com eficácia extintiva, especialmente da espécie em foco.

##### *1. Ato administrativo: origem e divergências conceituais*

Em matéria de ato administrativo, vale inicialmente lembrar, na esteira da lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que a expressão tem origem no direito francês pós-revolucionário, que, por injunções políticas, excluiu da apreciação dos Tribunais Judiciários algumas operações dos corpos administrativos<sup>84</sup>.

O termo, embora tenha se espalhado pela doutrina e pelos ordenamentos jurídicos dos países de tradição romano-germânica, não possui, todavia, um significado constante e preciso, razão pela qual torna-se necessário mencionar que não há uniformidade sobre o exato contorno dessa realidade<sup>85</sup>. Em verdade, por ser um conceito teórico, não existe uma definição verdadeira ou correta do que seja ato administrativo, de modo que são legítimas as diversas tentativas dos doutrinadores em caracterizá-lo, a partir de seus referenciais<sup>86</sup>. As conceituações propostas, todavia, devem ser avaliadas à luz de critérios de

---

<sup>84</sup> Cf. *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, p. 474-475. Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, p. 151.

<sup>85</sup> Nesse sentido: Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, v. I, p. 427-428. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 180-185. Segundo Ernst Forsthoff, a variedade de conteúdos imputados explica-se porque o conceito de ato administrativo é empírico e tem origem primordial na ciência, com função heurística e metodológica, pois expressa um determinado fim que deve cumprir no sistema jurídico-administrativo (Cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 280).

<sup>86</sup> Sobre o tema, Agustín Gordillo tece considerações precisas: “... las palabras y clasificaciones y las consecuentes definiciones, carecen de un valor dogmático de verdad o falsedad que pueda determinarse apriorísticamente. Hemos expresado también que interesa en primer lugar analizar la realidad que el mundo nos presenta, para determinar luego, en función de sus características, como es más conveniente llamarla, clasificarla y definirla. La búsqueda de la definición de acto administrativo no es una búsqueda de esencias: debe estudiarse el fenómeno administrativo buscando *una clasificación* que lo sistematice y explique adecuadamente” (*Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Cap. I, p. 1, grifado no original).

serventia, acolhendo-se a que melhor seja capaz de delimitar o objeto em estudo, separando-o de outras realidades em face da multiplicidade de regimes jurídicos aplicáveis, visto que a “... *utilidade* destas ‘sínteses’, denominadas *conceitos jurídicos*, reside em que estratificam um ponto de referibilidade de *normas, de efeitos de direito*”<sup>87</sup>.

Para individualizar as funções estatais compreendidas no conceito de ato administrativo, é possível levantar diversos questionamentos, tais como: a) O que é o ato administrativo? Como categorizá-lo no âmbito da teoria geral do Direito? Qual nota permite individualizá-lo? Os conceitos fornecidos pelo Direito Privado são suficientes para explicá-lo? b) Quem o produz? Ou seja, quem são os sujeitos que o editam? Qual órgão estatal controla sua edição? É um ato do Estado? Todos os órgãos estatais o editam? O particular também edita atos administrativos? Em caso positivo, em que condições? c) Com qual fundamento ele é editado? É um direito? É um poder? É uma faculdade? É um poder individual idêntico ao reconhecido pelo ordenamento ao particular para livremente limitar sua esfera jurídica? No relacionamento com terceiros, qual é a posição assumida pelo editor? d) Com quais fins é editado? Que consequências produz? São estritamente jurídicas? São diretas e imediatas em relação aos destinatários?

Os questionamentos acima estão respondidos pelos doutrinadores de variadas formas, cada qual salientando características do ato administrativo que reputa de maior relevância, observado o ordenamento jurídico em exame<sup>88</sup>. Desta forma, assim como em relação à conceituação de função administrativa, diversos critérios são utilizados pelos autores para isolar as características do ato administrativo.

O critério subjetivo é limitado, pois com ele é possível acolher apenas que se trata de um ato imputável ao Estado ou, de modo mais restrito, à Administração Pública, mas não é possível avançar além disso, pois não seria razoável definir ato administrativo a partir dos órgãos estatais que os produzem, na medida em que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário também exercem função administrativa, bem como os próprios particulares em regime de colaboração com o Estado (p. ex., delegação, convênio etc.). Fora desse último

---

<sup>87</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 378, grifado no original.

<sup>88</sup> José Cretella Júnior oferece extensa visão panorâmica sobre as diversas conceituações propostas na doutrina estrangeira e nacional (Cf. *Tratado de Direito Administrativo*, v. II, p. 13-33 e 39-41).

âmbito, há relativa unanimidade em afirmar que o particular não edita atos administrativos quando se relaciona com a Administração Pública<sup>89</sup>.

A concepção objetivo-material, por sua vez, define ato administrativo salientando aspectos substanciais inerentes à atividade exercida, tais como unilateralidade, individualidade, concreção, parcialidade e subordinação. Não se diga, de plano, que tais notas seriam inúteis para caracterizar o fenômeno, mas é necessário que haja correspondência delas com o ordenamento jurídico, o que não pode ser afirmado *a priori*, mas somente após análise do direito vigente.

Acolhendo-se o critério formal de distinção, o contorno do ato administrativo deve estar de acordo com notas objetivas extraídas da realidade jurídica, suficientes para distingui-lo das demais espécies de comportamentos imputáveis ao Estado, segundo a pertinência a um regime jurídico uniforme.

## 2. Ato administrativo e função administrativa

Para separar os atos administrativos em face da multiplicidade de atos estatais, alguns autores propõem interligar o conceito de ato administrativo ao exercício de função administrativa, para com isso excluir da esfera de cogitação as manifestações veiculadas no exercício das demais funções<sup>90</sup>.

Nessa perspectiva, Agustín Gordillo salienta que é preferível “armonizar las nociones de función administrativa y acto administrativo, para que cumplan [...] su función

---

<sup>89</sup> Cf. Ernst Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 281-282. Num sentido mais amplo, Marçal Justen Filho, a partir de uma visão institucionalista, reconhece e propugna a existência de função administrativa não governamental (“atuação não estatal de interesse coletivo”) e sustenta não haver monopólio estatal no exercício de função administrativa. Por consequência, sua definição de ato administrativo não exclui a prática de atos administrativos por particulares no exercício de função administrativa não governamental (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 38, 261 e 264). Num outro enfoque, mas com preocupações semelhantes, confira-se Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Cap. I, p. 23-29. A nosso ver, o posicionamento dos eminentes juristas não pode ser acolhido integralmente, pois funde a titularidade da função administrativa com o seu exercício. É fato que o particular pode executar funções administrativas em regime de colaboração com Estado, oportunidade em que realiza tarefas de interesse coletivo em nome deste, mantida a *titularidade* estatal da função. Fora disso, o particular, quando age com fins de interesse coletivo, atua em nome próprio, a partir de seu poder individual e, portanto, porque *livremente eleger esses fins*; dito de outro modo, o particular não possui *dever legal de agir*, mas liberdade de agir, conformada esta, evidentemente, pelo ordenamento jurídico. De qualquer modo, a preocupação subjacente ao pensamento dos autores merece ser destacada, pois é de rigor que se compreenda o regime jurídico aplicável à chamada “esfera pública não estatal” a que se referem, especialmente a vista do seu crescimento no mundo hodierno.

<sup>90</sup> Marçal Justen Filho sustenta ser mesmo *impossível* definir ato administrativo dispensando o conceito de função administrativa, uma vez que este é *logicamente anterior*, com o que estamos plenamente de acordo (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 264). Antônio Carlos Cintra do Amaral também utiliza a noção de função administrativa para conceituar ato administrativo (*Teoria do ato administrativo*, p. 30).

explicativa de esta parte del sistema jurídico administrativo”<sup>91</sup>. Evidentemente, tal aproximação pressupõe razoável compreensão do que se entenda por função administrativa, o que justifica o desenvolvimento anterior do tema.

Partindo-se da caracterização de função administrativa acima exposta (v. *supra* Capítulo II – item 6), pode-se afirmar que o ato administrativo é um comportamento imputável ao Estado, ainda que editado por terceiros em seu nome, complementar à lei, e, portanto, que *não inova originariamente a ordem jurídica*, produzido em uma estrutura hierarquizada e, no direito brasileiro, subordinado a amplo controle, especialmente judicial. Além disso, constitui, no plano teleológico, expressão de um dever orientado à concretização dos interesses constitucionalmente delimitados e legalmente estabelecidos (interesse público primário) e que não se confundem com os interesses da pessoa jurídica (mero interesse estatal).

Frise-se que, nessa perspectiva, mantêm-se abarcados pelo conceito os atos praticados no exercício de função administrativa pelos particulares em colaboração com o Estado, bem como os editados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, quando no exercício de função administrativa. Em suma, por meio da distinção, apartam-se os atos administrativos dos atos dos particulares e das demais categorias de atos estatais exercitados em outros domínios (judiciais, legislativos e de governo).

É necessário, pois, individualizar os atos administrativos dentre a multiplicidade de comportamentos estatais praticados no exercício de função administrativa.

### *3. Ato administrativo como espécie de ato jurídico*

Para enquadrar o ato administrativo em categorias genéricas construídas pela Ciência do Direito, é válido recorrer aos conceitos de fato jurídico, ato jurídico e de negócio jurídico.

#### *3.1. Fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico*

Da teoria geral do direito, pode-se recordar que toda pessoa, ainda que não tenha consciência desse estado, seja ela natural ou ideal, observada sob o ângulo do

---

<sup>91</sup> *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Cap. I, p. 10.

ordenamento, possui uma esfera jurídica, ou seja, um feixe de direitos, poderes, deveres e obrigações, que são exercitados em face das demais pessoas<sup>92</sup>.

Os fatos que o Direito elegeu, por meio da imputação de efeitos jurídicos em razão da sua ocorrência, como suficientes para interferir, de qualquer modo, nessa esfera jurídica recebem o adjetivo de jurídico<sup>93</sup>. O termo jurídico, portanto, é uma qualidade dada aos fatos pelo ordenamento, que lhes confere um significado específico nesse plano<sup>94</sup>.

Nesse caminho, Agustín Gordillo menciona que é possível distinguir, na complexidade de comportamentos atinentes ao exercício de função administrativa, quatro categorias básicas, distinguindo-se atos e fatos e, em relação a cada um desses, em atividade produtora e não produtora de efeitos jurídicos<sup>95</sup>.

No domínio privado, no qual há especial atenção para a idéia de vontade do agente como elemento criador, muito se discute sobre como classificar os fatos jurídicos, mas é clássica a distinção entre fatos naturais e humanos<sup>96</sup>, conforme decorram ou não de uma conduta imputável a uma pessoa, estes distintos em involuntários e voluntários<sup>97</sup>. Entre os voluntários, destacam-se os atos jurídicos em sentido estrito, correspondentes às manifestações de vontade que produzem efeitos jurídicos e os negócios jurídicos, que se caracterizam por uma vontade especificamente destinada a produzir determinados efeitos jurídicos<sup>98</sup>. Põe-se em destaque, assim, dentre a multiplicidade de fenômenos que ocasionam

---

<sup>92</sup> A distinção entre direitos e poderes é encontrada no pensamento de Santi Romano para ressaltar a diferença de certas faculdades de agir (poderes – *potere*), atribuídas pelo ordenamento jurídico às pessoas para satisfação de interesses, que, por não terem um objeto específico, *não constituem elemento de relação jurídica* e, portanto, não tem (simetricamente) um sujeito determinado no pólo oposto, que terá, ao menos, que suportar as consequências do exercício do poder (*dovere - obbligo*) (Cf. *Principi di Diritto Costituzionale generale*, p. 107-109). Ressalta o autor, todavia, que direitos, poderes e deveres ou obrigações muitas vezes, embora distintos, são realidades conexas: poderes cujo exercício pressupõe direitos (poder de alienar e direito de propriedade); direito a um poder (de votar) e poderes associados a deveres (exercício função pública - de função eleitoral) (*Ibidem*, p. 109).

<sup>93</sup> Cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 432.

<sup>94</sup> Diz Pontes de Miranda: “A juridicização é o processo peculiar ao direito; noutros termos: o direito adjetiva os fatos para que sejam jurídicos (- para que entrem no mundo jurídico)” (*Tratado de Direito Privado*, T. I, p. 6). Regis Fernandes de Oliveira, *Ato administrativo*, p. 53-54. Hans Kelsen destaca que a norma jurídica funciona como um esquema de interpretação da realidade, anotando que o que transforma um “fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui” (*Teoria pura do Direito*, p. 4).

<sup>95</sup> Cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Cap. III, p. 2.

<sup>96</sup> Fatos jurídicos objetivos e fatos jurídicos subjetivos na linguagem de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (Cf. *Ibidem*, v. I, p. 432).

<sup>97</sup> Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 1, p. 372-373. A respeito da importância da vontade como elemento criador no âmbito privado: Vicente Ráo, *Ato jurídico*, p. 23.

<sup>98</sup> Sobre o tema, no âmbito privado, entre nós, há o primoroso trabalho de Antônio Junqueira de Azevedo, que fez uma apreciação crítica sobre as conceituações genéticas (voluntaristas) e funcionais (objetivas) de negócio

interferências no plano jurídico, uma categoria básica organizada em torno da idéia de vontade, a partir da qual se desenvolve o raciocínio jurídico no âmbito privado.

Diante desse quadro, a doutrina põe-se a perguntar se seria possível enquadrar o ato administrativo numa dessas categorias. De fato, a tentação é grande, em razão da sedimentação histórica dos conceitos no âmbito privado, mas há objeções relevantes, que precisariam ser superadas, à vista das características especiais do regime jurídico administrativo<sup>99</sup>.

### *3.2. As especificidades do ato administrativo*

#### *3.2.1. O problema da vontade e o atendimento da finalidade legal*

De início, é preciso ter consciência de que as classificações e conceituações construídas no âmbito da teoria do negócio jurídico privado foram desenvolvidas a partir das relações jurídicas entre particulares e encontram seu eixo metodológico em torno da idéia de autonomia da vontade, ou seja, de um “poder de auto-regulamentação ou autodisciplina dos interesses próprios (ou, em certo sentido, dos interesses representados)”<sup>100</sup>, cujo limite é a lei, na medida em que o particular pode fazer tudo o que não esteja proibido (art. 5º, inciso II, CF).

Ocorre que o Estado, no exercício de função administrativa, só pode fazer o que a lei autoriza (art. 5º, inciso II, art. 37, “caput”, e art. 84, inciso IV, CF), pois cumpre deveres orientados à realização de fins, que se consubstanciam na satisfação do interesse público. Assim, enquanto para o particular a “vontade criadora” situa-se no campo da liberdade, na ação estatal ela é parâmetro de importância menor, na medida em que o

jurídico, a partir de uma ótica estrutural através dos três planos de apreciação dos fenômenos jurídicos (Cf. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia, passim*).

<sup>99</sup> Celso Antônio aponta quatro aspectos que diferenciam o ato privado do ato administrativo, *sob o ângulo da liberdade do agente*: a) enquanto o ato jurídico privado governa-se pela autonomia da vontade, o ato administrativo submete-se à finalidade legal (é exercício de função); b) o ato civil está preordenado à satisfação de interesses individuais, enquanto o ato administrativo está dirigido à satisfação do interesse da coletividade (interesse público primário); c) o ato jurídico privado pode utilizar qualquer via lícita, já o ato administrativo só pode ser editado para atendimento da finalidade que seja típica dele (tipicidade); por fim, d) no âmbito privado, salvo estipulação em sentido diverso, a forma é livre, enquanto no âmbito administrativo vige o princípio do formalismo (Cf. *Ato administrativo e direitos dos administrados*, p. 13-20). Segundo o autor, tais aspectos “são instrumentos de *garantia* dos administrados perante a Administração” e também “expressões concretas dos fundamentos políticos que se consagram juridicamente na tripartição do poder” (*ibidem*, p. 20, grifado no original). Hely Lopes Meirelles destaca que o ato administrativo difere do ato privado pela presença da finalidade pública (Cf. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 145).

<sup>100</sup> Vicente Ráo, *Ato jurídico*, p. 49.

comportamento do agente público está total ou parcialmente conformado pela norma jurídica elaborada pelo legislador, a quem o administrador deve fiel obediência<sup>101</sup>.

Em suma, enquanto os privados exercem sua vontade nos espaços juridicamente livres e no possível fático, os administradores públicos só a exercitam legitimamente quando observam os *limites das estruturas jurídicas* que estão à sua disposição, de modo que, na maioria dos casos, a intenção do agente tem interesse para a gênese do ato administrativo, mas torna-se irrelevante após<sup>102</sup>.

Ademais, no estágio atual do desenvolvimento tecnológico, não é inviável pensar na produção de atos administrativos sem a intervenção direta e imediata de pessoas, ou seja, sem nenhuma conduta individualizada, tais quais os praticados por mecanismos automatizados, do qual são exemplos os parquímetros, as sinalizações automáticas de trânsito (semáforos) e a emissão (e negação) de certidões por meio eletrônico<sup>103</sup>.

Importa destacar, também, que, no âmbito de função administrativa, em regra, as relações desenvolvem-se no plano da verticalidade, com o Estado interferindo unilateralmente na esfera jurídica dos particulares, de modo que a manifestação estatal não se resume à regulação autônoma de uma esfera jurídica própria, mas compreende hipóteses de intervenção no âmbito de interesses alheios<sup>104</sup>.

Diante desse quadro, não parece adequado optar por ressaltar o aspecto da gênese do ato administrativo e deixar de lado sua função e efeitos no sistema jurídico, pois o núcleo da problemática do direito administrativo desenvolve-se em torno da compatibilidade do conteúdo da manifestação estatal com a lei ou, num sentido mais amplo, com o Direito, em

---

<sup>101</sup> Isso não significa, como adverte Antônio Carlos Cintra do Amaral, que o administrador seja um autômato ou um mero escravo da lei, mas sim que ele age “dentro dos limites que são traçados pela lei, na qual os atos por ele praticados têm – ou devem ter – seu fundamento de validade” (*Teoria do ato administrativo*, p. 27).

<sup>102</sup> Silvio Luis Ferreira da Rocha, após discorrer sobre a função da vontade na gênese do ato administrativo, afirma que os “problemas peculiares da vontade, isto é, a divergência entre intenção e declaração, são irrelevantes para o Direito Administrativo, em face da preocupação deste ramo do Direito não com a vontade, mas com o atendimento da finalidade prevista na lei” (A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo, *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 25, p. 53). Antônio Carlos Cintra do Amaral também pontua a relativa irrelevância da vontade, afirmando que esta pertence à gênese do ato administrativo *e se exaure no momento em que surge a declaração*, não sobrevivendo após (*Teoria do ato administrativo*, p. 50). Também: Ernst Forsthoff, (*Tratado de Derecho Administrativo*, p. 289-291).

<sup>103</sup> Em sentido contrário, Marçal Justen Filho sustenta que, por trás dessas manifestações, há a vontade humana que opera indiretamente (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 262). De qualquer modo, reconhece o autor que a vontade administrativa é funcional, ou seja, “aperfeiçoa-se por meio de uma vontade objetivamente vinculada à satisfação das necessidades coletivas, e não como processo psicológico de satisfação de um interesse individual” (*ibidem*, p. 263). De ângulo diverso, mas também reconhecendo a existência da ação humana por trás desses atos, Regis Fernandes de Oliveira sustenta que há uma “vontade administrativa seriada que está produzindo atos e efeitos deles decorrentes” (*Ato administrativo*, p. 69).

<sup>104</sup> Cf. Renato Alessi, *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 272.

razão da indisponibilidade do interesse público, e não em um pretense consentimento do agente.

### 3.2.2. *O ato administrativo e sua finalidade técnico-jurídica*

De outro lado, o vocábulo “manifestação”, muitas vezes utilizado para conceituar ato administrativo, refere de modo amplo a um conteúdo desvendado por alguém, pois abarca, além das manifestações expressas, as revelações tácitas.

Na doutrina brasileira, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello classifica as manifestações tácitas, em oposição às expressas, em atos positivos, divididos estes em materiais (situações de fato) e jurídicos (atos implícitos), e negativos (silêncio). Para o autor, como princípio geral, “não se pode aceitar o ato administrativo tácito, pois a Administração Pública deve proceder mediante atuação regular de seus órgãos, em vez de por vias indiretas...”<sup>105</sup>. Indica o mestre que os casos normalmente identificados como manifestação tácita correspondem a situações fato, da qual poderão surgir consequências jurídicas previstas em lei, e que somente pode ser admitida a manifestação tácita, desde que não haja necessidade de ato expresso a ser editado por outra autoridade, quando decorrente de comportamento querido e cujas consequências tenha previsto a Administração, que, em regra, derivam implicitamente de atos expressos, que as pressupõem<sup>106</sup>.

Em suma, salvo a hipótese de conteúdos implícitos em declarações expressas, os efeitos que decorrem de revelações tácitas dependem de previsão normativa anterior e não de um conteúdo jurídico que lhes seja próprio<sup>107</sup>.

Embora reconheça a dificuldade de distinguir ato e fato, em razão da relevância jurídica atualmente atribuída ao silêncio, Agustín Gordillo aponta cinco motivos que justificam um tratamento separado, quais sejam: a) a *certeza* jurídica da prática de administrativos, que necessitam de fundamentação expressa do seu conteúdo; b) a *índole dos efeitos* jurídicos, tendo em vista que os fatos não estão destinados a produzi-los; c) a

---

<sup>105</sup> *Princípios gerais de Direito Administrativo*, p. 512.

<sup>106</sup> Cf. *Ibidem*, p. 512-513.

<sup>107</sup> No sentido exposto: Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 413-416. Maria Sylvania Zanela Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 184. Contra: Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, p. 429. Celso Bastos, *Curso de Direito Administrativo*, p. 149. Regis Fernandes de Oliveira entende que o silêncio, quando possui relevância jurídica, pode ser qualificado como ato administrativo (*Ato administrativo*, p. 61). Interessante questão é estabelecer até que ponto pode a lei prever consequências jurídicas favoráveis para os administrados em razão do silêncio da Administração Pública, a vista dos princípios da igualdade, da moralidade, da motivação e da impessoalidade (art. 5º, “caput” e 37, “caput”, CF).

*presunção de legitimidade*, que somente pode qualificar atos administrativos; d) os termos para impugnação, que se iniciam com a comunicação dos atos administrativos aos destinatários; e, por fim, e) a *invalidação* só tem por objeto atos administrativos<sup>108</sup>.

Ainda que não se acolha todos os motivos apontados por Gordillo, é preferível afastar as revelações tácitas do conceito de ato administrativo, sem que isso implique em recusar relevância jurídica a esses comportamentos ou afastar a possibilidade de serem controlados. Dá-se, com isso, realce ao aspecto técnico-funcional do ato administrativo, que é expressar um *conteúdo jurídico certo* dirigido aos membros de uma coletividade, cujo teor deverá ser compatível com o interesse público estabelecido legalmente.

### 3.3. O ato administrativo como declaração que produz efeitos jurídicos

Pelas razões acima mencionadas, muitos doutrinadores sustentam ser mais adequado distinguir atos e fatos administrativos mencionando que o ato administrativo é uma declaração, isto é, a exteriorização de um pensamento. Nesse sentido, Juan Carlos Cassagne leciona que

... los actos administrativos son producto de una labor intelectual y traducen siempre una ‘declaración’, tomando este término ‘en el sentido de exteriorización del pensamiento, de extrinsecación de un proceso intelectual’, opuesto al comportamiento material que traduciría la realización de un hecho administrativo, tal como sería – por ejemplo – la demolición de un edificio que amenaza ruina por parte de agentes públicos<sup>109</sup>.

Como objeto da declaração inclui-se tanto as declarações de vontade (dirigidas a um fim específico) como as declarações de conhecimento, de juízo e de opinião, uma vez que, muitas vezes, a declaração estatal produz efeitos jurídicos, sem que haja uma intencionalidade especificamente orientada à sua realização<sup>110</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello utiliza-se do termo declaração para distinguir atos e fatos jurídicos, mas fornece um fundo material para o seu conteúdo, que expressa de modo irretorquível a diferenciação entre atos e fatos no plano jurídico. Nesse diapasão, o autor explicita que o ato constitui uma “fala prescritiva”, ou seja, uma pronúncia de quais são

<sup>108</sup> *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Cap. III, p. 7-10.

<sup>109</sup> *El acto administrativo*, p. 92. Também: Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Cap. III, p. 14.

<sup>110</sup> Cf. *Ibidem*, p. 93. Agustín Gordillo aponta que tais declarações, além de produzirem efeitos jurídicos, estão sujeitas aos mesmos princípios das declarações de vontade (Cf. *Ibidem*, T. III, Cap. III, p. 12). Regis Fernandes de Oliveira manifesta concordância com esse posicionamento (Cf. *Ato administrativo*, p. 54). Em sentido contrário, Maria Sylvia Zanela Di Pietro prefere restringir o conteúdo da declaração apenas às manifestações de vontade (Cf. *Direito Administrativo*, p. 184).

as consequências jurídicas em razão do reconhecimento de uma dada hipótese fática. Nas palavras do autor:

Atos jurídicos são *declarações*, vale dizer, são enunciados; são “falas” prescritivas. O ato jurídico é uma *pronúncia* sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela *deverá ser*. Fatos jurídicos não são declarações; portanto, não são prescrições. Não são falas, não pronunciam coisa alguma. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele. Donde, a distinção entre ato jurídico e fato jurídico é simplicíssima.

Toda vez que se estiver perante uma dicção prescritiva de direito (seja oral, escrita, expressada por mímica ou sinais convencionais) estar-se-á perante um ato jurídico; ou seja, perante um comando jurídico. Quando, diversamente, se esteja ante um evento não prescritivo ao qual o Direito atribua consequências jurídicas estar-se-á perante um fato jurídico<sup>111</sup>.

No sentido acima, ato administrativo corresponde a uma fonte de efeitos jurídicos, a uma norma jurídica, que é posta no ordenamento pelo Estado, no exercício de função administrativa<sup>112</sup>.

De fato, se reconhecermos que o ato estatal cogitado pode ser exteriorizado sem que esteja suportado num ato imediatamente imputável a uma pessoa e que, mesmo quando estiver, após sua edição, desprender-se-á das intenções do agente, melhor qualificá-lo como declaração, ou seja, como enunciado que *expressamente* introduz modificações no ordenamento jurídico.

À vista do exposto, concluímos que a solução às dúvidas da doutrina quanto à caracterização do ato administrativo não se obtém pela transposição para o Direito Administrativo de construções aplicáveis ao Direito Privado, mas sim buscando, na teoria geral do Direito, categorias genéricas que possam ser aplicadas ao Direito Público, o que a proposição acima faz de modo suficiente e adequado.

Com essa caracterização, afastam-se do conceito de ato administrativo as atividades administrativas sem conteúdo jurídico próprio, ou seja, as atividades materiais e as inações do Estado (silêncio), na medida em que a omissão não possui condições de externar um mandamento explícito, razão pela qual não pode ser considerada como expressão de uma declaração com conteúdo preceptivo.

---

<sup>111</sup> Celso Antonio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 374, grifo no original.

<sup>112</sup> Identificando o ato administrativo com o efeito da declaração (produto), Antônio Carlos Cintra do Amaral distingue a norma jurídica do ato estatal que a põe e sustenta que ato administrativo é somente a norma jurídica, enquanto “significação objetiva conferida a esse ato pelo ordenamento jurídico” (*Teoria do ato administrativo*, p. 31).

A caracterização do ato administrativo necessita ainda ser completada, a fim de que sejam separadas algumas declarações estatais editadas no exercício de função administrativa que não possuem semelhante regime jurídico.

#### *4. Atos administrativos e produção de efeitos jurídicos diretos e imediatos*

Nos itens anteriores, salientou-se que o ato administrativo pode ser descrito como uma declaração exercitada no âmbito da função administrativa e que produz efeitos jurídicos, isto é, por meio dele ocorre uma inovação derivada no plano do direito<sup>113</sup>. É interessante avaliar, então, se interessa restringir a categoria à produção de certos efeitos jurídicos.

Numa perspectiva restritiva, Agustín Gordillo sustenta que é adequado separar as declarações produtoras de efeitos jurídicos conforme estes sejam diretos e imediatos em relação aos destinatários, uma vez que tais aspectos interferem em problemas de validade e controle, especialmente em relação à possibilidade de impugnação<sup>114</sup>.

A formulação deve ser apreciada criticamente, ao menos no direito brasileiro.

De início, cabe ponderar que, ainda que não afetem terceiros estranhos à Administração, não há motivo para exclusão do conceito de ato administrativo das declarações editadas no âmbito de relações internas, dada a interferência delas na esfera jurídica dos destinatários, da qual é lícito destacar a possibilidade de responsabilização, na hipótese de não atendimento dos comandos neles contidos<sup>115</sup>.

De outro lado, merece destaque a lição de Antônio Carlos Cintra do Amaral, que critica a própria noção de submissão dos efeitos de um ato administrativo a outro ao indicar que os chamados atos preliminares ou preparatórios possuem efeitos próprios e definitivos, já que modificam relações jurídicas, como os produzidos pelo edital de abertura de uma licitação ou pela decisão que habilita um licitante<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> “Entende-se por efeito toda modificação da realidade jurídica preexistente ao ato” leciona Regis Fernandes de Oliveira (*Ato administrativo*, p. 111).

<sup>114</sup> Cf. *Tratado de derecho administrativo*, T. III, Cap. II, p. 2-5. O autor argentino funda seu raciocínio nas lições de Ernst Forsthoff, para quem o conceito de ato administrativo, a fim de cumprir sua função no Direito, deve compreender somente atos dos quais emanem efeitos jurídicos diretos e imediatos (Cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 282). Para Forsthoff, todavia, não há qualquer relevância em se discutir se está aberta ou não a via recursal (Cf. *Ibidem*, p. 282 - NR 10).

<sup>115</sup> Cf. Ernst Forsthoff, *Ibidem*, p. 287 e Pietro Virga, *Il provvedimento amministrativo*, p. 14-15.

<sup>116</sup> Cf. *Teoria do ato administrativo*, p. 62-63.

Cumpra anotar também o posicionamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello para quem importa menos se os efeitos são produzidos interna ou externamente à Administração ou se são mediatos ou imediatos em relação aos destinatários, mas se são relevantes em relação a estes, isto é, se têm a virtualidade de atingir a esfera jurídica de alguém<sup>117</sup>.

No ordenamento brasileiro não há motivo para exclusão do conceito de ato administrativo dos chamados atos internos ou dos preparatórios, porque todo ato produtor de efeitos jurídicos é impugnável, tanto administrativamente (art. 5º, XXXIV, alínea “a”, CF e art. 58, inciso II, Lei nº 9.784/99) como em juízo (art. 5º, inciso XXXV e LXIX, CF), quando as modificações que introduz possam lesionar a esfera jurídica de uma pessoa. Além disso, mesmo os atos jurídicos abstratos editados no âmbito do exercício de função administrativa podem produzir efeitos concretos em relação aos destinatários, quando alteram situações jurídicas gerais<sup>118</sup>, embora, evidentemente, devam ser compatíveis com as normas de hierarquia superior.

Incumbe destacar, por fim, que não se deve confundir a produção de efeitos jurídicos com criação, modificação ou extinção de situações jurídicas dos destinatários, porque são atos administrativos não apenas os que conferem direitos, atribuem poder ou impõem deveres e obrigações, mas também as declarações que a eles se refiram, ainda que para deles tomar conhecimento, negá-los ou confirmá-los<sup>119</sup>.

##### 5. Ato administrativo e prerrogativas da Administração Pública

Reconhece a doutrina, porém, que nem todas as declarações emitidas no exercício de função administrativa estão submetidas a regime jurídico idêntico, pois há esferas em que a atividade estatal se afasta *parcialmente* do regime jurídico público e se aproxima do praticado pelos particulares, ainda que não totalmente, tendo em vista que a Administração,

---

<sup>117</sup> Cf. *Princípios gerais do Direito Administrativo*, p. 479.

<sup>118</sup> Tomamos a expressão situação jurídica no sentido conferido por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a partir das lições da doutrina francesa (especialmente de *Diguit* e seus seguidores), como *conjunto de efeitos de direito* que alcançam as pessoas humanas e morais, correspondentes a poderes, deveres, direitos e obrigações, oriundos de fatos jurídicos ou de atos jurídicos (Cf. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 439). Segundo o autor, as situações jurídicas podem ser de duas ordens: a) estatutárias, quando correspondam a uma situação geral e abstrata, cujo conteúdo encontra-se constante das normas jurídicas vigentes, ou b) individuais, quando criam *relação jurídica específica e concreta* com relação a determinadas prestações (*Ibidem*, mesma página).

<sup>119</sup> Para Ernst Forsthoff não há necessidade de intervenção em uma situação para modificá-la, bastando que o ato administrativo disponha sobre ela (Cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 288).

mesmo quando despida de prerrogativas especiais (art. 173, inciso II e § 2º, CF), está sujeita a sujeições inexistentes no campo privado (p. ex. art. 37, “caput” e incisos, e 173, incisos I, III e V, CF). Fala-se, então, que a Administração Pública, a par dos atos administrativos, edita alguns atos sob regime *predominantemente* privado<sup>120</sup>.

Para distingui-los, costuma-se mencionar que os atos administrativos são exercidos em regime próprio, por meio do qual a Administração é investida de prerrogativas especiais que a colocam em posição de superioridade em face dos particulares<sup>121</sup>. Importa novamente ressaltar que, no regime constitucional vigente, tais prerrogativas são destinadas à realização de interesses públicos e não benefícios conferidos aos agentes estatais para fins livremente eleitos ou satisfação de seus próprios, pois, no exercício de função, sua utilização “só é legítima quando manobrada para a realização de interesses públicos e na medida em que estes sejam *necessários* para satisfazê-los”<sup>122</sup>.

De outro lado, como ressaltado, quando a Administração Pública atua em regime jurídico privado, embora estejam ausentes as prerrogativas especiais (posição de superioridade), sua ação está condicionada ao atendimento dos fins que ensejaram aquela atuação (indisponibilidade do interesse público), donde decorre que seus agentes também exercem função pública, embora, em regra, não estejam no exercício de autoridade pública.

Inexiste unanimidade em quais seriam as qualidades do ato administrativo que o distinguiria dos demais atos jurídicos praticados pela Administração Pública. Podemos, todavia, destacar quatro atributos<sup>123</sup> que a doutrina salienta como característicos do ato administrativo, ainda que nem todos os atos os tenham simultaneamente, quais sejam: a) a presunção de que sua edição foi realizada com observância dos ditames legais (*presunção de legitimidade*); b) a capacidade de unilateralmente vincular o particular ao que dispõe a declaração estatal (*imperatividade*); c) a possibilidade do mandamento nele contido ser imediatamente exigível, independentemente de manifestação do Poder Judiciário

---

<sup>120</sup> Contra: Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Cap. II, p. 27-28.

<sup>121</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro menciona que a Administração comparece nestes atos com todas as prerrogativas e sujeições próprias do poder público (Cf. *Direito Administrativo*, p. 59-61 e 184). Pietro Virga noticia quatro critérios para distinguir os atos administrativos dos demais: a) interesse ou do fim (público x privado); b) disciplina jurídica (direito público x direito privado); c) caráter acessório da atividade privada; d) objetivo (serviço público x atividade econômica), mas sustenta que o essencial é verificar a *posição jurídica subjetiva* da Administração (Cf. *Il provvedimento amministrativo*, p. 9-10, NR 16).

<sup>122</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 418, *grifamos*.

<sup>123</sup> Cf. *Ibidem*, p. 419. Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 74-78. Regis Fernandes de Oliveira, *Ato administrativo*, p. 48-50.

(*exigibilidade e coercibilidade*); e d) a qualidade de alguns atos autorizarem a satisfação concreta do interesse, sem participação de órgãos judiciais (*executoriedade*)<sup>124</sup>.

#### 6. Noção ampla de ato administrativo e sua utilidade

Com base nos aspectos jurídicos acima apontados, verificamos que três notas permitem, *em sentido amplo*, caracterizar o ato administrativo: A) trata-se de uma espécie de ato jurídico, ou seja, uma declaração que produz efeitos jurídicos; B) é editado no exercício de função administrativa; C) ancora-se em prerrogativas próprias do Estado, inexistentes no direito privado, que visam afiançar e assegurar o cumprimento de fins de interesse público.

Acolhendo-se essas notas jurídicas, não há dificuldade em se aceitar a definição proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o conceito de ato administrativo pode ser enunciado como:

*declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional*<sup>125</sup>.

A utilização desse sentido amplo de ato administrativo é útil, pois delimita um campo em que o regime jurídico administrativo, caracterizado pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, desenvolve-se com intensidade<sup>126</sup>.

Para os fins do presente estudo, a utilização de um sentido amplo de ato administrativo é compatível com o objetivo traçado, pois a declaração estatal com eficácia

<sup>124</sup> Ressalve-se que, como salienta Agustín Gordillo, essas notas não existem independentemente do direito, mas é necessário observar o ordenamento jurídico, a fim de verificar como estão reguladas (Cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, T.3, Cap. V, p. 1-2). No mesmo sentido: Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, p. 280.

<sup>125</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 385, grifado no original.

<sup>126</sup> Em termos críticos, Renato Alessi anota que, em razão da heterogeneidade da atividade administrativa, um conceito amplo é de escassa utilidade, porque só permitiria enunciar princípios generalíssimos (Cf. *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 275). No mesmo sentido, Agustín Gordillo aponta que uma definição excessivamente ampla, ainda que dogmaticamente correta, peca por não permitir uma adequada e precisa utilização técnica (Cf. *Ibidem*, T. I, Cap. X, p. 7 e T. 3, Cap. II, p. 27). Admitindo em parte a noção, Regis Fernandes de Oliveira exclui do âmbito dos atos administrativos os contratos, por entender que neles há um elemento a mais a ser investigado: a vontade das partes (Cf. *Ato administrativo*, p. 63 e 70). Juan Carlos Cassagne, de outro lado, sustenta que não há similitude de regime jurídico para inclusão dos regulamentos administrativos entre os atos administrativos, tendo em vista que diferem quanto aos seguintes aspectos: a) proteção jurisdicional; b) regime de publicidade; c) precedência hierárquica; d) modo de extinção; e) possibilidade de produção de efeitos retroativos. (Cf. *El acto administrativo*, p. 101-106). Antônio Carlos Cintra do Amaral também se manifesta contrariamente à inclusão dos regulamentos, por entender que estes não produzem diretamente efeitos jurídicos na esfera dos particulares (Cf. *Teoria do ato administrativo*, p. 47).

extintiva atinge todas as categorias de atos administrativos e os efeitos que produzem, ainda que de modo diverso. Parece, pois, mais útil observá-lo em sentido genérico, sem perder de vista a especificidade das categorias que podem ser reconhecidas no ordenamento brasileiro, apontando, quando necessário, suas peculiaridades em face da forma extintiva posta em foco.

### *7. Ato administrativo em sentido estrito, regulamento e contrato*

A par das diversas classificações possíveis, impende separar o gênero em três grandes espécies, consoante o conteúdo da declaração e o grau de participação do administrado na formação do vínculo.

Com referência ao grau de abstração do conteúdo da prescrição<sup>127</sup>, fala-se em atos abstratos e atos concretos. Os primeiros consistem em atos administrativos que completam o sentido das leis e veiculam mandamentos modelares que não se esgotam numa aplicação e que, no direito brasileiro, restringem o âmbito de liberdade dos administradores públicos na aplicação da lei ao caso concreto, do qual o exemplo mais importante é o regulamento, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo (art. 84, inciso IV, CF).

Os atos concretos, por sua vez, consistem em declarações que completam o sentido das leis e dos regulamentos, veiculam decisões em face de um caso concreto e se esgotam nessa aplicação, ainda que seus efeitos permaneçam no sistema. Os atos concretos podem ser distinguidos, consoante o grau de participação do interessado na formação do vínculo, em ato administrativo em sentido estrito (ato unilateral e concreto) e convenções (ato bilateral e concreto), cuja forma característica é o contrato administrativo<sup>128</sup>.

Antes de avançar, é necessária uma breve digressão sobre as dimensões de apreciação dos fenômenos jurídicos, essencial para que se decida, de modo metodologicamente coerente, qual o melhor modelo de análise estrutural do ato administrativo e para descrever com precisão cada um de seus modos de extinção.

---

<sup>127</sup> Cf. Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Teoria do ato administrativo*, p. 35. Pontua Cintra do Amaral que o ato administrativo pode ser geral ou individual em relação aos destinatários (sujeito passivo).

<sup>128</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello adverte que não se deve confundir ato bilateral, no qual há duas vontades que se integram para formar um único ato, com ato unilateral relativo (“ato administrativo que necessita de coadjuvante”, na linguagem de E. Forsthoff – Cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 294), em que há dois atos autônomos e um deles depende do outro como pressuposto de emanção, requisito de validade ou condição de eficácia (Cf. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, p. 448-449). Anote-se que Bandeira de Mello não admite o contrato administrativo como categoria autônoma (Cf. *Ibidem*, p. 670-693).

### 8. Planos de apreciação dos atos administrativos

Impossível apreciar com rigor metodológico a estrutura do ato administrativo e suas hipóteses de extinção sem adentrar na discussão dos planos de apreciação dos fenômenos jurídicos<sup>129</sup>. Destaque-se que aos termos “perfeição”, “existência”, “validade” e “eficácia” podem estar adjudicados sentidos diversos em cada discurso, de modo que é importante precisar o ora utilizado.

Dizer que algo existe significa pronunciar que um ente é uma realidade em relação a um determinado sistema de referência. No plano do direito, relevantes são os fatos que têm a qualidade de produzir alterações nesse universo, os quais, por esse predicado, são qualificados de jurídicos<sup>130</sup>.

Dúvidas e incertezas podem surgir, todavia, quando se cogita de atos jurídicos, porque correspondem a pronúncias, isto é, declarações de efeitos jurídicos. Com efeito, quando na produção dessas declarações atende-se ao modelo legal não há problema algum no desenvolvimento do conhecimento do direito, pois basta qualificá-las numa certa categoria e verificar os efeitos a que se destinam, mediante observação do ordenamento. Porém, nem sempre isso ocorre, já que muitas vezes, em razão de desarranjos substanciais ou procedimentais, o modelo normativo não é observado e editam-se atos em desacordo com as prescrições hierarquicamente superiores.

Como o ordenamento reage a essa situação?

Esse é um dos grandes e mais difíceis problemas da Ciência do Direito, pois, embora haja casos que o sistema não toma conhecimento do conteúdo da declaração, não a reconhecendo como fonte de efeitos apta a gerar as consequências jurídicas pretendidas pelo

---

<sup>129</sup> Acolhem a distinção da realidade jurídica em três planos, entre outros: Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 387-390. Weida Zancaner, *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 34. Regis Fernandes Oliveira, *Ato Administrativo*, p. 76-77. Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, p. 157. Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, p. 179. Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 70-72. Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, p. 252-253. Em sentido contrário, para Kelsen: “... podemos exprimir a vigência (validade) de uma norma dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita. Se designarmos a existência específica da norma como sua ‘vigência’, damos desta forma expressão à maneira particular pela qual a norma – diferentemente do ser dos fatos naturais – nos é dada ou se nos apresenta. A ‘existência’ de uma norma positiva, a sua vigência, é diferente do ato de vontade de que ela é o sentido objetivo” (*Teoria pura do direito*, p. 11). Antônio Carlos Cintra do Amaral acompanha Kelsen e equipara validade e existência (Cf. *Teoria do Ato Administrativo*, p. 53-55). Hely Lopes Meirelles entende ser desnecessário distinguir validade e existência e sustenta que ambos juízos conduzem à invalidade (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 170). Paulo de Barros Carvalho também sustenta que validade e existência se confundem (Cf. *Curso de Direito Tributário*, p. 114)

<sup>130</sup> “Só de fatos jurídicos provém eficácia...” frisou Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, T. I, p. 4).

editor, muitas vezes a declaração não é repelida de plano e passa a reger condutas humanas, de modo que sua retirada depende de ulterior declaração de quem seja competente para tanto.

Embora as dificuldades sejam maiores no terreno do Direito Público, à vista da presunção de legitimidade de que, em regra, revestem-se os atos estatais, a cena se repete no âmbito privado. Nesse sentido, para confirmar tal assertiva, basta lembrar a dicção do art. 177 do Código Civil, segundo o qual devem ser preservados os efeitos dos atos anuláveis até que seja pronunciado o vício em juízo. Em suma, tais realidades existem e, embora produzidas em desacordo com o ordenamento, produzem efeitos jurídicos.

### 8.1. A perfeição do ato administrativo

Em razão disso, parte da doutrina utiliza um conceito específico para referir ao ato administrativo enquanto um ser pertencente ao plano do Direito, por meio da formulação de um juízo anterior ao de conformidade com o ordenamento, por meio do qual se reconhece que a declaração cumpriu requisitos mínimos para ser qualificada como um ente pertencente ao sistema jurídico.

Assim, diz-se que um ato administrativo é considerado perfeito quando esgotadas no plano fático as operações necessárias para sua produção, ou seja, depois de efetuadas todas as atividades constitutivas para declaração do comando nele contido<sup>131</sup>. Trata-se, portanto, de um juízo para identificação de algo no mundo fático relevante para o mundo do direito, aferindo se foram realizadas as operações materiais mínimas exigidas pelo ordenamento para que se qualifique como uma categoria jurídica específica<sup>132</sup>. Um fato não

---

<sup>131</sup> Cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 606. Com a mesma perspectiva, Celso Antônio Bandeira de Mello reputa perfeito o ato que esgotou as *fases necessárias para sua produção* (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 387). Weida Zancaner cita Zanobini para com ele concordar que existência equivale a perfeição (Cf. *Da Convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 34). No mesmo sentido é o pensamento de Regis Fernandes de Oliveira (Cf. *Ato administrativo*, p. 110). Lúcia Valle Figueiredo assevera que ato perfeito “é aquele que já existe para o mundo jurídico” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 179). Marçal Justen Filho, por sua vez, afirma que “a questão da existência envolve a presença de pressupostos mínimos de compatibilidade entre o modelo normativo e uma conduta concreta destinada a promover sua aplicação” (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 252). Em sentido diverso, Hely Lopes Meirelles utiliza a expressão perfeição para qualificar o ato que possui aptidão para produzir seus regulares efeitos quanto à exequibilidade (Cf. *Manual de Direito Administrativo*, p. 170), no que é acompanhado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Cf. *Direito Administrativo*, p. 213). Antônio Carlos Cintra do Amaral refere que a perfeição está ligada ao processo de *formação da declaração estatal e não ao ato administrativo*. Para Cintra do Amaral o ato administrativo existe desde quando a declaração seja socialmente reconhecível como tal (Cf. *Teoria do ato administrativo*, p. 59).

<sup>132</sup> Essa parece ser a posição de Sérgio Ferraz, que expressamente salienta utilizar o termo perfeição *num ângulo estritamente funcional*, para separar existência e validade, pois salienta que aquela se realiza no *plano teórico-abstracto*, consumando-se quando contemplados, “... no processo de formação do ato, os requisitos e os

será uma declaração enquanto não forem concluídas as operações previstas, embora possa ser um fato jurídico e, inclusive, produzir efeitos no plano do Direito. Nessa última situação, não poderá ser qualificado como uma fonte de efeitos, isto é, um veículo idôneo para introduzir modificações que são próprias de uma típica espécie de ato jurídico ou mais especificamente de ato administrativo.

Deve-se ressaltar, todavia, que os doutrinadores que acompanham, no aspecto, as lições de Hans Kelsen, e identificam os planos da existência (jurídica) e da validade, afastam a necessidade de se distinguir os dois âmbitos<sup>133</sup>.

É a posição assumida entre nós, com indiscutível coerência, por Antônio Carlos Cintra do Amaral, para quem somente existe ato administrativo quando o ordenamento conferir um sentido objetivo a uma declaração socialmente reconhecível como tal, de acordo com os padrões sociais vigentes. Perfeição relaciona-se, nessa visão, com o processo de formação da declaração estatal, mas não com o produto, que é o significado objetivo conferido pelo ordenamento à declaração, ou seja, o ato administrativo (norma), enquanto a validade está ligada à norma jurídica (produto), não à declaração estatal, que é apenas seu pressuposto. Para Cintra do Amaral, o ato administrativo, ao existir, vale e só “deixa de valer quando tem sua validade desconstituída, quer por outro ato administrativo, quer por uma decisão judicial”<sup>134</sup>.

Há, porém, um inconveniente em se adotar tal postura, visto que a invalidade torna-se, ao mesmo tempo, juízo de inexistência jurídica da norma e de incompatibilidade dela com o ordenamento. A posição não explica adequadamente, pois, como é possível fazer juízos negativos de validade sem que se interfira com a existência do ente jurídico, aspecto que não passou despercebido na doutrina<sup>135</sup>.

---

pressupostos necessários para tanto, no ordenamento jurídico” (Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões, *Revista de Direito Administrativo*, v. 231, p. 49).

<sup>133</sup> Cf. Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, p. 113-114.

<sup>134</sup> *Teoria do Ato administrativo*, p. 51 e 56. Nas palavras do autor: “A declaração estatal socialmente reconhecível pode ter ou não um sentido normativo. Quer isto dizer que o ordenamento jurídico confere ou não a essa declaração um sentido objetivo específico, que se traduz no surgimento da norma jurídica. Se o ordenamento jurídico confere esse sentido objetivo à declaração estatal, há uma norma válida. Caso contrário, a norma é inválida” (*Ibidem*, p. 52). De modo coerente, Cintra do Amaral conclui que “o ato administrativo só é norma jurídica [...] quando produzido com fundamento de validade diretamente na lei (e indiretamente na Constituição)” (*Ibidem*, p. 53). O autor critica ainda o termo perfeição referindo que pode induzir à conclusão que foram atendidos os requisitos de validade, além de ser empregado no ordenamento jurídico com o sentido de eficaz (art. 5º, inciso XXXVI, CF) (*ibidem*, p. 59-60).

<sup>135</sup> Nesse diapasão, Celso Antônio Bandeira de Mello contrapõe-se ao pensamento de Kelsen e sustenta a necessidade lógica e jurídica da distinção entre os planos da existência e da validade, na medida em que a invalidação de um ato pressupõe que se esteja perante uma norma pertencente ao sistema jurídico. O autor

Pode-se objetar o raciocínio acima afirmando que se trata apenas de uma questão de competência para decidir pela constituição da invalidade. De fato, no sistema de referência kelseniano assim será resolvida a questão, na medida em que o ato será válido e existente até que seja constituída sua invalidade, quando então deixará de ser existente desde sua produção.

Todavia, se pensarmos na complexidade do sistema de competências para “constituir” a invalidade, caso não se faça uma *instrumental e funcional* separação entre os três planos de apreciação dos fenômenos jurídicos, chega-se a situações de profunda perplexidade, na medida em que *uma norma poderá ser existente e inexistente diversas vezes ao longo do tempo* até sua estabilização final. Disso decorre que não se consegue qualificar a realidade jurídica como um ser de uma dada categoria, o que torna pouco claras as explicações sobre os efeitos jurídicos produzidos por certos entes editados em contrariedade ao ordenamento<sup>136</sup>.

Por tais razões, vislumbramos maior funcionalidade na separação dos dois juízos (existência e validade) e acolhemos a distinção doutrinária que destaca a análise da existência (perfeição) da apreciação da validade.

## 8.2. Validade do ato administrativo

---

oferece um exemplo: na declaração incidental de inconstitucionalidade, em que pese o juízo de invalidade formado pelo julgador e não obstante o conteúdo da norma jurídica possa ter sua aplicação afastada para certo caso concreto, em razão da incompatibilidade com as normas de hierarquia superior, ela continuará a pertencer ao ordenamento jurídico (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 388). Poderíamos, outrossim, dizer que o juízo de apreciação da compatibilidade vertical prescinde da existência da norma enquanto realidade jurídica *posta* no sistema, na medida em que é possível formular juízos preventivos e evitar que sejam inseridos no ordenamento jurídico atos inválidos. É o trabalho exercido pelas Comissões de Constituição e Justiça (art. 58, § 2º, inciso I, CF), no âmbito parlamentar, e pelas chefias do Poder Executivo, no exercício do poder de veto (art. 66, § 1º, CF).

<sup>136</sup> Tomemos um exemplo: suponha-se um ato administrativo produzido com flagrante vício de competência. No sistema de referência kelseniano, referido ato é válido (existente) *embora viciado* e pode ser invalidado (torna-se inexistente) pela própria Administração. Ulteriormente, o Poder Judiciário, devidamente provocado, por exemplo em razão de um vício formal no processo de invalidação, poderá constituir como inválida a invalidação administrativa, que passará então a inexistir, tornando, reflexamente, o que era inexistente (o ato invalidado) em existente (que retornaria a ser válido, *embora viciado*). É possível ainda que, antes que se forme a coisa soberanamente julgada, o Poder Judiciário, em sede de ação rescisória, constitua a invalidade do ato judicial que decretou inválida a declaração administrativa, de modo que o ato originário voltará a inexistir, em razão da ausência de pressuposto subjetivo.

Qualificada como ato administrativo, a declaração pode ser legítima ou ilegítima, conforme tenha ou não sido produzida em conformidade com o direito<sup>137</sup>. A validade também expressa uma relação, mas, diversamente da perfeição, depende de um juízo de adequação entre o ato e o conjunto do ordenamento jurídico.

Com efeito, como as normas num sistema jurídico estão hierarquicamente escalonadas, o fundamento de validade da norma inferior repousa nas normas superiores, impondo-se, então, apreciar a relação de compatibilidade vertical entre a inovação veiculada e as demais normas jurídicas. No plano da validade, avalia-se se o ato foi produzido em conformidade com as regras procedimentais impostas pelo sistema (aspecto instrumental ou formal) e se seu conteúdo está contido no quadro das normas superiores (aspecto substancial ou material), de modo que a aferição da validade não se restringe apenas ao conteúdo declarado, mas também à *idoneidade do método* através do qual esse conteúdo foi produzido.

Constatada a ilegitimidade, podem ser estimadas as consequências daí decorrentes, em termos de medidas que devem ser tomadas para restauração da legalidade, seja pela via do saneamento do vício ou da invalidação do ato.

Alguns autores pugnam pela apreciação dinâmica da validade e cogitam de hipóteses de “invalidade superveniente”, pois sustentam que alterações fáticas ou no ordenamento jurídico poderiam ocasionar a perda do fundamento de validade do ato administrativo<sup>138</sup>. Em que pese o respeito aos autores que sustentam esse posicionamento, *no sistema de referência adotado*, é inviável acolhê-lo, na medida em que alterações fáticas ou normativas ocasionam a eliminação do próprio ato, enquanto fonte de efeitos, ou a extinção total ou parcial de seus efeitos, caso não ainda estejam juridicamente estabilizados e protegidos, de modo que essas mudanças devem ser avaliadas nos planos da existência e da eficácia, não no da validade.

---

<sup>137</sup> Segundo Weida Zancaner “uma norma jurídica é válida quando criada de acordo com os preceitos estabelecidos pelo sistema em que pretende se inserir” (*Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 47). José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, p. 104. Sérgio Ferraz, Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões, *Revista de Direito Administrativo*, v. 231, p. 49. Num sentido mais amplo, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello distingue os vícios do ato administrativo conforme preenchem ou não os requisitos de que deviam estar informados (vício de mérito) ou prescritos para sua validade (vício de legitimidade) (Cf. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 652).

<sup>138</sup> Cf. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Cap. XIII p. 6-7. Marçal Justen Filho destaca que a validade se aprecia no momento da produção do ato, mas que a alteração da ordem jurídica pode alterar esse juízo (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 253-254). Antônio Carlos Cintra do Amaral admite a hipótese de invalidade superveniente, mas ressalta que a faz coerentemente e de acordo com sua concepção relacional do ato administrativo (Cf. *Teoria do ato administrativo*, p. 85-86, especialmente NR 43). Contra: Cf. Flávio Bauer Novelli, A eficácia do ato administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, v. 60, p. 18.

### 8.3. Eficácia do ato administrativo

Os atos administrativos, porquanto existentes e independentemente de sua validade, podem ser observados em razão das modificações que introduzem na realidade jurídica preexistente ao ato, isto é, de acordo com seus efeitos, que podem ser classificados de acordo com a projeção temporal, espacial, subjetiva e objetiva do seu conteúdo<sup>139</sup>.

Uma forma de se classificar os efeitos dos atos administrativos é apartá-los segundo sua destinação, por meio da qual eles podem ser agrupados em três ordens: a) efeitos típicos ou finais; b) efeitos preliminares ou prodrômicos e c) efeitos reflexos<sup>140</sup>.

Os primeiros referem-se à eficácia do ato, ou seja, à capacidade de produzir os efeitos que lhe são próprios e ocasionar modificações nas situações jurídicas dos destinatários. Nem sempre, porém, isso ocorre no momento em que o ato é editado, pois esses efeitos podem estar submetidos a uma condição suspensiva, à confirmação de uma autoridade superior ou a termo. Nesses casos, diz-se que o ato é ineficaz, pois ainda inapto para ocasionar as alterações jurídicas a que se destina<sup>141</sup>.

---

<sup>139</sup> Cf. Pietro Virga, *Il provvedimento amministrativo*, p. 334-336. Marcelo Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, v. I, p. 520.

<sup>140</sup> Essa classificação foi proposta por Flávio Bauer Novelli (Cf. A eficácia do ato administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, v. 60, p. 20-26). Acolhem-na, entre outros: Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 388-389; Regis Fernandes Oliveira, *Ato administrativo*, p. 112; Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 72-73; Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Administrativo*, p. 154. Weida Zancaner, por sua vez, salienta que a discussão não é meramente acadêmica, mas tem efeitos práticos, tendo em vista que o objeto do ato de invalidação são alguns dos efeitos do ato (Cf. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 47-50).

<sup>141</sup> O termo “eficácia” no vernáculo refere à virtude de produzir efeitos e expressa, pois, uma qualidade. Como o direito produz efeitos em diversas ordens e segundo diversificadas perspectivas, não há unanimidade sobre a qual qualidade especificamente o adjetivo “eficaz” se refere. Assim, Hely Lopes Meirelles diz que um *ato é eficaz desde quando está perfeito*, momento em que tem condições de atuar, mas pode não ser exequível e operativo, ou seja, não ter disponibilidade para produzir seus efeitos finais, em razão da pendência de adimplemento de condição, termo ou de prática de ato complementar. Lopes Meirelles classifica, então, os atos quanto à exequibilidade em: a) perfeitos (os que estão em condições de produzir efeitos); b) imperfeitos (os que não estão aptos a produzir efeitos porque não foi concluído seu processo de formação); pendentes (aqueles cujos efeitos estão suspensos até o adimplemento de condição ou termo); consumados (aqueles cujos efeitos estão exauridos). Ou seja, na terminologia do autor é perfeito e exequível o que para Bauer Novelli é eficaz (Cf. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 155 e 170). Acompanham Hely Lopes Meirelles, entre outros, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Cf. *Direito Administrativo*, p. 213) e José dos Santos Carvalho Filho (Cf. *Manual de Direito Administrativo*, p. 102-103). Marçal Justen Filho propõe distinguir a eficácia do ato administrativo segundo grau (mínimo, médio e máximo), de acordo com os poderes jurídicos atribuídos a uma das partes em face da outra (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 256-258). Tércio Sampaio Ferraz Júnior utiliza-se do termo *eficácia* para qualificar a norma em relação aos seus possíveis *efeitos concretos*, distinguindo-a em duas realidades diversas: a) eficácia semântica, relacionada à adequação dos efeitos à realidade e b) sintática, relacionada à insuficiência de elementos normativos que permitam a produção de efeitos. O que Bauer Novelli refere como eficaz, Ferraz Júnior cunha de *vigor* – “qualidade da norma que diz respeito à sua força” (Cf. *Introdução ao estudo do Direito*, p. 181). Por sua vez, Antônio Carlos Cintra do

Os efeitos preliminares são os que ocorrem de plano, em razão da existência do ato administrativo, independentemente da pendência de uma condição ou termo, e atuam na chamada “fase de expectativa” e até que apareçam os efeitos finais, com quem os preliminares possuem relação de instrumentalidade.

Por fim, os efeitos reflexos são os que não são próprios do ato e não incidem diretamente sobre a situação jurídica que é dele objeto, mas em face de outra, daquela de algum modo dependente ou conexa.

Com a distinção entre os três planos da realidade jurídica, o cientista pode descrever o direito em cada um de seus aspectos, bem como tem instrumental adequado para compreender o momento de estabilização das diversas situações jurídicas<sup>142</sup>.

---

Amaral, afasta-se neste aspecto do pensamento kelseniano e acolhe a necessidade de se distinguir validade e vigência. Aponta o autor que a eficácia do ato pode ser observada nos planos fático e jurídico, mas dá ênfase a esta, já que a ineficácia fática, na sua acepção relacionada com os efeitos no mundo dos fatos, não implica em invalidade da norma. Em relação à eficácia jurídica, esclarece o autor que, por ser norma, o ato produz um efeito que lhe é logicamente próprio e que decorre da sua própria existência, que é o de introduzir uma modificação no mundo jurídico. Outro efeito, segundo Cintra do Amaral, decorre de sua condição de norma concreta, que é o de constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica entre Estado e particular. Indissociável do ato, para Cintra do Amaral a relação jurídica não tem existência autônoma, sem norma que assegure sua permanência, embora admita o autor a existência de norma jurídica, quando ainda não tenha se formado a relação jurídica, isto é, quando condicionada a termo ou condição suspensiva. Durante este *estado de pendência*, segundo o autor, *a norma é ineficaz*. A conclusão parece ser a mesma, mas não é, pois Cintra do Amaral não aceita a distinção entre efeitos típicos e preliminares e sustenta que cada ato de um procedimento possui efeitos próprios e definitivos, modificando relações jurídicas, razão pela qual conclui que não há ato administrativo no ato de controle que apenas confirma o ato controlado, nem nos atos preparatórios, que não criam relações jurídicas, ainda que sejam necessários para a edição de outro ato (Cf. *Teoria do administrativo*, p. 61-69).

<sup>142</sup> A fim de clarear a importância de separar os três planos da realidade jurídica, tomemos como exemplo o ato de nomeação de uma pessoa para ocupar um cargo público de provimento efetivo. Antes da nomeação, já existe uma situação jurídica geral para os candidatos aprovados no concurso, da qual decorre, por exemplo, o dever do Estado em nomeá-los, de acordo com a quantidade de cargos vagos, segundo a ordem de classificação, observadas as necessidades públicas. Só existirá ato administrativo de nomeação com a exteriorização da declaração jurídica do Estado que provê alguém num cargo específico de um certo quadro do serviço público, aperfeiçoada com a publicação dessa declaração. A validade desse provimento dependerá, entre outros, de prévia aprovação do nomeado no concurso público (art. 37, inciso II, CR), da observância da ordem de classificação e da presença dos requisitos para exercício do cargo. Por fim, o preenchimento deste, efeito típico do ato de nomeação, pode ser submetido a termo. Sem publicação do ato de nomeação, inexistente ato administrativo; sem prévio concurso público, o ato é inválido; antes do adimplemento do termo, é ineficaz para prover o cargo, que continuará vago. Efeito típico da nomeação é o provimento do cargo e a alteração da situação jurídica do nomeado, atribuindo-lhe o direito à posse (Súmula 16 – STF). Ressalve-se que a formação do vínculo estatutário, efeito mediato do ato de nomeação, depende de manifestação formal de vontade do interessado, que se dá com o ato de posse (art. 13, § 6º da Lei nº 8.112/90), momento em que o nomeado ingressa numa situação jurídica geral, estatutária. Ainda que submetido a termo, efeito preliminar será a constituição de deveres aos servidores responsáveis pelas providências pertinentes para viabilizar a realização da posse no tempo e modo adequados. Efeito reflexo da nomeação é o de impedir que outras pessoas sejam nomeadas para aquele cargo, enquanto não extinta a situação favorável ao nomeado, de modo que cada um dos aprovados no concurso terá legitimidade para, em nome próprio, questionar a nomeação, caso maculada de vício, já que o ato repercute na sua esfera jurídica individual.

### 9. *Estrutura do ato administrativo*<sup>143</sup>

A análise estrutural do ato administrativo é matéria que comporta inúmeros desencontros, alguns redutíveis a questões meramente terminológicas, outros comportando questões de fundo<sup>144</sup>. Em verdade, como toda classificação e conceituação, a análise estrutural do ato administrativo não comporta critérios de verdade, mas sim de utilidade e conveniência. Evidente que, independentemente de qual seja a “decomposição” acolhida, deverá ela, por razões lógicas, corresponder ao todo fracionado e absorver o conjunto de fatores que influenciam na existência, na validade e na produção de efeitos do ato administrativo.

#### 9.1. *A utilidade da análise estrutural. A teoria clássica*

Em termos estruturais, com algumas variações de nomenclatura, é clássica a lição que o ato administrativo pode ser analisado a partir de cinco elementos: competência, objeto, forma, finalidade e motivo, todos referidos na Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65 – art. 2º). Miguel Seabra Fagundes, com elevado didatismo, assim os sintetizou: a) manifestação de vontade, que é o impulso gerador do ato, realizada através de órgãos, cujas atribuições compõem a competência; b) motivo, ou seja, as razões em que o ato se baseia, que tem de ser legal; c) finalidade, que seria o resultado prático (último); d) objeto, isto é, a modificação que o ato visa realizar e, por fim, e) a forma, que corresponde ao meio pelo qual se exterioriza a manifestação de vontade<sup>145</sup>.

Essa teorização, amplamente acolhida no país<sup>146</sup>, ainda que com variações, sofre críticas por não abarcar todos os aspectos atinentes à análise do ato administrativo, pela ausência de uniformidade conceitual em relação a cada elemento e por não descrever o modo específico como cada aspecto influencia nos três planos de apreciação do fenômeno jurídico.

---

<sup>143</sup> No presente estudo, pretende-se identificar pressupostos e discorrer sobre efeitos de uma espécie de declaração estatal, de modo que é de rigor tecermos algumas observações sobre a compreensão desses aspectos, a título instrumental, a fim de justificar a escolha de um modelo compatível com a perspectiva metodológica utilizada.

<sup>144</sup> Cf. Regis Fernandes de Oliveira, *Ato administrativo*, p. 73.

<sup>145</sup> Cf. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 40-41.

<sup>146</sup> Cf. José Cretella Júnior, *Tratado de Direito Administrativo*, v. II, p. 141-186. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 146-150. Maria Sylvia Zanela Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 191-199. Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 62. Este último autor, porém, cinde o objeto em duas partes (conteúdo e objeto) e acolhe a lição de André Gonçalves Pereira para incluir a causa como um sétimo requisito do ato administrativo (Cf. *ibidem*, p. 69). Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, p. 271. Odete Medauar, *Direito Administrativo moderno*, p. 153. Celso Bastos, *Curso de Direito Administrativo*, p. 145.

Com uma perspectiva crítica, Afonso Rodrigues Queiró nega utilidade em se decompor o ato administrativo em unidades menores e pondera que a lei indica as condições de fato em que a administração deve agir, de modo que os diversos aspectos mencionados pela doutrina seriam essencialmente a mesma coisa: formas ou modos de ser de uma mesma realidade que autoriza um agir administrativo<sup>147</sup>. De fato, a partir do sistema de referência do autor, é inatacável, sob o ângulo da exatidão, a proposição apresentada, pois, de fato, poder-se-ia, de modo metodologicamente coerente, compreender o ato administrativo apenas sob o ângulo da competência, desde que nessa categoria estejam contidos todos os aspectos que atinam à produção de atos administrativos.

Em que pesem as dificuldades, inerentes à construção de todo conhecimento científico, a análise estrutural do ato administrativo auxilia o intérprete e o aplicador a melhor compreender a interferência de cada aspecto na formação do ato administrativo, na sua contaminação, por portar vícios formais ou materiais, e na eclosão dos seus efeitos jurídicos. Por isso, não parece que deva o cientista do direito abdicar da tentativa de analisar a estrutura do ato administrativo, mas sim procurar, de modo metodologicamente coerente, uma sistematização que compreenda os diversos aspectos que sobre ele exercem influência, rotulando-os adequadamente e, ulteriormente, aplicando esse instrumental para *apreciar os condicionantes da edição de cada ato administrativo*.

Com uma perspectiva abrangente, impende ressaltar a invulgar sistematização oferecida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que, a partir de uma visão aristotélico-tomista, descreveu diversos aspectos que atuam para ocasionar o ato administrativo e demonstrou a riqueza de fatores que contribuem para sua formação, higidez e atuação, sem perder de vista sua unidade<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, v. 06, p. 54-56.

<sup>148</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello acentua que um ser é efeito de um conjunto de causas que influem na sua formação e lhe dão a razão de existir. Por esse ângulo, o autor oferta uma sistematização afirmando que todos os elementos que constituem as razões de existir de um ato jurídico são suas causas. Explica ainda que as causas dividem-se em *essenciais*, que compõe sua estrutura, seja interna ou externamente, e *acidentais*, porque pressupostos ou fundamentos para existência do ser. *As essenciais são*: A) *causa agente ou eficiente* (manifestação de vontade), dividida em: a.1) *principal* (pessoa que manifesta a vontade): o Estado ou as pessoas que façam as suas vezes, o que pressupõe: a.1.1) *capacidade de direito* da pessoa política ou das pessoas investidas para versar sobre a matéria; a.1.2) *competência da unidade funcional* (órgão); a.1.3) *exercício por um titular regularmente investido* (agente público), que não esteja impedido para a prática do ato, em razão de situações gerais (suspensão) ou especiais (suspeito, impedido); a.2) *instrumental* - meio pelo qual se exterioriza a vontade – forma, fórmula ou forma exterior, que pode ser classificada: a.2.1) *quanto à estrutura, em*: a.2.1.1) *expressa* (feita diretamente em consideração com o ato jurídico em consideração), que pode ser escrita, oral ou mínima, por sinal ou gesto; a.2.1.2) *tácita* (dedutível em consequência de ato positivo material (*facta concludentia*) ou ato jurídico (ato implícito) ou negativo (silêncio); a.2.2) *quanto à sua exigência*: substancial (ex. escrita - fórmula geralmente substancial dos atos administrativos) ou acidental

Para aqueles que entendem que os fenômenos jurídicos devem ser apreciados em três planos, a análise da estrutura do ato administrativo deve refletir, de algum modo, essa posição teórica, a fim de que se compreendam os fatores que levam à perfeição do ato, os que influenciam na sua validade e os que atinam aos seus efeitos. Tal intento foi promovido, entre nós, com desenvoltura por Celso Antônio Bandeira de Mello, ulteriormente acolhido, em maior ou menor grau, por outros doutrinadores<sup>149</sup>.

### 9.2. A sistematização de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>150</sup>

O autor propõe um modelo de compreensão da estrutura do ato administrativo através da separação dos seus elementos, ou seja, das realidades que lhe são intrínsecas, e dos seus pressupostos, isto é, dos fatores externos ao ato, mas que condicionam sua existência ou sua lisura jurídica. Pondera que elementos do ato, como realidades inerentes, são o conteúdo, assim entendido como aquilo que o ato dispõe, e o modo de exteriorização, isto é, sua forma, que não deve ser confundida com formalidade. Ausente um dos elementos, inexistente ato administrativo, pois não haverá declaração exteriorizada.

Além dos elementos, sustenta, há fatores indispensáveis para que o produto da realidade constituída pelos elementos (declaração com forma e conteúdo) seja um ato jurídico e, em especial, para que seja qualificado como ato administrativo, configurando-se em pressupostos de sua existência. O primeiro pressuposto de existência do ato administrativo, para o autor, corresponde ao objeto, ou seja, aquilo a que o conteúdo do ato se refere<sup>151</sup>. O

---

(livre, exceção); B) *causa material* é o bem objeto do ato, ou seja, coisa ou prestação objeto da relação jurídica; C) *causa formal* (modo como o objeto é disposto pela vontade), compreendendo: c.1) *requisitos ou modo*: conteúdo da manifestação de vontade – estabelece conjunto de poderes, deveres, direitos e obrigações: c.1.1) *essencial*: define um certo tipo de ato, sendo natural (próprio, cogente – ex. autorização: faculta ao exercício de uma atividade) e implícito (não expresso, decorrente – ex. autorização: precariedade); c.1.2) *acidental*: caracteres que o individualizam em cada ato concreto, modo: condição, termo, encargo, reserva de revogação; c.2) *pressupostos do conteúdo*: solenidades, formalidades essenciais, com respeito à manifestação de vontade ou sua preparação: a) preparatórios; b) de formação; D) *causa final*: objetiva (fim prático: interesse público e interesse concreto) e subjetiva (móvel, intenção do agente). As *causas acidentais* são: E) *causa ocasional* (motivo) – fundo do ato (situação de fato), que pode ser expressa em lei ou remetida à discricionariedade do agente; F) *causa exemplar* – modelo de ato (Cf. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 500-540).

<sup>149</sup> Cf. Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, p. 200-207. Weida Zancaner, Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos, p. 47. Regis Fernandes de Oliveira, *Ato administrativo*, p. 86.

<sup>150</sup> As considerações efetuadas neste item têm por base os seguintes trabalhos do autor: *Ato administrativo e direitos dos administrados*, p. 33-81 e *Curso de Direito Administrativo*, p. 390-413.

<sup>151</sup> Para o autor a terminologia usual pode gerar dúvidas, razão pela qual prefere acolher a lição de Guido Zanobini e separar o conteúdo do ato, isto é, o que o ato dispõe, daquilo a que se refere, que seria propriamente o objeto do ato. De fato, embora conexas, as realidades não se confundem, pois o conteúdo pertence à declaração e o objeto encontra-se fora dela.

segundo aspecto consiste na pertinência ao exercício de função administrativa. Sem objeto, a declaração jurídica não será um ato jurídico; sem pertinência ao exercício de função administrativa, a declaração não pode ser categorizada como ato administrativo.

Por sua vez, segundo o autor, para ser válido, o ato deve estar de acordo com cinco pressupostos: a) subjetivo (aptidão normativa conferida ao agente para a produção do ato); b) objetivo (motivo e procedimento); c) teleológico (finalidade pública); d) lógico (causa – relação de adequação entre o motivo e o conteúdo, a vista da finalidade tipológica); e) formalístico (observância de formalidades legais).

Essa sistematização é acolhida neste estudo por representar a que melhor exprime, na evolução atual da doutrina, o conjunto de realidades que auxiliam na formação do ato administrativo, autorizando seguras apreciações sobre a adequação formal e substancial dos atos administrativos à ordem jurídica.

Sem pretensão de esgotá-los, passemos em revista a cada um desses aspectos.

### 9.2.1. *Elementos do ato*

O ato administrativo é uma declaração prescritiva perceptível no mundo dos fatos, logo é necessário que possua um mínimo de significação jurídica e seja passível de apreensão pelos destinatários. Por consequência, para que exista, o comando posto pelo Estado tem que se corporificar materialmente, seja na forma de onda (ex. apito), sinal elétrico (ex. certidões emitidas eletronicamente por transmissão de dados de um computador a outro) ou em objetos materiais (ex. placas de trânsito, textos escritos etc). De fato, basta pensar que conteúdo sem forma só existe no mundo da abstração (no pensamento) e que forma sem nenhum conteúdo seria o nada, isto é, um “espaço vazio”.

Conteúdo é aquilo que o ato dispõe, a alteração pretendida com sua edição, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica, que deve ser conforme a lei. O conteúdo essencial, por sua vez, divide-se em natural e implícito. O primeiro é o núcleo da declaração, que necessita ser enunciado para produzir a alteração jurídica pretendida pelo ato. O conteúdo implícito é o que *decorre da tipologia* do ato e nela está contido, ainda que não seja declarado. O conteúdo acidental corresponde a tudo o mais que não corresponda à essencialidade do ato e compreende condições (suspensiva e resolutive), termo e encargos, desde que não previstos em lei, adicionados no exercício de competência discricionária.

A forma corresponde ao revestimento exterior do ato, ou seja, ao modo pelo qual este aparece e revela sua existência. Inexiste ato sem forma, mas esta pode ser determinada ou não, e corresponde quando prescrita a um pressuposto de validade (pressuposto formalístico). Ressalva o autor que para a existência do ato não basta que ganhe forma no mundo físico, mas que adquira a “forma que o Direito considere suficiente para tanto [...], ou seja, quando cumprido o meio apto para revelação de um conteúdo”, o que ocorre com a publicidade do ato<sup>152</sup>.

### 9.2.2. Pressupostos de existência

De outro lado, somente existirá ato administrativo se este for editado no exercício de função administrativa. Pode-se dizer um pouco mais: é preciso que o ato tenha sido editado sob regime de direito público, pois quando despido de prerrogativas públicas não poderá ser qualificado como ato administrativo.

Além da pertinência ao exercício de função administrativa, inclui o autor entre os pressupostos de existência do ato que se refira a um objeto material e *juridicamente possível*, pois um ato “que incida sobre um objeto inexistente é um ato inexistente, um não-ato”<sup>153</sup>. De fato, se admitirmos que ato administrativo é uma declaração estatal que produz efeitos jurídicos, somente será possível considerar como tal, a que tenha possibilidade de ocasionar alguma interferência em situações jurídicas dos destinatários. Logo, se é inexistente o objeto, o ato dispõe sobre o nada e seria uma declaração inútil, já que incapaz de regular

---

<sup>152</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Ato administrativo e direitos dos administrados*, p. 46-47. O autor acompanha as lições de Michel Stassinopoulos (*Traité des actés administratifs*, p. 223-225). Nessa medida, após discorrer sobre os três modos de aperfeiçoamento dos atos privados (exteriorização, informação ao destinatário e recepção), pontua que “... um comportamento só adquire a qualidade de ato jurídico, só ganha forma perante o Direito, quando cumpre aquilo que é o *mínimo para ressoar juridicamente*, a saber: chegar ao (ou aos) destinatário(s), transpondo o plano pessoal do agente para ingressar no plano social” (*ibidem*, p. 46, grifo nosso). Este meio, prossegue, realiza-se na forma que o Direito considere suficiente, que só pode ser a publicidade, que ocorre sob as formas da publicação e da comunicação. Tal momento não se confunde, necessariamente, segundo o autor, com o conhecimento do ato pelos destinatários, nem elide que expressa previsão normativa disponha em sentido diverso (*ibidem*, p. 47 e 53). Por sua vez, Antônio Carlos Cintra do Amaral sustenta que a “... declaração estatal existe no momento em que é *socialmente reconhecível*...”, o que ocorre quando o ato adquire forma, de acordo com os padrões sociais vigentes, o que ocorre “quando há publicação, ou, em certos casos, a notificação ou intimação ao destinatário” (Cf. *Teoria do ato administrativo*, p. 51, grifo no original). Trata-se de um critério metajurídico, como reconhece o próprio autor, pois se ocupa em identificar tão-somente certo acontecimento da realidade fática. Para Cintra do Amaral, se há exigência legal de notificação ou intimação ao destinatário depois da publicação, aquela diz respeito à eficácia do ato (*ibidem*, mesma página).

<sup>153</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 395. A expressão “ato administrativo inexistente”, por vezes utilizada pela doutrina, não expressa a realidade da melhor forma, pois expressa uma contradição, na medida em que não se trata de um ato administrativo, mas de outro objeto.

condutas no mundo real. Assim, a doutrina refere como inexistentes hipóteses em que o conteúdo do ato disponha sobre alguém já falecido ou sobre uma situação jurídica inexistente, tal como uma concessão extinta<sup>154</sup>.

Ponto de tensão na formulação é a exclusão de atos cujo conteúdo se refira a objetos não admitidos pelo ordenamento (juridicamente impossíveis), pois a elaboração avança sobre a compatibilidade do ato com o ordenamento jurídico<sup>155</sup>.

### 9.2.3. Pressupostos de validade

*Pressuposto subjetivo* é a relação de pertinência entre o sujeito que edita o ato e o ordenamento jurídico. Com efeito, o ato de administrativo, para ser válido, pressupõe que seja editado por uma autoridade no exercício legal de função administrativa. Por consequência, nesse âmbito devem ser avaliadas “a capacidade da pessoa jurídica que o praticou, a quantidade de atribuições do órgão que o produziu, a competência do agente emanador e a existência ou inexistência de óbices à sua atuação no caso concreto”<sup>156</sup>.

Os pressupostos objetivos são as condições necessárias para a prática de um ato e consistem em *atos* (motivo) e *atos jurídicos* (procedimento) cuja ocorrência são requisitos para a validade do ato.

O *motivo* é o *substrato material* identificado pela Administração Pública para a prática do ato, ou seja, seu pressuposto fático, que pode ou não estar previsto em lei (motivo legal). Para o que o ato seja válido, é necessário que se demonstre que ocorreu o motivo que ensejou a edição do ato (materialidade) e que haja correspondência entre ele (motivo fático) e o motivo legal (pressuposto de fato – suporte fático – hipótese de incidência). Menciona o autor, ainda, que algumas vezes o motivo legal é descrito em termos que não permitem

---

<sup>154</sup> Nesse sentido, confira-se a lição de Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Teoria do ato administrativo*, p. 76.

<sup>155</sup> Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 395. Defendendo essa posição Weida Zancaner sustenta que “... a afirmação de que num conteúdo há implicitamente referência a um objeto não pode ser extrapolada para o Direito, pois há objetos que não servem de sustentáculos à emanção de uma declaração jurídica, e a análise da existência ou viabilidade jurídica do objeto refere-se ao plano da existência ou perfeição do ato, e não, exclusivamente, como pretendem alguns, ao plano da validade” (Cf. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 36). Em sentido contrário: Cf. Regis Fernandes de Oliveira, *Ato administrativo*, p. 155. Embora admissível, a menção a um objeto juridicamente impossível é uma formulação passível de dúvidas, pois traz um conteúdo material para o juízo de existência, cuja delimitação é deveras difícil. Por essa razão, sem prejuízo de maior reflexão e ulterior aprofundamento, acolhemos apenas como pressuposto de existência que a declaração refira-se a um objeto existente, atual ou futuro, conforme o caso, remetendo o estudo de sua possibilidade jurídica para plano da validade.

<sup>156</sup> *Ibidem*, p. 397.

determinação objetiva, cabendo à autoridade “proceder a uma valoração do motivo”, ou seja, avaliar se uma dada conduta pode ou não ser nele enquadrada. Ressalva, todavia, que esse juízo subjetivo deve ser feito, “de acordo com os padrões culturais vigentes”, sob pena de ilegitimidade do ato<sup>157</sup>.

Requisitos procedimentais são os atos que devem, por imposição legal, preceder um determinado ato e que podem ser produzidos pela Administração ou pelo próprio particular. No âmbito procedimental, é relevante destacar que a edição de atos administrativos, especialmente os restritivos de direitos dos administrados, deve ser precedida de um conjunto de atos interligados que legitimam a edição do estatal, sem os quais o ato se reputa inválido, tendo em vista que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o *devido* processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF).

A finalidade é “o bem jurídico objetivado pelo ato”, ou seja, “é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele *comportados*”<sup>158</sup>. Toda norma possui um sentido, uma razão, de modo que a edição de atos administrativos, por estar fundada em regras legais, deve estar orientada para a realização dos fins que ensejaram a regulamentação daquela específica competência administrativa. É defeso, portanto, ao administrador utilizar-se da edição de atos administrativos para atingir, mesmo que com boas intenções, fins diversos dos previstos para aquela categoria de ato administrativo, sob pena de incidir em desvio de poder.

Pressuposto lógico para a edição de atos administrativos, ou seja, sua causa, corresponde ao liame de “pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato”, isto é, à necessária “correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato *em função da finalidade tipológica do ato*”<sup>159</sup>. Assim, para que a consequência do ato seja legítima não basta que formalmente se realize o suporte fático ou que haja respeito ao fim estabelecido pela norma, mas é necessário que exista uma relação de *congruência material entre o motivo e a consequência, a vista da finalidade da norma*. Nesse âmbito devem ser avaliadas a razoabilidade e a proporcionalidade da solução encontrada, em face dos motivos e da

---

<sup>157</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 397-398. Importa destacar que o conceito de motivo não se confunde com o propósito do agente que editou o ato, cuja relevância só se faz presente nos atos editados no exercício de competência discricionária, nem com a enunciação dos motivos, isto é, com a motivação, que integra a formalização do ato.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 405, grifado no original.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 408, grifado no original.

finalidade da norma específica, sem que sejam admissíveis medidas administrativas desnecessárias e que ultrapassem certos limites.

O pressuposto formalístico, por fim, liga-se às regras específicas de exteriorização para cada categoria de ato administrativo, bem como à obrigação de portar as razões de fato e de direito que influenciaram na formação da convicção da autoridade administrativa (motivação).

## *CAPÍTULO IV*

### *EXTINÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO: VISÃO PANORÂMICA. A CASSAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO COMO ESPÉCIE DE RETIRADA*

#### *1. Introdução e questões relevantes.*

Fixado um conceito de ato administrativo, um modelo de análise estrutural e a necessidade de apreciá-lo nas três dimensões que revelam importância jurídica, o desenvolvimento do estudo impõe seja caracterizada sua extinção, diferenciando-a de institutos jurídicos que com ela se assemelham, identificando fatores que a ocasionam, agrupando-se após as diversas hipóteses extintivas, segundo critérios que se afigurem adequados para apartar cada conjunto de acordo com um regime jurídico específico.

Ao lado disso, à vista do objetivo traçado no presente, importa avaliar se as hipóteses em que um comportamento inadequado do administrado influencia na dinâmica da extinção do ato administrativo podem ser categorizadas em um bloco de regras, sujeita a princípios homogêneos.

Nesse caminho, impende pontuar de início que o modo como os autores abordam e descrevem o fim do ato administrativo é pouco homogêneo, especialmente quando se observam as lições dos doutrinadores estrangeiros, como veremos a seguir, aspecto que decorre tanto das diferentes conceituações de ato administrativo quanto das especificidades do direito positivo de cada país.

Para se enfrentar a falta de uniformidade na abordagem do tema, ao se refletir sobre o fenômeno da extinção do ato administrativo, algumas questões podem estimular o desenvolvimento e a ordenação do pensamento: a) Em que consiste a extinção de um ato administrativo? b) Quando ela ocorre? c) O fenômeno se realiza de igual modo para todas as espécies de atos administrativos? d) Que fatores influenciam na concretização do fenômeno? e) É possível agrupar esses fatores em classes? Essas classes, se existentes, podem ser subdivididas em espécies? f) Quem pode por fim ao ato administrativo ou aos seus efeitos? g) Existem limitações jurídicas para que a situação seja provocada unilateralmente pela Administração?

A resposta às três primeiras indagações (a, b e c) depende da caracterização do fenômeno extintivo, identificando em qual plano da realidade jurídica ele se desenvolve, ou

seja, cumpre compreender se a extinção do ato administrativo atinge sua existência enquanto realidade jurídica ou opera no plano da eficácia, ceifando-lhe os efeitos. A solução a ser oferecida às duas questões subsequentes (d e e) pressupõe avaliar quais circunstâncias ocasionam a extinção do ato, ou seja, entender a influência dos acontecimentos posteriores à edição do ato na dinâmica do seu fim. Nesse âmbito, é interessante apreciar quais as hipóteses em que o Estado está autorizado pelo ordenamento a editar atos com eficácia extintiva, se o particular, em alguma situação, pode provocar a extinção do ato e como é possível categorizar os diversos pressupostos que ocasionam o fim do ato. Por fim, as duas últimas questões (f e g), talvez as mais relevantes do ponto de vista prático, implicam avaliar, a vista do ordenamento jurídico e dos princípios que o informam, quais são os *limites jurídicos* para que se interfira em situações jurídicas subjetivas, estatutárias ou individuais, através de medidas extintivas, o que pressupõe a análise de cada uma das hipóteses de atos tipologicamente dotados desta eficácia.

Sem a pretensão de esgotar os autores que abordam o tema, observemos de início como a doutrina explica o fenômeno extintivo, antes de buscar um panorama que se revele adequado ao direito brasileiro, a partir da opção metodológica traçada.

## 2. O fenômeno da extinção do ato administrativo na doutrina

André de Laubadère<sup>160</sup> utiliza-se da expressão desaparecimento do ato administrativo para referir à sua extinção, esclarecendo que a emprega em sentido amplo, designando a hipótese em que o ato e seus efeitos são retroativamente aniquilados e também aquela que produz efeitos para o futuro. O autor distingue as hipóteses de desaparecimento segundo a vontade do sujeito que editou o ato, advertindo que causas exteriores puramente materiais podem colocar fim ao ato administrativo (desaparecimento do objeto, p. ex.), bem como uma manifestação de vontade de categoria diversa, através de anulação por ilegalidade, realizada administrativamente pelo superior hierárquico ou no âmbito do contencioso administrativo, por meio do recurso por excesso de poder. Por outro lado, aponta que o desaparecimento em razão da vontade do próprio autor pode estar expresso dentro do próprio ato, como quando estabelecido para uma duração limitada ou afetado a uma condição resolutiva, mas salienta que os problemas mais importantes decorrem de uma manifestação de vontade da administração posterior à emissão do ato (*retrait*). O autor explica que o vocábulo

---

<sup>160</sup> Cf. *Traité de Droit Administratif*, p. 321-329.

“*retrait*” é normalmente utilizado no direito francês para abranger duas situações diferentes, que devem ser analisadas de modo distinto, quais sejam, a retirada retroativa (*retrait rétroatif*), ou seja, a anulação que faz desaparecer os efeitos já decorridos, e a revogação ou abrogação, na qual a supressão faz desaparecer, total ou parcialmente, o ato para o futuro. Com base nessa distinção, o autor discorre sobre as possibilidades de retirada do ato administrativo, à vista de atos regulares e irregulares, criadores ou não de efeitos jurídicos, bem como em razão de cada espécie (ato-regra, ato-subjetivo e ato-condição).

Michel Stassinopoulos<sup>161</sup>, por sua vez, distingue o fim dos efeitos e o desaparecimento do ato administrativo. O jurista grego assemelha o ato que cessou seus efeitos a um ser que viveu e morreu e o ato eliminado a um ser que jamais conheceu a vida. Para Stassinopoulos, um ato cessa seus efeitos em razão: a) do esgotamento de seu conteúdo, que pode ser decorrente da expiração do prazo previsto no próprio ato ou pela sua execução; b) do desaparecimento do seu objeto, em razão da morte da pessoa, nos casos de atos emitidos *intuitu personae*, ou do desaparecimento do objeto material, nos atos emitidos *intuitu rei*; c) do advento de uma condição resolutiva; d) do desuso, em certas hipóteses; e) da sua retirada sem efeito retroativo (*retrait*) e f) da derrubada por outro ato. Por sua vez, o ato desaparece quando é anulado com força retroativa, que pode se realizar pela via jurisdicional (anulação) ou pela via administrativa (retirada retroativa).

Pietro Virga<sup>162</sup> refere que os provimentos de eficácia instantânea exaurem seus efeitos no momento em que são editados. Todavia, os provimentos de eficácia prolongada gerariam relações contínuas que se extinguiriam em razão de três eventos: a) fato natural, independente da vontade da Administração Pública ou dos destinatários (morte do destinatário, termo e condição resolutiva); b) ato da Administração, que consistiria num provimento de retirada (anulação, revogação, ab-rogação ou pronúncia de decadência); ou, ainda, c) um ato do interessado, quando a lei assim consentir (renúncia).

Marcello Caetano<sup>163</sup> também refere que a cessação da eficácia deve ser apreciada consoante o ato seja de execução instantânea ou continuada, pois os primeiros esgotam-se no momento em que o ato é executado, seja pela observância dos destinatários ou

---

<sup>161</sup> Cf. *Traité des actes administratifs*, p. 237-240.

<sup>162</sup> Cf. *Il provvedimento amministrativo*, p. 364-366. Ao tratar dos atos de retirada, Virga aponta quatro critérios fundamentais para classificá-los: a) subjetivo (autoridade); b) objetivo (motivo); c) misto (subjetivo e objetivo) e d) eficácia temporal. O autor noticia que a doutrina italiana majoritariamente acolhe o critério objetivo (*Ibidem*, p. 437-438, NR 9). Por fim, ressalte-se que o autor inclui a mera retirada como espécie de retiro, que teria por objeto um ato ainda ineficaz, impedindo-o de produzir efeitos no futuro (*Ibidem*, p. 439).

<sup>163</sup> Cf. *Manual de Direito Administrativo*, v. I, p. 524-525.

por imposição coercitiva. Os atos de eficácia continuada podem ou não estar sujeitos a limitação temporal ou de certas circunstâncias, mas quando estiverem cessarão seus efeitos quando estas advierem. Os atos de eficácia prolongada podem ainda cessar seus efeitos em virtude da renúncia do particular, quando admissível, ou de uma manifestação da Administração.

Concentra Caetano, então, sua atenção nas hipóteses em que é produzido um novo ato destinado a destruir o primeiro ou a fazer cessar seus efeitos e anota que, em ambas as hipóteses, denominadas revogação, a Administração extingue um ato anterior, ainda em vigor. Para o autor, o instituto da revogação difere da hipótese de edição de um novo ato com conteúdo diferente e contrário ao anterior, pois este o substitui, na medida em que dispõe para o futuro em termos opostos. O ato de revogação, por sua vez, é um ato administrativo secundário, que tem por objeto mediato o próprio ato revogado, com o fim de por termo à sua vigência, seja destruindo-o enquanto fonte de efeitos jurídicos, seja fazendo cessar seus efeitos para o futuro, e diferencia-se da anulação contenciosa, pois decorre de manifestação de um órgão administrativo. Assim, para Caetano qualifica-se como revogação tanto a efetivada espontaneamente (revogação oficiosa), quanto a requerida pelo particular (revogação graciosa); a realizada pelo próprio órgão que editou o ato (retratação) como a efetuada por um superior hierárquico; e ainda, a promovida em face de um ato válido, em razão de inoportunidade e inconveniência, quanto a decorrente da invalidade do ato, por estar inquinado de vício (anulação graciosa)<sup>164</sup>.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández<sup>165</sup> referem que a extinção do ato decorre da cessação definitiva de sua eficácia, que poderá ocorrer naturalmente, mediante seu total cumprimento, ou em razão de causas diversas, como o desaparecimento dos pressupostos fáticos que serviam de suporte ao ato, o vencimento do prazo, quando limitado pelo tempo, a realização de uma condição resolutória a que estava sujeito e, por fim, em razão de anulação e revogação, esta determinada pela Administração.

Enrique Sayagués Laso<sup>166</sup> menciona que normalmente os efeitos dos atos administrativos se realizam na forma e no tempo previstos, considerando-se consumado ou

---

<sup>164</sup> Cf. *Manual de Direito Administrativo*, v. I, p. 530-535.

<sup>165</sup> Cf. *Curso de Derecho Administrativo*, v. I, p. 593. Os autores reservam o termo revogação para referir à retirada promovida pela Administração, seja por razões de legalidade ou de oportunidade, nesta incluída a que tem por pressuposto o descumprimento de obrigações pelo destinatário do ato (*Ibidem*, p. 658-659).

<sup>166</sup> Cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, p. 515-516. Acresce o autor uma última hipótese que chama de retiro, tendo por objeto atos imperfeitos (*Ibidem*, p. 516).

esgotado o ato quando isto ocorre. Todavia, ressalta o autor uruguaio que isso nem sempre acontece, pois há casos em que declarações de vontade estatais, produzidas na via administrativa ou jurisdicional, podem levar à extinção do ato. Para Sayagués Laso, as formas de extinção administrativa podem ser reduzidas a quatro, correspondentes aos seguintes pressupostos: ilicitude (revogação por ilegalidade), conveniência (revogação por mérito), descumprimento de obrigações pelo beneficiário (caducidade) e desaparecimento de um dos pressupostos do ato (decaimento). De outro lado, na via jurisdicional, menciona o autor que somente podem ser extintos atos irregulares (anulação).

Agustín Gordillo<sup>167</sup> enfatiza que a extinção deve ser distinta das hipóteses de cessação temporária dos efeitos do ato, tendo em vista que implica cessação definitiva deste e dos seus efeitos, independentemente de expressa declaração com esse teor. Para o autor, não é vital distinguir as hipóteses de extinção segundo a previsão das circunstâncias no momento da emissão do ato (extinção natural e provocada), razão pela qual propõe que a sistematização seja efetuada com base na distinção entre atos legítimos e ilegítimos. Para os primeiros (atos legítimos), haveria três situações distintas: a) extinção de pleno direito, que abrangeria: a.1) o cumprimento do objeto, o termo e a condição resolutória, e a.2) impossibilidade de fato, superveniente à edição do ato; b) a disposta por ato administrativo: b.1) em razão do inadimplemento culposo do indivíduo (“*caducidad*”); b.2) o desuso de um direito por parte do particular e b.3) a revogação por razões de inoportunidade, que pode ser originária ou superveniente; e c) declarada pelo particular, correspondendo às figuras da renúncia e da recusa. Já os atos ilegítimos seriam extintos por: a) anulação, quando realizada pela Justiça, ou b) revogação por ilegitimidade, quando realizada pela Administração, esta última hipótese, abrangendo: b.1) a ilegitimidade originária e b.2) a superveniente, decorrente de alterações b.2.1) nas circunstâncias de fato ou b.2.2) no direito.

Juan Carlos Cassagne<sup>168</sup>, após salientar que parte das divergências sobre o tema referem-se a questões de ordem terminológica, aborda a extinção do ato administrativo considerando-o em sentido relativamente amplo, englobando tanto os atos unilaterais e bilaterais, mas deixa de lado as especificidades destes. O autor não encontra vantagem na

---

<sup>167</sup> Cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Cap. XIII, p. 1-27.

<sup>168</sup> Cf. *El acto administrativo*, p. 373-382. Cassagne indica três principais correntes doutrinárias para distinguir as espécies de extinção e conceituar a revogação: a) conforme a eficácia temporal (*ex nunc* ou *ex tunc*), predominante na França; b) consoante a causa da extinção (razões de oportunidade, mérito e conveniência ou ilegalidade), bastante difundida na Itália; e c) em função do órgão que decreta a extinção (administrativa ou judicial), que seria a postura majoritária na Argentina (*Ibidem*, p. 379-380, NR 709-711).

distinção entre extinção do ato e cessação de seus efeitos, pois sustenta que em todas as situações opera a supressão dos efeitos jurídicos do ato. Segundo Cassagne, as hipóteses de extinção compreendem três grandes conjuntos: a) extinção sem necessidade de declaração do órgão estatal, que decorre do esgotamento do ato que cumpriu todos seus efeitos jurídicos ou da impossibilidade física ou jurídica de realizar seu fim; b) extinção que depende da vontade do administrado, que ocorre através da renúncia a um direito disponível ou em razão da não aceitação de um ato que dependa do seu assentimento, como na hipótese de outorga de uma bolsa de estudos; c) extinção disposta pela Administração por meio da revogação, por razões de mérito ou ilegalidade, e a “caducidade”, que teria como pressuposto o inadimplemento de uma obrigação pelo particular e por objeto vínculos ou relações decorrentes de atos unilaterais ou bilaterais. Para Cassagne, o termo anulação ou invalidação deve ser reservado para referir à extinção decorrente de decisão judicial, por conta dos específicos efeitos da coisa julgada.

Segundo Hugo Olgún Juárez<sup>169</sup> o fim do ato administrativo pode ocorrer naturalmente, quando o ato produz seus efeitos no tempo previsto pelo órgão e cumpre seu normal ciclo de existência, hipótese em que se considera consumido (expiração do prazo, execução de determinados atos), ou de maneira provocada, quando um ato ou fato posterior provoca a cessação de sua eficácia ou o elimina da vida jurídica. A extinção provocada, segundo Olgún Juárez, pode decorrer de um fato posterior não previsto pela vontade do órgão emissor (acidental, p. ex. desaparecimento do titular, do objeto), de um fato posterior anunciado na manifestação de vontade do editor e contida no próprio ato (extinção por ação, como o termo final ou uma condição resolutória), e, por fim, em razão de um ato ulteriormente editado (extinção por reação) tendente a fazê-lo desaparecer ou interromper de forma definitiva sua eficácia. Tais manifestações podem ser tanto de um órgão jurisdicional (declaração de nulidade) ou administrativo (a retirada). Essa figura genérica denominada retirada corresponderia a uma manifestação de vontade contrária e posterior ao ato de origem, realizada por pessoa que pertence ao mesmo poder que o editor do ato, e compreenderia diversas figuras, quais sejam: invalidação, “caducidade”, revisão, resgate, revogação e a mera retirada, sendo que esta teria por objeto atos imperfeitos.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>170</sup> o fim do ato administrativo decorre da cessação dos seus efeitos, momento em que o ato deixa de produzir consequências novas, ainda que perdurem as anteriormente produzidas. Distingue o autor, conforme o conteúdo dos

---

<sup>169</sup> Cf. *Extinción de los actos administrativos: revocación, invalidación y decaimiento*, p. 31-35.

<sup>170</sup> Cf. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 611-614.

efeitos jurídicos, os atos em de prestação única, que esgotam seu ciclo com a própria execução, e os de prestação continuada, cujos efeitos perduram no tempo, por prazo determinado ou indeterminado. Esses últimos prolongam seus efeitos até que um fato natural ou jurídico neles ponha fim. Nos atos administrativos com prazo determinado, leciona, a fluência do prazo ocasiona naturalmente sua extinção, salvo se um ato jurídico ou um fato ocasionar a cessação dos seus efeitos antes do término. Para Bandeira de Mello, a cessação dos atos administrativos pode ser provocada pelo particular, mediante renúncia, ou por uma manifestação de vontade da Administração, com diversos fundamentos (revogação, reforma, cassação etc). Todavia, segundo o autor, a decretação da invalidade do ato, pela Administração ou em juízo, ocasiona o “desconhecimento do próprio ato jurídico, que faz se tenham não só como cessados seus efeitos, como, mesmo, jamais tenha o referido ato jurídico existido”<sup>171</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>172</sup>, para identificar o objeto da revogação e da invalidação, diferencia o ato, como fonte de efeitos, e seus efeitos. Para o autor, o ato, como fonte de efeitos, permanece no sistema enquanto tiver possibilidade de produzir efeitos novos, sustentando que o ato se extingue quando não mais tiver a virtualidade de produzi-los. O autor diferencia as hipóteses de extinção, conforme o ato seja eficaz ou ineficaz. Os primeiros extinguem-se pelo cumprimento de seus efeitos (esgotamento do conteúdo jurídico da relação, pela execução material ou pelo implemento de condição resolutória ou termo final), pelo desaparecimento do elemento infungível da relação (sujeito ou objeto), em razão de um ato de retirada (revogação, invalidação, cassação, caducidade e contraposição) ou, por fim, em razão da renúncia do particular. Os atos ineficazes, anota, extinguem-se pela mera retirada ou pela recusa do interessado.

Para Antônio Carlos Cintra do Amaral<sup>173</sup>, o ato administrativo extingue-se quando é retirado do sistema ou é substituído por outro com conteúdo diverso ou com ele incompatível. Cintra do Amaral não considera a mera retirada como hipótese de extinção, por entender que ela significa apenas a interrupção do processo de formação da declaração, nem admite o desuso como modo de extinção, por reconhecer que a ineficácia *de fato* não implica

---

<sup>171</sup> *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 613.

<sup>172</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 445-448 e 450-451. Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz menção às modalidades de extinção proposta por Celso Antônio, mas concentra-se na análise da revogação e da invalidação (*Direito Administrativo*, p. 222-236). A sistematização proposta por Diogenes Gasparini assemelha-se a do autor, dela dissentindo quanto à exclusão da contraposição como espécie de retirada, pois a considera inclusa na revogação (*Direito Administrativo*, p. 100-105).

<sup>173</sup> Cf. *Teoria do ato administrativo*, p. 71-75.

em eliminação do ato, mas pontua que a impossibilidade de eficácia fática torna o ato inválido por inutilidade. Para o autor, a extinção da relação jurídica implica extinção do ato que lhe dá suporte, razão pela qual critica o posicionamento daqueles que discorrem sobre a extinção dos efeitos do ato administrativo de modo dissociado do desaparecimento deste. Para o autor, a extinção pode ser classificada em três grandes categorias: a) provocada por um fato que faça cessar, direta ou indiretamente, sua eficácia jurídica (esgotamento); b) por um novo ato administrativo (revogação, derrubada e cassação) e c) por novo ato administrativo ou por uma decisão judicial (anulação ou decaimento).

Regis Fernandes de Oliveira<sup>174</sup>, acompanhando os ensinamentos de Renato Alessi, distingue o ato em si (declaração) e seus efeitos (o de ser fonte de efeitos) e sustenta que sempre desaparecem os efeitos do ato, pois o ato, como realidade fenomênica, não pode ser apagado. O autor acolhe a classificação de Hugo Olguín Juárez, mas dela se afasta parcialmente por não reconhecer o mero retiro como possibilidade de retirada de ato imperfeito, pois sustenta que a perfeição pressupõe a existência do ato, e admitir como espécies de retirada apenas a invalidação, a revogação e a cassação. Para Regis de Oliveira, as demais modalidades de extinção (caducidade, decaimento e derrubada) independem de reação por parte dos agentes administrativos. Por fim, identifica o autor a possibilidade de extinção do ato administrativo por ato dos particulares, nas modalidades renúncia ou recusa.

Lúcia Valle Figueiredo<sup>175</sup> distingue as hipóteses de extinção em natural e provocada, conforme decorram ou não de outro provimento. As primeiras seriam ocasionadas pelo esgotamento natural do objeto do ato, pelo desaparecimento do objeto ou dos sujeitos, em razão do decurso de prazo ou de condição resolutiva, prevista em lei ou na norma individual (caducidade), e, por fim, em razão de ação ou omissão de uma conduta devida (decadência). Ancorada nas lições de José Robin de Andrade, Valle Figueiredo sustenta que a declaração de caducidade é necessária para certeza do direito, mas opera efeitos retroativos. Para a autora, a extinção provocada decorre de um provimento ulterior e têm como espécies a contraposição, a invalidação e a revogação, que abarcaria a cassação.

Marçal Justen Filho<sup>176</sup> sustenta que “o ato administrativo em si mesmo não é propriamente extinto, mas seus efeitos jurídicos é que deixam de existir”. O autor apresenta as seguintes hipóteses de extinção do ato administrativo: exaurimento da eficácia do ato; decurso

---

<sup>174</sup> Cf. *Ato administrativo*, p. 109-119.

<sup>175</sup> Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 238-241.

<sup>176</sup> Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 242-248 e 276-277.

do tempo; desaparecimento do pressuposto fático; renúncia do interessado; rescisão por inadimplemento; força maior, caso fortuito, invalidação e revogação.

### 3. *Extinção do ato ou extinção dos seus efeitos?*

Como salientado acima, a primeira questão a ser enfrentada no âmbito da apreciação do fenômeno extintivo consiste na sua caracterização, a fim de se compreender como se realiza, já que as demais questões estão a ela conexas.

Nesse aspecto, após cotejar a opinião dos doutrinadores nacionais e estrangeiros, pode-se concluir que a resposta ao questionamento depende fundamentalmente da posição que se adote quanto ao conceito de ato administrativo e da compreensão que se tenha dos planos de apreciação dos fenômenos jurídicos, de modo que comparações e críticas às proposições oferecidas devem ser feitas com extrema cautela.

Com efeito, para os que identificam o ato com a declaração que o produz somente há sentido em se cogitar da extinção dos efeitos, na medida em que a declaração, pertencendo ao plano fático, jamais deixará de existir<sup>177</sup>.

De outro lado, para quem conceitua ato administrativo como o efeito decorrente da qualificação jurídica dada pelo ordenamento ao fato existirão duas realidades diversas: a declaração, existente no plano fático, e o ato administrativo, como ente pertencente ao plano jurídico, desprendido da declaração que o põe. Os doutrinadores que sustentam essa posição discutirão, então, até quando o ato permanece no sistema jurídico, ou seja, quando se esvai como realidade jurídica. Para uns, o ato permanece no sistema sustentando seus efeitos<sup>178</sup>; para outros, o ato, como fonte de efeitos, só permanece no ordenamento enquanto possua condições de produzir efeitos novos, extinguindo-se quando deixe de possuir essa

---

<sup>177</sup> Nesse sentido, Regis Fernandes de Oliveira leciona que: “Uma coisa é o ato em si (*ens a se*) e outra são seus efeitos (*ens ab alio*). Emitido o ato, tem-se o efeito de produzir efeitos. A fonte é fonte, por ela própria, mas tem a virtude de produzir alguma coisa e este é outro efeito da fonte”. A partir dessa posição, conclui: “O passado é passado. Nenhuma força poderá voltar, logicamente, a ele, para eliminar o que já passou sob a égide do ato até então emanado (legítima ou ilegitimamente, pouco importa)” (*Ato administrativo*, p. 112 e 113).

<sup>178</sup> Eis a posição de Antônio Carlos Cintra do Amaral: “A eficácia do ato administrativo caracteriza-se pela constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica entre Estado e particular. Essa relação jurídica identifica-se com o ato que a constitui” e, do ponto de vista lógico, arremata o autor, é dele indissociável (*Teoria do ato administrativo*, p. 65-66 e 61). Partindo dessa premissa, conclui: “O ato administrativo (norma jurídica) extingue-se quando é eliminado do sistema jurídico, ou é substituído, expressa ou tacitamente, por outro ato com conteúdo diverso ou incompatível com o do ato anterior” (*ibidem*, p. 71).

virtualidade<sup>179</sup>. Por consequência, enquanto para estes o ato e os efeitos que produz são realidades que podem ser analisadas de modo divorciado, para os demais a extinção do ato e a extinção dos seus efeitos são modos distintos de observar o fenômeno, já que o ato e seus efeitos são indissociáveis e que se extinguem no mesmo momento, ainda que surjam em momentos diversos.

Assim, é necessário reconhecer que as proposições, embora diversas, referem-se a um mesmo fenômeno, descrito a partir de óticas e pressupostos diversos, de modo que uma análise comparativa exige que se leve em consideração o referencial de cada autor, pois seria inviável um confronto direto.

### 3.1. A posição adotada

Neste trabalho, consideramos que o ato administrativo é uma declaração que produz efeitos jurídicos, ou seja, é uma fonte formal, de modo que, por coerência, é necessário distinguir o ato, enquanto fonte de efeitos, e efeitos do ato, ou seja, as modificações que ocasiona no plano jurídico<sup>180</sup>.

Admitida essa referência conceitual, é correto afirmar que a expulsão do ato do sistema jurídico ocasiona a paralisação dos seus efeitos, pois nesse momento o ato deixa de ter virtualidade para incidir sobre o mundo dos fatos. Todavia, daí não decorre que o ato sempre se extingue por eliminação, porque pertence ao sistema enquanto possuir a virtualidade de ocasionar alterações nesse plano, isto é, enquanto for uma fonte de efeitos. Assim, os atos concretos, após alterarem a realidade jurídica, fazendo eclodir seus efeitos finais, perdem seu conteúdo preceptivo, ou seja, a capacidade de criar, extinguir ou interferir em situações jurídicas e, por consequência, deixam de pertencer ao ordenamento vigente, ainda que seu conteúdo permaneça a reger as situações jurídicas decorrentes.

---

<sup>179</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello pontua que o ato é uma fonte de efeitos, de modo que, quando esgotados estes, o ato cumpriu sua virtualidade jurídica, deixando de existir como fonte, permanecendo no sistema apenas os efeitos produzidos (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 450-451 e 462-463). No mesmo sentido, confira-se Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 100-101, especialmente NR 25.

<sup>180</sup> Não se deve confundir a produção de efeitos jurídicos (plano normativo) com aplicação do ato, que ocorre no plano fático. Sendo assim, não se pode cogitar, na referência adotada, em classificar os atos administrativos em de execução instantânea e de execução continuada, consoante propõem Marcelo Caetano e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Pode-se destacar ainda que eventual declaração estatal que reconhece a incidência de uma norma em relação a um determinado fato pode ocorrer – e muitas vezes ocorre - posteriormente ao desaparecimento dessa norma, pois o fenômeno da incidência não coincide com o da aplicação (Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, T. I, p. 12-13). Sobre a infalibilidade da incidência, Alfredo Augusto Becker leciona que a “incidência da regra jurídica é infalível, o que falha é o respeito aos efeitos jurídicos dela decorrentes” (Cf. *Teoria geral do Direito Tributário*, p. 328).

De outro lado, também é certo sustentar que a cessação definitiva dos efeitos do ato ocasiona sua extinção, visto que somente pode ser considerado existente, ou seja, pertencente à realidade jurídica, enquanto possuir condições de produzir efeitos jurídicos. Todavia, daí não deriva que o ato sempre se extingue por cessação dos seus efeitos. É que há atos que têm como característica a aptidão de produzir efeitos jurídicos contínuos (atos abstratos) e somente se extinguem quando retirados do sistema jurídico. Situação semelhante ocorre em face de atos ineficazes, que podem ser extintos antes mesmo da produção de seus efeitos típicos, momento em que ainda pertencem ao ordenamento.

Portanto, com o referencial utilizado, para descrever como ocorre a extinção de um ato administrativo, é preciso distinguir o modo de eclosão dos efeitos jurídicos em cada espécie de ato e sua aptidão para produzir efeitos finais. Nessa abordagem, o fim do ato ocorre tanto pela sua eliminação como pela cessação dos seus efeitos, a depender da espécie de ato (concreto – abstrato) e da situação de sua eficácia (eficaz – ineficaz).

#### *4. Extinção do ato administrativo e institutos similares*

Compreendido em que consiste o fenômeno da extinção do ato administrativo, importa ressaltar, como enfatiza Agustín Gordillo, que há hipóteses assemelhadas, mas que com ela não se confundem, na medida em que se trata de declarações jurídicas que interferem nos efeitos de um ato, mas não ocasionam sua cessação definitiva, nem a eliminação do ente.

Assim, não há confundir extinção com retificação, que é a mera correção do ato administrativo por conter algum erro ou equívoco<sup>181</sup>. Evidentemente, essa hipótese não pode avançar além da mera correção de erros materiais, uma vez que o saneamento de vícios se realiza por meios próprios, com limites específicos.

Também não se confundem extinção e convalidação, já que esta é uma forma de restauração da ordem jurídica, com eficácia retroativa, realizada pela correção de um vício que contamine o ato ou seus efeitos, mas que, em razão de uma “menor gravidade”, não impõe sua invalidação<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> Cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 634. A retificação não pode alterar a substância do ato, devendo restringir-se a corrigir erros materiais, a fim de evitar dúvidas (p. ex. retificação do nome do beneficiário do ato, para retificar equívoco na grafia).

<sup>182</sup> Cf. Weida Zancaner, *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 65. Cabe ressaltar que a autora distingue o instituto em três categorias: conforme a convalidação seja produzida ou não pelo mesmo

Diferem também a extinção e conversão, que é o ato administrativo que tem por objetivo o aproveitamento de uma situação jurídica viciada, mediante sua transformação em uma situação diversa, depurada do vício<sup>183</sup>.

Por fim, deve-se distinguir suspensão e extinção, na medida em que a primeira apenas cessa temporariamente a eficácia do ato ou de seus efeitos, enquanto pendente uma apreciação final ou a adoção de uma providência a cargo do interessado. É o que ocorre quando o Poder Judiciário concede tutela provisória ao interessado, afastando parcial ou totalmente os efeitos do ato, ou quando o poder público utiliza um instrumento acautelatório, como a interdição temporária de um estabelecimento.

##### *5. As causas da extinção do ato administrativo*

Compreendido e delimitado o objeto da extinção, importa considerar quais fatores ocasionam esse fenômeno.

Questiona-se, então, quais circunstâncias levam à extinção do ato ou dos seus efeitos, conforme sua tipologia e eficácia, de modo que a abordagem do tema deve considerar a diferença existente entre o modo de extinção dos atos abstratos e dos atos concretos.

Os atos abstratos, ainda que ineficazes e salvo os temporários, só se extinguem com sua eliminação, porque estão dotados da característica da continuidade, incidindo sobre a realidade toda vez que nela ocorrer o descrito no seu pressuposto. Sua extinção, portanto, depende, regra geral, da edição ulterior de um novo ato estatal que os retire do sistema, pois o particular não tem disponibilidade sobre eles.

Os atos concretos extinguem-se com a eclosão dos seus efeitos jurídicos finais, de modo que permanecem no ordenamento apenas suas consequências, ou seja, as modificações jurídicas por ele preordenadas. Portanto, ocorrido o fato que impedia a produção de efeitos, o ato ocasiona as alterações jurídicas a que se destina e imediatamente extingue-se, pois perde a qualidade de fonte de efeitos. A partir desse momento, apenas seus efeitos poderão ser subtraídos do sistema, caso ocorra um acontecimento posterior que seja suficiente para neles colocar fim. Tal evento pode ser um fato, que impeça, direta ou indiretamente, o prosseguimento dos efeitos do ato, ou um ato jurídico, editado pelo Estado ou mesmo uma

---

órgão que editou o ato viciado (ratificação e confirmação) ou de modo indireto por uma ação ou omissão que envolve assentimento do interessado (saneamento - regularização) (Cf. *ibidem*, p. 90).

<sup>183</sup> Cf. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 663.

declaração jurídica do particular, esta, evidentemente, somente admissível nas hipóteses em que o destinatário tenha disponibilidade, segundo o ordenamento jurídico, para renunciar aos efeitos de um ato administrativo que lhe seja favorável.

Os atos concretos ineficazes, diante de sua incapacidade para produzir efeitos jurídicos típicos, não se extinguem do mesmo modo, já que aguardam um evento que permita sua eclosão. Nessa condição, a extinção do ato dependerá de um acontecimento posterior ao seu aperfeiçoamento que impeça a produção de seus efeitos típicos e ocasione, em consequência, seu fim. Tal acontecimento pode ser um fato, que inviabilize de modo absoluto a produção dos efeitos típicos, ou um ato jurídico, seja do Estado, seja do particular, na hipótese que o administrado tenha disponibilidade sobre o interesse, isto é, para recusá-lo.

Em se tratando de atos concretos e bilaterais (contratos administrativos, convênios e convenções), além das hipóteses acima, há uma situação específica, prevista na legislação que os rege, que é a edição de outro ato bilateral com eficácia extintiva sobre o ato anterior (art. 79, inciso II, Lei nº 8.666/93).

Ou seja: a) atos abstratos – extinguem-se em razão da edição de outro ato estatal ou pela ocorrência de fato previsto como causa de sua extinção, quando temporário; b) atos concretos unilaterais – extinguem-se mediante ato do particular, ato do Estado ou um fato, que direta ou indiretamente impeça ou ocasione a cessação de sua eficácia jurídica; c) atos bilaterais concretos - extinguem-se por ato do particular, ato do Estado, outro ato bilateral ou um fato<sup>184</sup>.

Desse modo, em que pese a multiplicidade de critérios propostos pela doutrina, é possível descrever as causas da extinção dos atos administrativos, apartando as hipóteses de extinção do ato que decorrem de um fato das que derivam de uma nova pronúncia jurídica (ato jurídico), seja editada pelo Estado ou proveniente do particular.

A referida distinção parece-nos útil, na medida em que numa hipótese a eficácia extintiva sobrevém de um fato prévia e hipoteticamente previsto para o qual está imputada essa consequência ou de uma alteração na situação fática que impeça

---

<sup>184</sup> Acolhemos em parte as conclusões alcançadas por Antônio Carlos Cintra do Amaral (Cf. *Teoria do ato administrativo*, p. 74). Em especial, destaque-se a noção de extinção ocasionada pelo esgotamento decorrente de um fato que diretamente faz cessar sua eficácia jurídica ou que torne impossível sua eficácia fática e, indiretamente, ocasione a cessação de sua eficácia jurídica. Todavia, é preciso ressaltar que o autor não admite a extinção dos efeitos do ato administrativo por ato autônomo do particular, bem como separa a extinção ocasionada por invalidação numa categoria própria, visto sustentar que nessa hipótese foi constituído como fato aquilo que antes se passava por uma norma (*idem*, p. 72).

definitivamente a produção ou manutenção de efeitos jurídicos no plano material, enquanto na outra situação a extinção depende da edição de uma específica declaração jurídica.

Do ponto de vista do regime jurídico, isso significa que na segunda hipótese a declaração estatal editada possui eficácia constitutiva (negativa), pois implica a criação de uma nova situação jurídica, enquanto na outra, em que a extinção decorre do próprio fato (jurídico), que torna o ato incapaz de produzir efeitos ou faz cessar os efeitos produzidos, a eficácia decorre do próprio fato, de modo que *eventual* ato estatal ulteriormente editado terá eficácia declaratória, isto é, apenas certificará o fim do ato ou dos seus efeitos.

#### *6. Extinção dos efeitos do ato administrativo em razão de um fato*

Como assinalado acima, a ocorrência de certos fatos pode colocar fim aos efeitos de um ato administrativo, quando possuam a virtualidade para esgotar e exaurir o conteúdo de uma situação jurídica específica. Vamos chamar essa hipótese de “caducidade”, mas alertamos que ela não deve ser confundida com uma das espécies de ato de retirada, embora parte da doutrina e a legislação utilizem esse vocábulo para referi-las.

Em razão dessa eficácia extintiva, que decorre da própria realização do evento, alguns autores sustentam que não haveria necessidade de formal declaração dessa nova situação jurídica pela Administração Pública, pois a extinção derivaria da ocorrência de um pressuposto previamente definido ou de impossibilidade fática<sup>185</sup>.

É preciso, todavia, receber tal assertiva com cautela e alguma reserva, pois nem sempre será assim, na medida em que a afirmação que um fato ocorreu não pode ser efetuada unilateralmente pela Administração, isto é, sem a participação do particular.

De fato, nesses casos, a eficácia extintiva sobrevém da ocorrência de um fato prévia e hipoteticamente estabelecido, para o qual está imputada a extinção como consequência, ou de uma situação que impeça definitivamente a produção ou manutenção de efeitos jurídicos no plano material.

---

<sup>185</sup> Nessa medida, menciona Antônio Carlos Cintra do Amaral que: “A simples ocorrência do fato é qualificada, juridicamente, como produtora de efeito extintivo”, sem que haja necessidade de se produzir um novo ato administrativo (*Teoria do ato administrativo*, p. 76). Regis Fernandes de Oliveira também assim se posiciona ao fazer menção às hipóteses de caducidade, ou seja, ao desaparecimento do pressuposto de fato à vista do qual o ato foi emitido (*Ato administrativo*, p. 117-118).

Todavia, é necessário ponderar que, embora tais fatos tenham o condão de ocasionar a cessação dos efeitos do ato desde sua ocorrência, a *constatação desses acontecimentos*, muitas vezes, *depende de verificação de provas*, razão pela qual poderá ser controvertida a própria ocorrência do evento<sup>186</sup>. Logo, *ao menos nessa hipótese*, deverá a Administração declarar expressamente o fim do ato ou de seus efeitos, observando o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV e LV, CF), ainda que os efeitos da declaração estatal nessas circunstâncias possam retroagir ao momento do aparecimento da causa extintiva<sup>187</sup>.

Entendemos, pois, que a declaração (de caducidade do ato) é uma cautela necessária quando a ocorrência do fato causador da extinção for controversa.

É possível distinguir as hipóteses de extinção em razão de um fato em natural e acidental (ou provocada por um fato não previsto, na terminologia de Olguín Juárez<sup>188</sup>), conforme a situação dotada de força extintiva tenha sido prevista ou não no próprio pelo editor. A distinção tem relevo para indicar se o ato cumpriu ou não seus desígnios antes de atingir seu fim, mas não permite compreender seus pressupostos e eventuais efeitos. Em verdade, do ponto de vista jurídico, ambas as hipóteses de extinção dos efeitos do ato - natural e provocada - dependem da ocorrência de um acontecimento ulterior ao qual o ordenamento jurídico atribua a eficácia de ocasionar o esgotamento dos efeitos jurídicos do ato, consoante adverte Antônio Carlos Cintra do Amaral<sup>189</sup>. Por tal razão, *para fins de extinção*, parece-nos mais relevante discorrer diretamente sobre fatos jurídicos com eficácia extintiva, sem

---

<sup>186</sup> No aspecto, Augustín Gordillo leciona que “se el cumplimiento de la condición no es un hecho público y notorio, concreto y claro en cuanto a la fecha en que se produce, la administración y en su defecto la justicia deben declarar dicho cumplimiento y la extinción del primer acto a partir de la fecha que se determine” (*Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Cap. XIII, p. 15). Em Portugal, José Robin de Andrade Cunha a hipótese de declaração de caducidade, mencionando que nesse caso a cessação dos efeitos tem como causa o fato em si, que a declaração apenas constata, ainda que por vezes seja condição suspensiva da eficácia caducatória do fato (Cf. *A revogação dos actos administrativos*, p. 42).

<sup>187</sup> Para Lúcia Valle Figueiredo embora a caducidade “opere *ipso iure*, deve ser declarada para certeza do direito” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 241). A jurisprudência, porém, não tem sido uníssona em relação à necessidade de prévio contraditório antes da edição desse ato declaratório, consoante pode ser verificado no julgamento do RESP 1.113.808 (STJ, Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, DJE 23/06/2009, v.u.), relativo à exclusão de contribuintes do Programa de Recuperação Fiscal (REFIS) e proferido sob a égide do art. 543-C do Código de Processo Civil, que regula o julgamento de matérias repetitivas (disponível em <http://www.stj.jus.br>, acesso em 30/06/2010).

<sup>188</sup> Não nos parece necessário distinguir extinção natural e extinção provocada por ação (manifestação de vontade do editor), como faz o doutrinador chileno (Cf. *Extinción de los actos administrativos: revocación, invalidación y decaimiento*, p. 32), tendo em vista que as hipóteses se confundem, na medida em que a extinção natural nada mais é que a extinção ocasionada por um fato previsto pelo editor.

<sup>189</sup> Leciona o autor que o esgotamento do ato pode decorrer de um fato que diretamente faz cessar sua eficácia jurídica ou que torne impossível sua eficácia fática, ocasionando indiretamente a cessação de sua eficácia (Cf. *Teoria do ato administrativo*, p. 75-76).

preocupação se estão previstos na lei, no próprio ato ou se decorrem da impossibilidade de prosseguimento da situação jurídica por ele criada.

De outro lado, não parece viável restringir esse modo de extinção apenas às hipóteses de atos legítimos, tal como proposto por Agustín Gordillo, uma vez que também os atos portadores de vícios podem cessar seus efeitos em virtude da ocorrência de fatos, tenham sido estes previstos ou não pelo editor. Para confirmar tal assertiva, basta pensar na hipótese de exaurimento dos efeitos jurídicos do ato ou mesmo na estabilização jurídica destes, quando não mais seja viável a invalidação, por ter decorrido o prazo decadencial de cinco anos, conforme disposto no art. 54 da Lei nº 9.784/99.

Firmados esses aspectos, merece ser renovado que os atos concretos esgotam-se numa só aplicação, ainda que gerem consequências jurídicas transitórias ou perenes, valendo destacar que há atos cuja eficácia é extinguir situações jurídicas, pondo fim a eventuais poderes, direitos, obrigações e deveres até então existentes. É o que ocorre com o ato de demissão de um servidor público, que possui a eficácia de por fim ao vínculo funcional, fazendo vagar o cargo até então ocupado. Tais atos extinguem-se desde quando se tornem aptos a introduzir no ordenamento as mudanças para as quais foram preordenados, de modo que permanecem no universo jurídico apenas os efeitos que deles decorrem. Com isto, podemos afirmar que só é possível cogitar da extinção do ato em razão do esgotamento dos seus efeitos na hipótese em que do ato administrativo surja, ou ao menos seja mantida, uma situação jurídica.

Com esses limites, faz-se necessário reconhecer que há vários acontecimentos que podem ocasionar o fim dos efeitos do ato do administrativo porque levam ao seu esgotamento jurídico. Vejamos:

*a) execução material*

Uma das hipóteses de esgotamento dos efeitos do ato acontece com a ocorrência no plano material do comportamento que o ato tinha por eficácia típica amparar juridicamente, de modo que após esse episódio os efeitos do ato extinguem-se, na medida em que está exaurida a situação jurídica formada a partir da sua edição<sup>190</sup>.

---

<sup>190</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 446. Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, p. 239, com a ressalva que Valle Figueiredo cunha a hipótese de extinção do conteúdo do ato.

É o que acontece com uma autorização especial para transitar por uma rodovia carregando uma carga perigosa. Emitida a autorização, altera-se a situação jurídica do particular interessado, que ficará investido no direito de transitar pela via pública com sua carga, observados os parâmetros contidos no ato autorizador. Efeito típico do ato de autorização é o de permitir algo que sem ele não seria possível realizar; efeito implícito é a precariedade. Com a transferência da carga de um ponto a outro, os efeitos da autorização extinguem-se, visto que a situação jurídica favorável ao particular encontrar-se-á exaurida. Do mesmo modo, com o pagamento do tributo, extingue-se a relação jurídico-tributária entre contribuinte e Administração, formalmente constituída pelo lançamento; com a demolição de uma casa em ruínas, os efeitos do ato que a determinou; com a construção da edificação, os efeitos da licença que lhe deu suporte.

Em suma, uma das hipóteses de extinção dos efeitos do ato por esgotamento ocorre com a execução material do comportamento por ele sustentado. Todavia, como ressalta Michel Stassinopoulos, a hipótese extintiva em questão nem sempre ocorre, pois há atos que podem ter várias aplicações consecutivas, tal como uma autorização de polícia, que não esgota seu conteúdo quando concedida sem termo final<sup>191</sup>.

Impende ressaltar que, após o esgotamento dos efeitos jurídicos do ato, eventual impugnação não poderá mais ser dirigida a estes, de modo que caberá cogitar somente de recomposição ou reparação da lesão em razão do fato ocorrido no plano material.

*b) termo e condição resolutiva*

As duas hipóteses ora tratadas consistem em situações, sejam elas inerentes à tipologia do ato ou acrescidas acidentalmente, no exercício de competência discricionária, que têm o condão de ocasionar a cessação definitiva dos efeitos do ato.

O termo final consiste em um evento futuro e certo cuja ocorrência implique na extinção dos efeitos do ato. Assim, os efeitos de um contrato administrativo de fornecimento de utilidades para uma unidade escolar extinguem-se com a fluência do prazo nele previsto. Do mesmo modo, a suspensão dos deveres funcionais em razão da concessão de férias ou de licença extingue-se com a fluência do prazo expresso no ato correspondente. Aqui não há dúvida que o termo final ocasiona por si só a produção de efeitos jurídicos, sendo despicienda a declaração estatal.

---

<sup>191</sup> Cf. *Traité des actes administratifs*, p. 238.

Também pode ocasionar a extinção dos efeitos do ato administrativo o implemento de uma condição resolutiva, ou seja, um evento futuro e incerto, que tenha a virtualidade de ocasionar a cessação dos efeitos do ato administrativo. Assim, o não pagamento das parcelas de um acordo pode ser o motivo contido na lei ou no ato para a extinção do parcelamento; a ocorrência de determinadas condições fáticas, por sua vez, pode extinguir os efeitos de uma autorização. Nessa hipótese, como anteriormente salientamos, a extinção dos efeitos do ato deverá ser declarada pela Administração, a fim de certificar sua ocorrência, ao menos quando o acontecimento for controverso.

*c) ausência dos sujeitos*

Pressuposto para a manutenção de uma relação jurídica é que haja ao menos duas pessoas referidas, de modo que desocupado um dos polos, os efeitos do ato findam-se.

No âmbito das relações administrativas, num dos polos encontra-se um ente no exercício de função administrativa. Embora não seja a hipótese ordinária, pode-se indagar o que acontecerá com as relações travadas por um ente pertencente à administração indireta na hipótese de sua extinção: o que ocorrerá com os servidores investidos em cargos públicos? Qual o destino das obrigações tributárias pendentes de adimplemento? E os contratos administrativos em curso? Em tais casos, o ato que determinar a extinção da pessoa jurídica deverá regular as situações e indicar quem assumirá a posição antes ocupada pelo ente público, se o ente criador ou outro, bem como quais relações não terão prosseguimento.

De outro lado, os efeitos do ato podem ser extintos em razão da ausência do interessado, quando sua presença seja essencial para o prosseguimento da relação jurídica, em virtude de conter direito que não pode ser transmitido aos sucessores.

Assim, os efeitos da licença para direção de veículo automotor extinguem-se com o óbito do titular, por conter direito intransmissível (art. 140, CTB). Pela mesma razão, extinguem-se os efeitos da nomeação para ocupar cargo ou função pública (art. 33, inciso IX, Lei nº 8.112/90).

Todavia, nem todos os efeitos dos atos administrativos são personalíssimos, de modo que o desaparecimento do titular nem sempre ocasionará a extinção deles. Mire-se, por exemplo, na obtenção de licença para construir uma edificação em um imóvel, que se

transfere aos novos proprietários do bem, juntamente com este, seguindo a regra geral que o acessório segue o destino do principal<sup>192</sup>.

*d) desaparecimento do objeto*

Há hipóteses em que a situação jurídica do interessado está intimamente relacionada a um determinado e específico bem, de natureza infungível, cujo perecimento ocasionará, imediatamente, a cessação dos efeitos do ato administrativo correspondente. Assim, por exemplo, os efeitos da licença para transitar com um determinado veículo automotor extinguem-se com a colisão deste, quando ocasione o perecimento do bem e o torne irrecuperável para os fins que lhe são próprios (art. 103, CTB).

*e) influência da inércia do interessado: decadência*

Pode ocorrer, ainda, que os efeitos do ato estejam sujeitos a uma providência tomada pelo particular em certo tempo, de modo que a *inércia* do interessado pode ocasionar a extinção da situação jurídica subjacente<sup>193</sup>.

É a hipótese de decadência, que se caracteriza pela perda de um direito em razão do seu não exercício num determinado tempo, como ocorre quando o interessado deixe de tomar posse após a nomeação para um cargo (art. 13, § 6º, Lei 8.112/90).

No aspecto, merece destacar que, salvo quando prevista em norma jurídica, não há admitir o *desuso* como modalidade de extinção dos efeitos do ato administrativo, já que a ineficácia fática não tem o condão de subtrair efeitos jurídicos de uma norma<sup>194</sup>.

*7. A extinção do ato administrativo em razão de ato do particular*

O particular poderá, em hipóteses restritas, rejeitar o ato ou os efeitos do ato quando tenha disponibilidade sobre ele<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> Cf. Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, p. 239.

<sup>193</sup> A rigor, este pressuposto está inserido nos anteriormente mencionados. Destacamos a influência da inércia do interessado, apenas para realçar sua especificidade.

<sup>194</sup> Cf. Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Teoria do Ato Administrativo*, p. 72.

<sup>195</sup> Cumpre ressaltar que se a Administração deve manifestar aquiescência com a rejeição apresentada pelo particular, a hipótese não gozará de autonomia, pois a eclosão de efeitos extintivos dependerá de uma declaração estatal, de modo que o ato de renúncia, nesse caso, não goza de eficácia extintiva autônoma. A manifestação do particular seria, pois, requisito de validade (p. ex., pedido de exoneração de um ocupante de cargo de provimento efetivo), valendo lembrar que a hipótese de abandono de cargo público, no direito brasileiro, é tipificada criminalmente (art. 323, CP). Por outro lado, a renúncia ao fundo de direito em hipóteses de atos ampliativos de direito que possuam natureza alimentar deve ser vista com cautela, já que é possível tratar-se de direito indisponível (benefício previdenciário, p. ex.).

É o que sucede com a *renúncia ao direito* à posse em cargo público, que põe fim aos efeitos da nomeação, ou à contratação, após o decurso do prazo para convocação do interessado (art. 64, § 3º, Lei nº 8.666/93).

De outro lado, há hipóteses em que a aceitação do interessado é condição de *eficácia do ato*, de modo que se houver *recusa* do particular, o ato perde sua potencialidade de produzir efeitos, como na rejeição ao recebimento de um prêmio ou de uma bolsa de estudos.

#### 8. A extinção do ato administrativo em razão de ato do Estado: a retirada

Por fim, há hipóteses em que o Estado, por meio de uma nova declaração, promove a extinção de um ato administrativo anteriormente editado ou dos efeitos dele decorrentes, conforme o caso. Essa possibilidade merece atenção e adequado tratamento, tanto em razão do objeto do presente estudo, quanto pela sua importância jurídica, enquanto declaração estatal que interfere unilateralmente na esfera jurídica do particular.

Refere-se à retirada, então, para designar um ato estatal concreto, bilateral ou unilateral, que tem por objeto a supressão do ordenamento jurídico de um ato administrativo ou dos seus efeitos.

Ressalve-se que nem todos os autores acolhem esse sentido amplo ao termo retirada, em razão da diversidade de regime jurídicos a que se submetem as declarações estatais editadas com esse propósito<sup>196</sup>. Parece, todavia, útil trabalhar com uma noção ampla da retirada, a fim de demarcar um campo dilatado de ação estatal voltado para a extinção dos efeitos de um ato administrativo anteriormente editado.

---

<sup>196</sup> Olguín Juárez, por exemplo, reserva o termo “retirada” para referir-se às manifestações estatais extintivas realizadas por órgãos administrativos (Cf. *Extinción de los actos administrativos: revocación, invalidación y decaimiento*, p. 34). Já o espanhol José Antônio Garcia-Trevijano Fos admite a retirada em sentido amplo, distinguindo-a em duas hipóteses: retiro administrativo, quando realizado pelo mesmo órgão que editou o ato, e retiro judicial, realizada pelos tribunais do contencioso administrativo ou por juizes ordinários (Cf. *Los actos administrativos*, p. 389). Outra parte da doutrina costuma distinguir, ainda, as hipóteses de retirada de atos eficazes e ineficazes, cunhando a última de mera retirada. Em que pese seja possível essa distinção, parece-nos que não há nela grande utilidade, pois nem todos os atos ineficazes podem ser livremente retirados. De qualquer modo, não há como assentir na afirmação de alguns autores de que a mera retirada tem por objeto atos imperfeitos (Cf. Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, p. 528 e Hugo Olguín Juárez, *Extinción de los actos administrativos: revocación, invalidación y decaimiento*, p. 52), pois enquanto não aperfeiçoados não devem ser qualificados como atos administrativos, consoante averba com razão Regis Fernandes de Oliveira (Cf. *Ato administrativo*, p. 109-110).

Todavia, como é inequívoca a diversidade de regime jurídicos aplicáveis aos atos de retirada, é necessário distingui-los em espécies, a fim de melhor compreender seus pressupostos e consequências.

### 8.1. As espécies de atos de retirada: classificações

A doutrina costuma classificar os atos de retirada sob diversos aspectos, sem que haja unanimidade quanto ao critério mais adequado para distingui-lo em espécies<sup>197</sup>.

Há autores que preferem distinguir as hipóteses de retirada mediante a observação do fundamento de sua edição, caso em que o instituto pode ser separado em dois grandes grupos: atos de retirada com alicerce na tutela do ordenamento jurídico e atos com fulcro no exercício de uma competência que permite prover, discricionariamente, o interesse da coletividade<sup>198</sup>.

Outros pensadores propõem distinguir os atos de retirada consoante os efeitos temporais produzidos. Nessa classificação, a retirada distingue-se entre atos que possuem eficácia retroativa (*ex tunc*) e os que produzem efeitos somente para o futuro (*ex nunc*)<sup>199</sup>.

Um terceiro critério de classificação leva em conta o órgão que decreta a extinção do ato ou dos seus efeitos, que pode ser o mesmo que editou o ato ou outro, também no exercício de função administrativa, mas num nível hierárquico superior, ou ainda no âmbito de outra função, como a judicial (art. 5º, inciso XXXV, CF) e, em hipóteses restritas, pelo Poder Legislativo (art. 49, inciso V, CF)<sup>200</sup>. Em relação a esse critério, pode-se destacar

---

<sup>197</sup> Cf. Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo*, p. 379-380. Pietro Virga, *Il provvedimento amministrativo*, p. 437-438.

<sup>198</sup> Com a intenção de promover uma classificação despida de especificidades e procurando evitar atomização categórica, Sérgio Ferraz propõe que os atos de retirada sejam classificados em razão do fundamento da sua edição, conforme estejam ligados ao atrito entre o ato e o ordenamento jurídico (invalidação), ainda que superveniente, ou a uma reavaliação da conveniência e oportunidade em relação à permanência do ato (Cf. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões, *Revista de Direito Administrativo*, v. 231, p. 52-53 e 55-56). Importa destacar, outrossim, que o autor inclui entre os atos de retirada a renúncia do beneficiário (Cf. *Ibidem*, p. 52).

<sup>199</sup> É o critério utilizado na doutrina francesa, consoante expõe André de Laubadère (Cf. *Traité de Droit Administratif*, p. 321-329).

<sup>200</sup> Na Espanha, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández referem-se à revogação para referir “la retirada definitiva por la Administración de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario” (*Curso de Derecho Administrativo*, v. I, p. 658). Para os autores, cabe distinguir a revogação de origem legal, que contém pressupostos previstos em lei, da revogação negocial, prevista em cláusula acessória de origem negocial. Apontam, ainda, a existência da revogação-sanção, na hipótese de descumprimento de obrigações pelo destinatário do ato, e da revogação indireta, decorrente dos casos em que o ato perde seus efeitos em face da destruição do que lhe servia de suporte (Cf. *ibidem*, p. 659). Juan Carlos Cassagne, observando o regime jurídico vigente na Argentina, vislumbra que há razões para reservar uma única expressão para a declaração de

que, quando realizado no exercício de função administrativa, o ato de retirada é também um ato administrativo, de modo que deverá observar os requisitos e pressupostos anteriormente apontados. Nesse caso, trata-se de um *ato secundário*, pois versa sobre um aspecto anteriormente regulado pela Administração Pública por meio de outro ato administrativo<sup>201</sup>.

Um critério que merece destaque, embora nem sempre os autores a ele façam menção expressa, é o dos efeitos da retirada sobre a esfera jurídica do particular, pois há diferenças a serem consideradas nas hipóteses em que a extinção implique na restrição de direitos do administrado, tanto no âmbito material (prazo decadencial para invalidar, boa-fé do administrado, confiança na ação estatal etc) quanto procedimental (devido processo legal, contraditório e ampla defesa, art. 5º, inciso LIV e LV, CF)<sup>202</sup>.

Por fim, pode-se observar os atos de retirada a partir dos pressupostos hipotéticos que ensejam sua edição, independentemente do órgão que possa editá-lo. Os autores que acolhem esse critério nem sempre estão de acordo com o número ou com o conteúdo de cada um dos pressupostos, mas unanimemente distinguem a extinção por mérito da realizada por ilegalidade<sup>203</sup>.

ilegitimidade em juízo, tendo em conta especialmente os distintos efeitos da coisa julgada em face da relatividade da decisão adotada em sede administrativa. Adota, portanto, uma classificação levando em conta inicialmente o órgão que edita o ato de retirada (Cf. *El acto administrativo*, p. 381). Também: Júlio Isidro Altamira Gigena, *Acto administrativo*, p. 83 e 86, Héctor Jorge Escola, *Compendio de Derecho Administrativo*, p. 537 e Henrique Sayagués Laso (*Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1, p. 515). De qualquer modo, todos os demais autores acima citados, diferentemente de García de Enterría e Ramón Fernández, separam o estudo da “extinção-sanção”, por eles chamada de “caducidad”, e da revogação. Nesse sentido, Cassagne aponta a necessidade de se considerar a “caducidad” como “un medio particular de extinción del acto administrativo, distinto de la revocación, a través del cual se sanciona el incumplimiento de una obligación del particular o administrado critério que ha recogido el derecho positivo en orden nacional” (*ibidem*, p. 382).

<sup>201</sup> Cf. Marcello Caetano, *Manual de Direito Administrativo*, T. I, p. 532. Ressalte-se que o autor refere-se à revogação com sentido amplo, englobando a que tem por pressuposto um ato inválido.

<sup>202</sup> Nesse sentido, Ernst Forsthoff aponta que: “Existen diferencias esenciales entre la anulación de un ato administrativo oneroso y la de uno favorable, sobre todo en relación con el destinatario, que en primer caso experimenta una mejora y en segundo un empeoramiento de su situación jurídica” (*Tratado de Derecho Administrativo*, p. 557). No Brasil, confirmam-se as lições de Weida Zancaner, *Da convalidação e invalidação dos atos administrativos*, p. 70-72 e Daniele Coutinho Talamini, *Revogação do ato administrativo*, p. 224-225.

<sup>203</sup> Consoante averba Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “não se justifica incluir num mesmo instituto jurídico atos inconvenientes ou inoportunos e atos inválidos ou ilegítimos, dada a natureza diferente dos seus efeitos jurídicos” (*Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 633). É a posição da doutrina brasileira: Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 194-203, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, p. 223-240, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 447. Regis Fernandes de Oliveira, *Ato Administrativo*, p. 115, Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Teoria do Ato Administrativo*, p. 75, Lúcia Vale Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, p. 242-246, Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, p. 296, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 222 e Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 103. Na doutrina estrangeira, entre outros: Renato Alessi, *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 385, Gabino Fraga, *Derecho Administrativo*, p. 320-321, Júlio Rodolfo Comadira, *El acto administrativo: em la ley nacional de procedimientos administrativos*, p. 190, José Antônio Garcia-Trevijano Fos, *Los actos administrativos*, p. 440-441.

## 8.2. A utilidade da classificação a partir do pressuposto da retirada

Como já assinalado, as classificações não podem ser tidas como verdadeiras ou falsas, mas devem ser apreciadas quanto à sua utilidade para estratificar “um ponto de referibilidade de *normas, de efeitos de direito*”<sup>204</sup>. Assim, embora as classificações mencionadas destaquem aspectos importantes para caracterizar os casos de retirada, cumpre escolher a que melhor os separe em espécies, segundo a similitude do regime a elas aplicável.

O fundamento da edição é um critério excessivamente amplo, pois não permite individualizar as espécies de retirada de modo homogêneo, já que atrita com o ordenamento jurídico tanto a edição de um ato em desacordo com o direito vigente, comportamento imputável à Administração, como a que decorre do ulterior inadimplemento do destinatário. Além disso, a tais pressupostos ligam-se consequências distintas, ainda que ambas possam ocasionar o fim dos efeitos do ato administrativo<sup>205</sup>.

Também não parece adequado fundar a classificação dos atos de retirada segundo a eficácia temporal do ato extintivo, pois não existe, no direito brasileiro, hipótese alguma que necessariamente suprima retroativamente (*ex tunc*) todos os efeitos jurídicos de um ato administrativo, nem todas as espécies extintivas com eficácia futura (*ex nunc*) estão submetidas a idêntico regime. Nesse último aspecto, basta lembrar que as hipóteses fundadas no exercício de uma competência para dispor discricionariamente sobre uma matéria e aquela que se funda no inadimplemento do particular possuem requisitos e efeitos próprios, embora ambas disponham para o futuro.

O critério orgânico, conquanto possa ser útil para apartar o exercício de um poder no âmbito de função administrativa, não é *sempre* o mais adequado, uma vez que há semelhança no que pertine ao direito material aplicável, como na hipótese de extinção dos atos ilegítimos. De outro lado, incluir todas as hipóteses de retirada pela Administração numa única categoria, como propõem García de Enterría e Ramón Fernández, não permite visualizar e distinguir a diversidade de regimes aplicáveis, o que impõe ulteriores especificações. É preciso reconhecer, porém, que somente poderá haver intervenção judicial sobre os efeitos do ato administrativo na hipótese em que ocorra atrito do ato ou de seus

---

<sup>204</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 378, grifado no original.

<sup>205</sup> Como adverte Antônio Carlos Cintra do Amaral, ao referir-se à dificuldade de abarcar as diversas realidades em poucas figuras, a “tendência à simplificação [...] muitas vezes esconde a complexidade dos fenômenos estudados. Obscurece, ao invés de clarificar” (*Teoria do ato administrativo*, p. 73).

efeitos com o ordenamento jurídico, à vista do disposto no art. 2º da Constituição, não incumbindo ao Poder Judiciário prover em concreto, salvo para corrigir ilegalidades. Em suma, a utilização desse critério pode ser útil, em caráter subsidiário, a fim de demarcar especificidades em certos domínios.

A apreciação dos efeitos do ato de retirada sobre a esfera jurídica do administrado também merece atenção enquanto critério secundário, a fim de delimitar a incidência de princípios e regras específicos.

Na doutrina brasileira tem-se admitido que o critério que melhor aparta as diversas realidades, segundo um regime homogêneo, é o que as distingue de acordo com os motivos que autorizam sua edição (v. *supra* NR 203). De fato, o substrato material que autoriza a edição de um ato de estatal com eficácia extintiva constitui um pressuposto hipotético específico que delimita *objetivamente* o âmbito em que se exercita uma potestade, permitindo investigar, a partir desse ponto, os *limites* da ação administrativa.

Nessa perspectiva, com certas variações é verdade, inclusive de nomenclatura, tem-se acolhido cinco hipóteses de declarações estatais com eficácia extintiva<sup>206</sup>, de acordo com os seguintes pressupostos, sinteticamente sistematizados a seguir: a) desconformidade com a ordem jurídica (invalidação); b) conveniência e oportunidade (revogação); c) descumprimento de obrigações pelo particular destinatário do ato (cassação); d) alteração legislativa superveniente (decaimento); e) emissão de ato por fundamento diverso com efeitos contrários ao anterior (derrubada ou contraposição).

A primeira hipótese de retirada mencionada pela doutrina é a que decorre da constatação da edição de um ato administrativo em desconformidade com as normas jurídicas superiores<sup>207</sup>, que impõe um dever de restaurar a ordem jurídica, seja pela via do saneamento ou da invalidação, quando não seja possível convalidar o vício<sup>208</sup>. O ato, por ser ilegítimo,

---

<sup>206</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 447. Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Teoria do Ato Administrativo*, p. 75. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 222. Diogenes Gasparini não admite a contraposição como ato autônomo de retirada (Cf. *Direito Administrativo*, p. 105). Lúcia Valle Figueiredo inclui a cassação como espécie de revogação (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 237). Regis Fernandes de Oliveira só admite como hipóteses de retirada a invalidação, a revogação e a cassação, visto sustentar que as hipóteses de decaimento e contraposição independem de atuação do agente administrativo (Cf. *Ato administrativo*, p. 118).

<sup>207</sup> Cf. Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Teoria do ato administrativo*, p. 89-92.

<sup>208</sup> Consoante leciona Weida Zancaner: “A invalidação propõe-se como obrigatória porque, se o ato não comporta convalidação, inexistente outra forma de a Administração Pública restaurar a legalidade violada. Ora, a restauração do direito é para ela obrigatória, por força do princípio da legalidade. Logo, toda vez que o ato não seja convalidável, só lhe resta o dever de invalidar” (*Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, p. 67).

pode ser invalidado no âmbito do poder de autotutela pela própria Administração e no âmbito judicial e, em hipóteses específicas, pode ter seus efeitos sustados pelo Poder Legislativo. Sua edição tem por fim tutelar a higidez do ordenamento jurídico, de modo que *pode*, embora nem sempre, produzir efeitos retroativos (*eficácia ex tunc*).

A segunda hipótese de extinção decorre de uma reapreciação quanto à conveniência de se manter no sistema um ato válido ou os efeitos dele decorrentes (revogação)<sup>209</sup>. Tutela-se, nesse caso, o interesse da coletividade protegido em face dos interesses individuais dos destinatários do ato, mediante o exercício de uma competência atual para dispor sobre a mesma matéria<sup>210</sup>. Trata-se de hipótese de retirada exclusiva da Administração Pública, ainda que exercida por órgão diverso ao que editou o ato, mas sempre pertencente ao mesmo “Poder”, na medida em que não compete aos demais apreciar a conveniência de manter no ordenamento jurídico um ato administrativo (ou seus efeitos) editado por outro. Nesse caso, a Administração Pública, ao revogar, só pode dispor para o futuro (efeitos *ex nunc*), devendo respeitar os direitos adquiridos pelo destinatário<sup>211</sup>.

Outras vezes, a retirada do ato está fundada numa postura do particular que venha a macular a permanência dos efeitos do ato, uma vez que, vista sob o ângulo das normas contidas no ordenamento, sua conduta atrita com os interesses da coletividade. O pressuposto da extinção decorre, pois, de uma conduta ilícita do destinatário, ou seja, da inobservância de um comando *anteriormente* prescrito. Por essa razão, a extinção do ato pode ser qualificada como sanção, a ser exercida nos limites dessa potestade<sup>212</sup>.

---

<sup>209</sup> Não parece útil a distinção realizada pela doutrina italiana entre inoportunidade originária ou ulterior (Cf. Pietro Virga, *Il provvedimento amministrativo*, p. 437). Com efeito, consoante aponta Cintra do Amaral, o ato na origem é válido ou inválido, conforme tenha ou não observado a abertura da “moldura” legal (Cf. *Teoria do ato administrativo*, p. 79-80). Também: Regis Fernandes de Oliveira, *Ato administrativo*, p. 133.

<sup>210</sup> Regis Fernandes de Oliveira leciona que “a revogação dos atos não pode ser vista sob o ângulo intrínseco, mas diz respeito ao aspecto subjetivo de sua emanção. Refere-se à disponibilidade atual da competência e não ao ato em si” (*Ato administrativo*, p. 122). Segundo Regis de Oliveira, a possibilidade da revogação está restrita ao exercício de competência discricionária, indicando quatro condições a serem observadas: a) que a Administração Pública continue com a competência utilizada para edição do ato; b) seja titular da relação jurídica e tenha tido poder de iniciativa; c) que a relação seja de caráter continuado; e d) que o ato tenha sido praticado mediante vontade da Administração (Cf. *Ibidem*, p. 133 e 137). Para Antônio Carlos Cintra do Amaral, na falta de regra que discipline a revogação, deve-se observar os aspectos da discricionariedade e da vinculação em relação ao momento de produção do ato e quanto ao seu conteúdo, que revelariam se o ato pode ser alterado e eliminado, entendendo inadmissível a reserva, que seria inócua ou ilegal (*Ibidem*, p. 78).

<sup>211</sup> Para Antônio Carlos Cintra do Amaral o limite constitucional não é insuperável, pois haveria possibilidade de revogação quando a Administração esteja fundada em um interesse público, caso em que o Estado deverá compensar o particular, mediante indenização (*Ibidem*, p. 77). Regis Fernandes de Oliveira, ao revés, sustenta que a Administração não possui o poder de revogar, mas deve recorrer à via expropriatória (Cf. *Ibidem*, p. 136).

<sup>212</sup> Cf. Regis Fernandes de Oliveira, *Ibidem*, p. 117. Num sentido um pouco mais amplo, Antônio Carlos Cintra do Amaral aponta como pressuposto da cassação a hipótese do destinatário ter um comportamento

A quarta hipótese de retirada (decaimento) decorre da edição ulterior de uma norma superior incompatível com a manutenção do ato ou dos seus efeitos. Nesse caso, o ato foi validamente editado, mas um ato posterior de hierarquia superior passa a incidir sobre ele, ou sobre seus efeitos, e prescreve sua exclusão do ordenamento jurídico. A extinção, então, decorre do atrito entre o ato ou seus efeitos e as normas jurídicas superiores posteriormente editadas, mas devem ser respeitados os casos de impossibilidade de retroação (art. 5º, inciso XXXVI, CF)<sup>213</sup>.

Por fim, a retirada pode consistir numa declaração estatal exercida com base numa competência administrativa diversa, mas que é, por si, suficiente para ocasionar a extinção dos efeitos de um ato (derrubada ou contraposição). Tal hipótese não se confunde com a revogação, pois é realizada com base num poder diverso, previsto pelo ordenamento, cujo manejo implica, ainda que reflexamente, a extinção dos efeitos de um ato anterior<sup>214</sup>.

### 8.3. A especificidade da extinção em razão do inadimplemento do particular

Com a distinção acima, o objeto em estudo encontra-se apartado das demais hipóteses extintivas, o que permite aprofundar as considerações sobre sua natureza e efeitos para ulteriormente compreender as *limitações* jurídicas à sua edição.

A fim de confirmar a qualificação jurídica do ato de cassação, seu exato contorno e levantar algumas características que merecem destaque, observemos como o tema é abordado na doutrina. Antes, porém, faz-se necessário atentar para as dificuldades de ordem terminológica, uma vez que o ente do qual nos ocupamos é referido por diversos vocábulos, tanto na doutrina, quanto na legislação vigente.

#### 8.3.1. O problema terminológico

---

incompatível com a permanência do ato, nela incluindo a renúncia e a recusa, mas reconhece que a espécie pode ser restringida para abranger apenas as sanções administrativas (Cf. *Teoria do ato administrativo*, p. 84).

<sup>213</sup> Agustín Gordillo cunha a hipótese de ilegitimidade superveniente (Cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 3, 6ª ed., Cap. XIII, p. 6-8), mas nela inclui, também, o pressuposto de que não permanecem atendidas as condições que justificaram a emissão do ato. Para Antônio Carlos Cintra do Amaral, no decaimento o ato perde seu fundamento de validade desde o momento da modificação legal, respeitadas as situações constitucionalmente protegidas (Cf. *Ibidem*, p. 85).

<sup>214</sup> Cf. Michel Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, p. 240, Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Ibidem*, p. 83. Regis Fernandes de Oliveira, *Ato Administrativo*, p. 118.

Adotamos como rótulo para designar a realidade cogitada o termo cassação. Importa, todavia, justificá-lo e problematizá-lo, a vista dos usos da doutrina, da legislação e da jurisprudência. Nesse aspecto, é necessário reconhecer que não há uniformidade terminológica quanto ao vocábulo que melhor o designa, inclusive em razão da amplitude do objeto considerado.

Na literatura estrangeira, o objeto em exame é apreciado por alguns autores como espécie de revogação, outras vezes mencionado pelo vocábulo “caducidade” e até mesmo por “decadência”. Na legislação nacional, o ato de retirada em questão é referido por vários termos, tais como “caducidade”<sup>215</sup>, “rescisão unilateral”<sup>216</sup>, “demissão”<sup>217</sup>, “cancelamento”<sup>218</sup>, mas na maioria das vezes o legislador utiliza o vocábulo “cassação”<sup>219</sup>.

Por questão metodológica e de clareza, com exceção do rótulo dado ao rompimento sancionador do vínculo funcional, cujo uso está arraigado na cultura jurídica, além de decorrer de um poder específico exercido no âmbito estritamente disciplinar, seria mais adequado que a espécie de ato de retirada sancionadora fosse aludida com um único vocábulo. Isso poderia evitar o risco de produção de dúvidas e confusões desnecessárias, inerente a quaisquer discursos em que um mesmo termo é usado para referir realidades diversas ou quando designamos um mesmo objeto com signos diferentes, como recorrentemente faz o legislador nacional.

Evidentemente, o rótulo utilizado para nomear um aspecto da realidade não influi em nada na sua existência, nem em suas qualidades, razão pela qual importa, em verdade, identificar cada espécie de retirada sancionadora e avaliar seu regime jurídico. Todavia, é inegável que a utilização de rótulos diversos pode dificultar a compreensão do objeto e dos seus precisos limites<sup>220</sup>.

Entre os termos acima referidos, pensamos que o vocábulo “cassação” é o que melhor tem condições de expressar, de modo genérico, a realidade da qual se ocupa, em razão

---

<sup>215</sup> Art. 139, Lei nº 9.472/97; art. 35, inciso III, Lei nº 8.987/95.

<sup>216</sup> Art. 79, inciso I, Lei nº 8.666/93.

<sup>217</sup> Art. 127, inciso III, Lei nº 8.112/90.

<sup>218</sup> Art. 21 Lei nº 11.442/2007; art. 72, § 8º, inciso II, Lei nº 9.605/98; art. 63, inciso II, do Decreto-Lei nº 227/67.

<sup>219</sup> Art. 42, inciso VIII, Lei nº 11.795/2008; art. 1.125, Lei nº 10.406/2002 (Código Civil); art. 78 A, inciso V, da Lei nº 10.233/2001; art. 76, III, da Lei nº 10.833/2003; art. 139, Lei nº 9.472/97; art. 256, inciso V, da Lei nº 9.503/97 (CTB); art. 127, inciso IV, da Lei nº 8.112/90; art. 56, incisos IV e V, da Lei nº 8.078/80.

<sup>220</sup> “La claridad del vocablo o definición que se estipule es un prerequisite de la claridad de todo lo que luego se exponga sobre el tema” (Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Cap. 1, p. 18).

de ser o que gera *menor risco de confusão*<sup>221</sup>, à vista dos usos da doutrina nacional, do legislador e da jurisprudência, embora se reconheça que algumas vezes seja utilizado como sinônimo de invalidação ou de revogação, especialmente no âmbito do processo judicial<sup>222</sup>.

Utilizamos, pois, no presente trabalho, o vocábulo “cassação”, substituindo a expressão “extinção dos efeitos do ato administrativo em virtude do descumprimento de deveres ou obrigações pelo destinatário do ato”, sem prejuízo de termos consciência e alertarmos para a diversidade de rótulos empregados na legislação, na doutrina e na jurisprudência.

### 8.3.2. O tema na doutrina

Na Itália, Pietro Virga acolhe um sentido bastante amplo ao fenômeno, qualificando-o como espécie de retirada de atos ampliativos de faculdades dos particulares

per il venir meno dei requisiti di idoneità dei destinatari o per l’inadempimento di obblighi, oneri o ordini imposti dalla legge o dal provvedimento o da prescrizioni dell’autorità di vigilanza ai destinatari o per il mancato esercizio per un certo periodo di tempo della facoltà derivanti dal provvedimento stesso<sup>223</sup>.

Para Virga, a cassação (“*decadenza*”) é um provimento de eficácia constitutiva, que elimina um ato administrativo e conseqüentemente faz cessar os efeitos que o ato poderia produzir, especialmente a relação que com ele nasceu<sup>224</sup>. O autor distingue essa espécie dos demais atos de retirada porque ela não comporta um juízo sobre o ato anterior em relação aos aspectos de oportunidade ou legitimidade, mas uma valoração do comportamento do destinatário em razão do desenrolar da relação (“*decadenza sanzionatoria*”) ou de uma nova verificação dos requisitos de idoneidade do titular do ato ampliativo (“*decadenza accertativa*”), salientando que apenas a primeira necessariamente deve ser precedida de uma contestação, já que a outra constituiria ato vinculado. Ainda segundo o autor, a cassação por

---

<sup>221</sup> Decadência não seria o melhor termo para designá-la, tendo em vista que o vocábulo é utilizado na linguagem jurídica para mencionar a perda de um direito em razão da falta do seu exercício por um certo lapso de tempo, de modo que não abarca todas as hipóteses de comportamentos ilícitos praticados pelos particulares (Cf. De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, v. II, p. 10). O vocábulo caducidade também não parece o mais adequado, pois, embora tenha um sentido mais amplo que decadência, refere à impossibilidade de produção de efeitos em razão de qualquer acontecimento posterior (*Ibidem*, v. I, p. 348). O termo rescisão, por sua vez, é mais utilizado para designar o rompimento de um vínculo jurídico em juízo (*Ibidem*, v. IV, p. 112). Cancelamento refere à inutilização de algo, sem possibilidade de qualificar com precisão a realidade cogitada (Cf. *Ibidem*, v. I, p. 363). Por fim, demissão, que expressa a ideia de abandono ou renúncia (Cf. *Ibidem*, v. II, p. 30), encontra-se consagrada como hipótese de extinção-sanção que incide sobre um vínculo funcional.

<sup>222</sup> Cf. *Ibidem*, v. I, p. 402-403.

<sup>223</sup> *Il provvedimento amministrativo*, p. 438.

<sup>224</sup> Cf. *Ibidem*, p. 479.

inadimplemento pressupõe o descumprimento de obrigação que possa ser qualificado como *grave, injustificado, reiterado ou permanente*.

Em qualquer dessas situações, Virga sustenta que o ato deve *motivado*, indicando-se as razões para a prática do ato, e anota que seus efeitos ocorreriam a partir do momento em que é pronunciado na hipótese sancionadora (eficácia *ex nunc*), mas admite que possam retroagir na hipótese de perda de requisitos. Para o autor, os efeitos patrimoniais da cassação são mais graves que os demais atos de retirada, pois o particular não terá direito a compensação ou reembolso, salvo na concessão em relação aos equipamentos não removíveis, destinados à utilização pela Administração ou pelo novo concessionário<sup>225</sup>.

Na Espanha, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández cuidam do tema, como anteriormente salientado, tratando-o como espécie de revogação dos atos administrativos, com a diferença que teria a natureza de *sanção*, imposta em razão do descumprimento de obrigações assumidas pelo particular destinatário do ato<sup>226</sup>. Sustentam os autores que prevalece, nesse caso, a finalidade protetora da ordem administrativa, a fim de evitar que o interessado possa causar novos prejuízos sobre a base do ato, outorgado em função de determinados fins. Vale ressaltar que, ao tratar das sanções rescisórias, os autores reconhecem que a “caducidade” das concessões e as resoluções de contratos por descumprimento também nelas se enquadram, mas salientam que nessas hipóteses a responsabilidade está no âmago da própria relação e não num poder sancionador genérico<sup>227</sup>.

Em Portugal, Marcelo Caetano não cuida expressamente do tema no âmbito dos atos administrativos, mas aborda-o como espécie de rescisão contratual, como um poder vinculado da Administração em aplicar uma *sanção* fundada em graves faltas do particular, suscetíveis de produzir danos apreciáveis<sup>228</sup>.

Para Manuel Maria Diez, se “... del acto administrativo nascen derechos y obligaciones para el administrado y éste no cumple estas últimas, corresponde que se declare la caducidad del acto, la que debe ser precedida por una intimación previa al interesado”<sup>229</sup>. O

---

<sup>225</sup> Cf. *Il provvedimento amministrativo*, p. 486-488.

<sup>226</sup> Cf. *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, p. 674.

<sup>227</sup> Cf. *Ibidem*, T. II, p. 173.

<sup>228</sup> Cf. *Manual de Direito Administrativo*, v. I, p. 637.

<sup>229</sup> *Derecho Administrativo II*, p. 307. Marienhoff cuida do tema no âmbito da extinção dos contratos administrativos como hipótese extintiva de natureza sancionadora, chamando-a de “*caducidade*”, mas anota que alguns autores a cunham de rescisão unilateral. O autor salienta que a “*caducidade*” só pode ser decretada pela autoridade competente, nas hipóteses de descumprimento de obrigações imputáveis ao contratante e

autor salienta que o inadimplemento deve referir a obrigações *essenciais, ser grave e imputável* ao administrado e a qualifica como sanção<sup>230</sup>.

Agustín Gordillo aborda o fenômeno da cassação também rotulando-o como “*caducidad*”, que consistiria na “extinción de un acto dispuesta por la administración en virtud del incumplimiento grave y culpable, por parte del particular, a las obligaciones que el acto le creaba”<sup>231</sup>. Para o autor, a cassação consiste numa *sanção*, que pode ter por pressuposto o descumprimento de obrigações previamente fixadas ou posteriormente impostas. Gordillo assevera, ainda, que essa hipótese de extinção incide sobre atos que concedem direitos, mas ao mesmo tempo impõem deveres. O autor aduz que as obrigações inadimplidas devem ser *essenciais, reiteradas, graves, culpáveis* e que sua imposição deve ser precedida de intimação e outorga de *plazo razoável* para cumprimento do dever<sup>232</sup>.

Cassagne também considera a cassação (“*caducidad*”) como um meio particular de extinção do ato administrativo, por meio do qual se *sanciona* o não cumprimento de uma obrigação pelo particular ou administrado. O autor salienta a existência de doutrinadores que sustentam ser a cassação um meio próprio e exclusivo de extinção dos contratos administrativos, em razão de extinguirem vínculos ou relações, mas pondera que tal situação também pode decorrer de ato administrativo unilateral. Menciona Cassagne que o Decreto-Lei nº 19.549/72 exige para sua procedência que sejam cumpridas duas condições: a) que o infrator seja constituído em *mora*; e b) que seja concedido *plazo razoável* ao administrado para que cumpra sua obrigação. No plano doutrinário, sustenta que a obrigação descumprida que deu origem à cassação seja *essencial*, bem como que os efeitos do ato devem operar somente para o futuro, salvo estipulação legal em sentido contrário<sup>233</sup>.

Enrique Sayagués Laso sustenta que a possibilidade de se declarar a cassação (“*caducidad*”) do ato administrativo corresponde, em certa medida, à *cláusula resolutive implícita* existente no direito privado. Para Sayagués Laso, a cassação deve ser declarada pela Administração e consiste na extinção do ato administrativo decorrente de *grave*

verificadas no caso concreto, e que a potestade decorre da existência de cláusulas exorbitantes, inerentes a todo tipo de contrato administrativo (Cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, p. 565-568).

<sup>230</sup> *Derecho Administrativo II*, p. 307.

<sup>231</sup> *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Cap. XIII, p. 18.

<sup>232</sup> *Ibidem*, Cap. XIII, p. 19.

<sup>233</sup> *El acto administrativo*, p. 381-382. Segundo o art. 21 da lei procedimentos administrativos argentina (DL 19.549/72): “La Administración podrá declarar unilateralmente la *caducidad* de un acto administrativo cuando el interesado no cumpliere las condiciones fijadas en el mismo, pero deberá mediar previa constitución en mora y concesión de un plazo suplementario razonable al efecto”.

descumprimento pelo interessado de obrigações a ele impostas e deve ser precedida de intimação, a fim de firmar suficientemente a situação de mora<sup>234</sup>.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello cuida da cassação distinguindo-a em duas realidades diversas, quais sejam, a “caducidade” e “decadência”. Para o autor, caducidade “é a penalidade pela qual se declara a extinção de relação jurídica, pelo inadimplemento de obrigação – como seja a concessão de serviço público”<sup>235</sup>. Por sua vez, o autor define decadência como “a penalidade pela qual se declara a extinção de relação jurídica, pela decorrência de prazo prefixado dentro do qual devia ser praticado certo ato jurídico – como seja para requerimento de matrícula em escola pública”<sup>236</sup>. O autor inclui tais hipóteses de extinção das relações jurídicas oriundas de atos administrativos como espécies de atos *sancionadores*<sup>237</sup>.

Hely Lopes Meirelles, em sua obra clássica, trata do tema no âmbito da extinção dos contratos, sustentando que: “A *rescisão administrativa por inadimplência do contratado* ocorre quando este descumpra cláusula essencial do contrato e, em conseqüência, retarda ou paralisa sua execução ou desvirtua seu objeto”<sup>238</sup>. Em trabalho voltado especificamente para a extinção dos atos administrativos negociais, Lopes Meirelles refere-se à cassação como ato administrativo que tem por pressuposto uma ilegalidade na execução de um negócio jurídico e reputa que a Administração deve demonstrar *justo motivo*, após procedimento regular e com oportunidade de defesa<sup>239</sup>.

Celso Antônio cunha de cassação a hipótese em que o “destinatário do ato descumpriu condições que deveriam permanecer atendidas a fim de poder continuar

---

<sup>234</sup> *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, p. 527. Sayagués Laso cuida do tema também no âmbito da rescisão dos contratos administrativos e da declaração de “caducidade” das concessões de serviços públicos. Para o autor que o ato deve ser usado com prudência e somente nas hipóteses em que ocorra um grave e comprovado descumprimento do serviço por parte do concessionário, apontando que deve ser precedida de uma intimação do concessionário, com prazo razoável para que cesse o descumprimento (Cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. II, p. 77/79). Laso menciona a existência de discussão doutrinária e jurisprudencial sobre quem pode decretá-la na falta de expressa previsão contratual, indicando a presença de posição que nega a possibilidade da administração fazê-lo, mas defende que a extinção decorre de um poder administrativo de princípio, tal qual existente para os demais contratos administrativos (*Ibidem*, p. 80). Hector Jorge Escola refere à “caducidade” como forma de extinção dos atos administrativos que decorre do não cumprimento, por parte do administrado, das obrigações que lhe impunha o ato, concordando com Sayagués Laso quanto a tratar-se de um equivalente à condição resolutiva implícita do direito privado (*Compendio de Derecho Administrativo*, T. I, p. 540).

<sup>235</sup> Cf. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. 1, p. 573.

<sup>236</sup> *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. 1, p. 573.

<sup>237</sup> Cf. *Ibidem*, mesma página.

<sup>238</sup> *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 240, grifado no original.

<sup>239</sup> Cf. Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais, *Revista dos Tribunais*, n. 592, p. 14.

desfrutando da situação jurídica” e fornece como exemplo a hipótese de retirada da licença para funcionamento de hotel por haver se convertido em casa de tolerância<sup>240</sup>.

Regis Fernandes de Oliveira qualifica a cassação como espécie de retiro que “ocorre quando o beneficiário de determinação contida no ato descumpre a obrigação que lhe houvera sido imposta”, também atribuindo-lhe caráter nitidamente *sancionador*<sup>241</sup>.

José dos Santos Carvalho Filho define cassação como “forma extintiva que se aplica quando o beneficiário de determinado ato descumpre condições que permitem a manutenção do ato e de seus efeitos”<sup>242</sup>. Para o autor, duas são suas características: “a primeira reside no fato de que se trata de ato vinculado, já que o agente só pode cassar o ato anterior nas hipóteses previamente fixadas na lei ou em outra norma similar. A segunda diz respeito à sua natureza jurídica: trata-se de ato sancionatório, que pune aquele que deixou de cumprir as condições para a subsistência do ato”<sup>243</sup>.

### 8.3.3. Natureza jurídica.

Antes de firmar a qualificação jurídica do ato de cassação, importa destacar que se o objetivo da atividade científica é isolar e compreender objetos que possuem alguma similaridade jurídica não parece adequado incluir a hipótese de perda de requisitos ou de inércia do particular entre as hipóteses de cassação *quando forem* circunstâncias inerentes à permanência de efeitos do ato administrativo e estejam descritas como eventos futuros e incertos que ensejam a extinção do ato, como sugerido por Virga, visto que, nesse caso, a extinção pode ser qualificada como mero esgotamento dos seus efeitos, decorrente do implemento de uma condição resolutiva, a ser declarada pela Administração, observado o devido processo legal.

É preciso, todavia, estar atento ao fato de que nem sempre assim será, na medida em que as normas jurídicas é que definirão se a eficácia extintiva decorre do fato ou de uma declaração jurídica estatal. Nesse aspecto, no plano legal, merece recordar que a Lei de Concessões, ao cuidar da perda pela concessionária das condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido, inseriu-a como espécie

---

<sup>240</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 447. Também: Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 103.

<sup>241</sup> *Ato administrativo*, p. 117.

<sup>242</sup> *Manual de Direito Administrativo*, p. 121.

<sup>243</sup> *Ibidem*, mesma página.

de “caducidade” (art. 38, § 1º, IV, Lei nº 8.987/95), dando-lhe similar tratamento ao prescrito para as demais hipóteses de extinção por inadimplemento do concessionário.

De outro lado, embora nem todos os autores promovam um tratamento conjunto, não se vislumbra a necessidade de se apartar desde logo as extinções por inadimplemento editadas em face de vínculos decorrentes de atos bilaterais, tendo em vista que parece possível tratá-las em conjunto, ainda que existam especificidades a serem consideradas<sup>244</sup>.

Feitas essas anotações preliminares, é nítido que existe razoável acordo em qualificar o ato de cassação como *espécie de sanção*. De fato, é correto qualificar a cassação como ato sancionador, já que se trata de uma declaração estatal que tem por pressuposto um ilícito imputável ao particular e como consequência uma restrição no âmbito de sua esfera jurídica, qual seja, o rompimento de uma relação ou situação jurídica a ele favorável.

A apreciação da norma sancionadora permite comprovar essa assertiva.

Com efeito, o direito regula condutas através de normas jurídicas, prescrevendo o que pode (permitido), o que não pode (proibido) e o que deve ser feito (obrigatório)<sup>245</sup>. Com os três modos de expressão do dever ser, as normas jurídicas imputam certas consequências quando ocorra no plano fático o pressuposto nelas hipoteticamente previsto. Sucede que a norma jurídica pode ou não ser observada pelos destinatários, traço que a distingue das leis que descrevem o funcionamento da natureza. Quando há acatamento pelos destinatários ao que nelas está disposto, o direito cumpriu seu papel de regulador de condutas humanas, mediante adesão espontânea dos destinatários. Todavia, quando houver colisão entre a conduta prescrita e a realizada, é inegável reconhecer que houve agressão ao ordenamento jurídico, por meio de um comportamento que pode ser qualificado como ilícito. Com efeito, uma conduta contrária à prescrita é, em maior ou menor grau, um fator de desagregação e de desestabilização social, na medida em que as normas jurídicas são editadas para regular relações intersubjetivas e procuram preservar certos interesses, eleitos como relevantes por

---

<sup>244</sup> Nesse aspecto, como salienta Juan Carlos Cassagne, ao contrapor-se ao pensamento de Miguel S. Marienhoff, em ambas as hipóteses o ato de retirada tem por objeto relações ou vínculos (Cf. *El acto administrativo*, p. 382). De qualquer modo, é preciso reconhecer, consoante adverte Eduardo García de Enterría, que nos contratos e nas concessões a responsabilidade pelo descumprimento de deveres e obrigações está no âmago da própria relação e não fundada em um poder sancionador genérico (Cf. *Curso de Derecho Administrativo*, v. II, p. 173).

<sup>245</sup> Cf. Lourival Vilanova, *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*, p. 78.

uma comunidade. No campo administrativo, essa ofensa se mostra ainda mais evidente, em razão da qualidade dos interesses submetidos à tutela da Administração Pública.

Para estimular a adesão dos destinatários aos mandamentos contidos nas normas jurídicas primárias, o ordenamento liga ao descumprimento da conduta prescrita uma resposta, qual seja, a imposição de uma sanção<sup>246</sup>. Como ensina Norberto Bobbio, a diferença essencial das normas jurídicas, quando comparadas com as demais normas existentes na Sociedade, é que elas têm sua efetividade reforçada por outras normas jurídicas, que imputam consequências para a hipótese de omissão do comportamento devido, assim como quem pode levá-las a efeito<sup>247</sup>. Por meio da prescrição dessas consequências, busca-se a adesão dos particulares aos comandos contidos no ordenamento e, caso haja descumprimento, estabelece-se um *modo institucionalizado* de recompor a ordem jurídica lesada.

Numa perspectiva estrutural da norma sancionadora, a infração corresponde à descrição de uma conduta (ilícita) que é pressuposto hipotético para a aplicação de uma sanção<sup>248</sup>. A sanção corresponde, por sua vez, à consequência jurídica prescrita pelo ordenamento em razão da ocorrência no plano fático de um comportamento que se amolde à infração administrativa, que por tal razão pode ser qualificado como ilícito<sup>249</sup>.

Conclui-se, portanto, observando a estrutura da norma jurídica, que o ato de retirada em questão é aquele que impõe a consequência jurídica prescrita pela norma secundária, ou seja, a extinção dos efeitos de um ato administrativo favorável ao particular, tendo por pressuposto o cometimento de um ilícito por parte deste.

Por essas razões, posicionamo-nos entre aqueles que qualificam o ato de cassação como espécie de sanção.

---

<sup>246</sup> “... ilícito é o comportamento contrário àquele estabelecido pela norma jurídica, que é pressuposto da sanção” (Regis Fernandes Oliveira, *Infrações e sanções administrativas*, p. 17).

<sup>247</sup> Norberto Bobbio qualifica essa resposta, contida no ordenamento, como sanção externa e institucionalizada, diferenciando-a, assim, das sanções morais (internas) e sociais (externas, mas não institucionalizadas). Segundo o autor, as sanções institucionalizadas possuem três características, ainda que nem todas sempre compareçam simultaneamente: a) a toda violação da regra primária corresponde uma sanção aplicável; b) sempre há uma medida da sanção; c) o ordenamento prevê pessoas encarregadas de efetuar a sanção (Cf. *Teoria da norma jurídica*, p. 160-161). Na trilha de Norberto Bobbio, Regis Fernandes Oliveira aponta que a institucionalização da sanção refere a quatro aspectos: a) a existência de uma sanção para cada violação da regra de comportamento; b) a medida da sanção; c) o procedimento adequado; d) o órgão encarregado de aplicá-la (Cf. *Ibidem*, p. 15).

<sup>248</sup> Cf. Lourival Vilanova, *Causalidade e relação no direito*, p. 77-79.

<sup>249</sup> Segundo Hans Kelsen: “Somente pelo fato de uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica ser feita pressuposto de um ato de coação estatuído pela mesma ordem jurídica é que ela é qualificada como ilícito ou delito; apenas pelo fato de um ato de coação ser estatuído pela ordem jurídica como consequência de uma ação ou omissão por ela determinada é que este ato de coação tem o caráter de uma sanção ou consequência do ilícito” (*Teoria pura do Direito*, p. 124).

#### 8.3.4. Cassação administrativa e rescisão judicial

Em que pese a amplitude do tratamento acima mencionado, considerando que a sanção é imposta de modo institucionalizado, por quem tenha atribuição do ordenamento jurídico para tanto, a primeira questão a se enfrentar consiste em perquirir *quem* pode editar um ato de retirada fundado no pressuposto da prática de um ilícito perpetrado pelo particular, ou seja, identificar em qual função estatal essa espécie de sanção pode ser imposta.

No âmbito do exercício de função administrativa, é fácil ver que o ordenamento *atribui* a agentes administrativos potestades para extinguir unilateralmente situações jurídicas favoráveis aos administrados, em razão do descumprimento de deveres e obrigações a eles impostos. Para não ir longe, basta lembrar a possibilidade de decretação de “caducidade” das concessões, de “rescisão unilateral” dos contratos administrativos e de cassação de aposentadoria concedida no âmbito do regime próprio dos servidores públicos. Nesse aspecto, é bom frisar que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário também exercitam essa competência em relação aos efeitos dos atos administrativos que editam, mas não se poderia admitir que, no exercício dessa função, um Poder venha a imiscuir-se nos efeitos de declarações administrativas editadas por outro, a vista do óbice inserto no art. 2º da Constituição.

De outro lado, consoante ventilado anteriormente, o Poder Judiciário, no exercício de suas competências típicas, também pode, em certas hipóteses, editar provimentos com eficácia extintiva, fundado em condutas ilícitas do particular<sup>250</sup>.

Merece apreciação, em consequência, a oportunidade e a viabilidade de tratamento conjunto dos atos de imposição efetuados nos âmbitos administrativo e judicial, levando em consideração se o ato de retirada em questão está submetido a idêntico regime jurídico, independentemente da função em que se realiza.

Semelhanças à parte, as extinções judiciais são impostas mediante procedimento próprio e concretizam-se com fundamento em um poder específico e não se

---

<sup>250</sup> Pode-se exemplificar com a sanção prevista nos incisos do art. 12 da Lei nº 8.429/92. Todavia, aqui não se trata do exercício de um poder administrativo, mas sim do poder de por fim a situações contenciosas, reintegrando a ordem jurídica em razão de um comportamento ilícito do particular. Vale ressaltar, igualmente, que a Constituição vedou a imposição pela Administração Pública de sanção rescisória de concessão ou permissão do serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, condicionando seu *cancelamento* a decisão judicial (art. 223, § 4º).

submetem a idêntico regime jurídico que as impostas pelas autoridades administrativas, consoante fartamente exposto pela doutrina<sup>251</sup>. Nesse sentido, é relevante destacar que a função judicial é aquela que se exercita exatamente com o intuito de reintegrar a ordem jurídica, violada em razão de uma conduta contrária à prescrita. De outro lado, as sanções administrativas são impostas no exercício de função administrativa e estão submetidas a um regime jurídico peculiar, demarcado pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

Logo, é útil separar as duas situações, de acordo com a autoridade que impõe a sanção: cassação administrativa e rescisão judicial.

### 8.3.5. O ato de cassação: conceito restrito e qualificação jurídica

Feita a distinção acima, a fim de facilitar a abordagem do tema excluímos das nossas cogitações a retirada sancionadora imposta no exercício de função judicial (“rescisões judiciais”), reduzindo o campo de investigação às sanções administrativas extintivas (ou rescisórias), isto é, àquelas impostas no exercício de função administrativa e que têm por objeto a cessação de situações ou relações jurídicas favoráveis aos administrados<sup>252</sup>.

A cassação é, pois, espécie de *ato administrativo*, visto que consiste numa pronúncia jurídica da Administração Pública, fundada num conjunto de prerrogativas próprias *previstas no ordenamento* para assegurar o cumprimento de fins de interesse público e submetida a controle judicial. Consiste, por sua vez, num *ato de administração ativa*, na medida em que expressa um poder positivo voltado para a satisfação do interesse público. É

---

<sup>251</sup> Adere-se, pois, à distinção formal entre as sanções, a fim de apartá-las em razão da autoridade competente para impô-la, ou melhor, da espécie de função estatal em que é exercida, pois esse aspecto delimita um regime sancionador específico. Comungam desse pensamento: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. 1, p. 570, com a ressalva que o autor fundamenta a distinção entre as sanções pelo fundamento, Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, p. 847), Regis Fernandes de Oliveira (*Infrações e sanções administrativas*, p. 46), Heraldo Garcia Vitta (*A sanção no Direito Administrativo*, p. 34), Raphael Munhoz de Mello, *Princípios constitucionais do Direito Administrativo sancionador*, p. 62). Em sentido contrário, Fábio Medina Osório pugna pela ampliação da noção de sanção administrativa, para abarcar, também, as sanções aplicadas pelas autoridades judiciais (*Direito Administrativo sancionador*, p. 95), mas é de rigor ressaltar que o autor as distingue das “medidas rescisórias”, por entender que estas nem sempre estão subordinadas a um regime jurídico básico de direito administrativo sancionador, especialmente no âmbito de relações bilaterais (contratos), em que produzem efeitos internos às relações (*ibidem*, pp. 99-101). Num outro sentido, Daniel Ferreira acolhe o critério formal para identificar a autoridade competente para aplicar a sanção administrativa, mas centra seu conceito de infração administrativa em aspectos estruturais, a fim de identificar os elementos que lhe são próprios (Cf. *Teoria geral da infração administrativa*, p. 97-99).

<sup>252</sup> Sobre a especificidade das sanções rescisórias, v. Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, v. II, p. 172-173.

um ato administrativo *concreto*, pois veicula uma decisão que se esgota numa única aplicação, ainda que seus efeitos permaneçam indefinidamente no sistema. Pode ser qualificada como ato administrativo *secundário*, porque versa sobre os efeitos de um ato administrativo primário, e também *constitutivo* (negativo), uma vez que cria uma situação jurídica nova, diversa da anteriormente existente, não se limitando a declará-la.

Em razão de sua natureza sancionadora, o ato de cassação deve ser enquadrado como *ato administrativo restritivo de direitos* do particular. Mais que isso: reconhecida a natureza sancionadora do ato de cassação, merece ser destacado que se trata de um dos mais altos graus de exercício de autoridade pública (de supremacia), pois não apenas limita, mas *sacrifica* uma situação jurídica favorável a um particular, em razão da imputação a ele da prática de um ilícito administrativo. Dessa característica marcadamente restritiva da esfera jurídica do administrado decorre a necessidade de se oferecer prévio acesso ao exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, assegurados na forma do devido processo legal, consoante dispõem o art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal e o art. 68 da Lei Federal nº 9.784/99.

Outro aspecto a ser considerado é a necessidade de que a conduta imputada ao particular seja suficiente para ofender bens jurídicos de interesse público, os quais à Administração Pública compete curar e proteger, incumbindo-lhe demonstrar, não apenas a infração a um dever, mas também a presença de *justo motivo* antes de dar por ocorrido o ilícito administrativo.

Com esse corte sobre as hipóteses de atos de retirada e a partir das considerações acima, é possível enquadrar a cassação como espécie de *sanção administrativa* e enunciar o seguinte conceito: cassação é a extinção dos efeitos de um ato administrativo favorável ao administrado, por meio de outro ato administrativo, editado em razão de uma conduta ilícita imputável ao particular, consistente no descumprimento de condições que deveriam ser mantidas ou satisfeitas, prescritas previamente como *essenciais* para a realização e preservação do interesse público.

#### 8.4. A extinção em razão do inadimplemento do particular: comparações

À vista das considerações acima, é possível cotejar e confrontar a retirada administrativa e sancionadora – cassação – em face das demais espécies de declarações estatais extintivas, a fim de demarcar diferenças que lhes são subjacentes e que justificam

tratamento apartado e individualizado, como espécie de ato de retirada com pressupostos específicos e virtualidades próprias.

#### *8.4.1. Cassação e Invalidação*

Cassação e invalidação divergem em termos de pressupostos e efeitos.

A invalidação pressupõe contrariedade ao ordenamento jurídico quando da edição de um ato administrativo, enquanto a cassação tem por objeto um ato hígido na origem, cujos efeitos tornaram-se contrários ao ordenamento, em razão de uma conduta ilícita imputável ao particular. Assim, enquanto a invalidação tem como pressuposto a edição de um ato inválido, imputável, portanto, à própria Administração Pública, a cassação tem como suporte a violação ulterior da ordem jurídica por parte do destinatário.

Além disso, a invalidação pode ter por objeto tanto o ato como seus efeitos, abrangendo quaisquer espécies de provimentos. Já a cassação tem por objeto somente os efeitos típicos de certos atos administrativos, ou seja, situações ou relações jurídicas decorrentes de atos ampliativos da esfera jurídica do particular, tais como autorizações, licenças etc.

Em relação à projeção temporal dos efeitos jurídicos, a invalidação pode, respeitados certos limites, produzi-los em relação ao passado, enquanto a cassação dispõe para o futuro, fazendo cessar os efeitos da relação jurídica, mas deve respeitar os direitos incorporados ao patrimônio do particular.

Invalidação e cassação assemelham-se no aspecto em que ambas procuram restaurar a ordem jurídica, violada em razão de um comportamento ilícito, tendo por fundamento um poder para tutelar a higidez do ordenamento. Pressupondo comportamentos ilícitos, tanto a invalidação como a cassação se exercitam no âmbito de competências vinculadas quanto à emanção, visto que o administrador não possui faculdade para restaurar o ordenamento jurídico, quando assim estiver prescrito, mas sim tem o *dever* de fazê-lo.

#### *8.4.2. Cassação e revogação*

Divergem revogação e cassação em função do pressuposto e do fundamento.

A revogação aplica-se às hipóteses em que é possível à autoridade pública dispor novamente sobre a situação jurídica em questão, à vista da presença de um interesse público atual. Ou seja, há dois requisitos jurídicos para a edição do ato de revogação, quais sejam, a disponibilidade sobre a situação jurídica e a existência de interesse público contrário à permanência do ato ou de seus efeitos. Por consequência, é inviável a revogação de atos administrativos ou de seus efeitos quando a Administração não possua disponibilidade sobre eles, isto é, quando o exercício da competência esgotou-se com a edição do ato, tais como em relação aos atos editados com fundamento em competência vinculada quanto ao conteúdo, enquanto assim o seja.

A cassação possui sentido diverso, pois seu pressuposto é a prática de um ilícito administrativo pelo administrado que ofenda o interesse público colimado pela norma jurídica. Portanto, diferentemente da revogação, com a prática do ilícito pelo particular, a Administração, se não tem, passa a ter, *na forma do ordenamento*, disponibilidade sobre a situação jurídica, ainda que estabilizada.

A cassação difere da revogação quanto ao fundamento, pois o ato revogador não pressupõe uma ilicitude, mas sim a presença de um interesse público em crise, em razão dos efeitos de um ato administrativo anterior, que o ato extintivo pretende recompor.

Também diferem pela amplitude do objeto que podem atingir, já que a cassação sempre tem por objeto os efeitos de um ato administrativo enquanto a revogação pode ser efetuada, em certas hipóteses, em face de atos ainda ineficazes.

Além disso, a revogação é exercida no âmbito de uma faculdade discricionária, no exercício de uma competência para dispor sobre um interesse público, enquanto a cassação, por sua vez, se exerce no seio de uma atividade vinculada em face do caso concreto, pois tem como pressuposto um comportamento ilícito do particular ao qual o ordenamento prescreve, como consequência, a extinção de uma situação jurídica que lhe seja favorável.

Comum é que ambas produzem efeitos para o futuro (*ex nunc*), respeitados os direitos já adquiridos.

#### 8.4.3. Cassação e decaimento

Cassação e decaimento assemelham-se no aspecto em que ambas objetivam tutelar o ordenamento, em razão de acontecimentos ulteriores.

Todavia, enquanto a cassação pressupõe um ilícito imputável ao particular, o decaimento pressupõe uma alteração na legislação superveniente que obsta a manutenção dos efeitos do ato, acontecimento atribuível ao Estado.

Os efeitos do decaimento, no âmbito administrativo, estão, por sua vez, limitados pela impossibilidade de que alterações legislativas incidam sobre o ato jurídico perfeito, sobre os direitos adquiridos e sobre a coisa julgada, ou seja, estão matizados pelos princípio da segurança jurídica.

#### *8.4.4. Cassação e contraposição*

A contraposição pressupõe a existência de uma competência atual sobre um interesse suficiente para pôr fim, de modo indireto, aos efeitos de outro ato administrativo. Aproxima-se, de certo modo, da revogação, mas dela difere porque o interesse em questão é diverso daquele que ensejou a edição do ato objeto da extinção. Assim, por exemplo, a interrupção das férias ocasiona a necessidade do retorno do servidor ao serviço, em vista de uma necessidade inadiável, mas tem o condão de, reflexamente, ocasionar a extinção dos efeitos do ato concessório.

As diferenças são, pois, as mesmas que apartam revogação e cassação.

#### *8.4.5. Cassação e esgotamento do ato*

Também não se confundem a cassação e a extinção por esgotamento (“caducidade”), visto que a eficácia extintiva desta deriva, direta ou indiretamente, de um fato, sem que haja relevância se se trata de um ilícito ou não, ao menos para fins de extinção do ato.

Deve ser dado destaque à distinção entre a cassação e a extinção que decorre do implemento de uma condição resolutiva, já que ambas podem ter por pressuposto comportamentos imputáveis ao particular.

A extinção que decorre do implemento de uma condição resolutiva encontra-se prevista na própria tipologia do ato ou como um elemento acessório, discricionariamente acrescido, quando legalmente permitido, com força suficiente para ocasionar a extinção dos efeitos do ato. Tal situação pode ou não ser imputável ao particular, o que será irrelevante para fins de extinção, embora possa ter importância para fins de ulterior recomposição

patrimonial, quando ocorrer um dano. Já a cassação sempre tem por pressuposto o inadimplemento de um dever imputável ao particular que, aliás, pode ser imposto posteriormente à edição do ato administrativo. Além disso, a cassação decorre de ilícito imputável ao particular, donde decorre a necessidade de aferição de que tenha concorrido para sua ocorrência.

Outra diferença é que a extinção por resolução pode operar seus efeitos desde o implemento da condição, de modo que o ato administrativo posteriormente editado constatando o acontecimento terá eficácia declaratória. Já o ato de cassação somente produzirá efeitos para o futuro, ainda que se refira a um ilícito ocorrido no passado, pois a cessação dos efeitos do ato é constituída pelo ato de retirada, cuja eficácia típica é ocasionar o rompimento do vínculo, respeitos os efeitos jurídicos até então produzidos.

Assemelham-se as hipóteses no aspecto que ambas podem ocasionar a extinção de uma situação jurídica favorável ao administrado.

## CAPÍTULO V

### OBJETO E FUNDAMENTO DO ATO DE CASSAÇÃO

#### 1. Introdução

Neste ponto do estudo, o objeto em exame está razoavelmente delimitado, bem como devidamente apartado das demais espécies de extinção dos atos administrativos, e pode ser qualificado como um *ato de retirada sancionador editado pela Administração Pública*.

Em razão de sua qualificação como ato administrativo, podemos classificá-lo entre os atos constitutivos, pois cria uma situação jurídica nova, mediante a extinção de uma relação jurídica favorável ao particular. Por outro enfoque, é correto identificá-lo como espécie de sanção administrativa, pois tem como pressuposto um ilícito imputável ao administrado e como consequência uma restrição de sua esfera jurídica.

É possível, então, a partir dessas qualificações, identificar, do ponto de vista do ordenamento jurídico vigente, a singularidade do regime jurídico aplicável a esse domínio da ação administrativa e investigar *quais são os limites jurídicos* para a concreta imposição dessa espécie de sanção, que pode ser chamada de extintiva ou rescisória.

Para tal intento, vamos levantar algumas indagações com o intuito de guiar a demarcação das lindes do instituto: a) *Qual é o fundamento* da potestade administrativa de extinguir situações jurídicas favoráveis aos administrados? Essa potestade estaria implícita na relação com o administrado, como uma espécie de condição resolutiva tácita, ou, ao revés, dependeria de específica previsão legal, em razão de sua natureza sancionadora? Na ausência de previsão explícita, em quais hipóteses a Administração pode cassar os efeitos de um ato administrativo? Em relação ao agente, o exercício dessa potestade seria vinculado ou discricionário? B) Qualquer inadimplemento do particular legitimaria a edição de um ato de cassação ou os deveres descumpridos devem ser *essenciais, reiterados, graves e culpáveis* como referem, entre outros, Gordillo e Virga? C) Há especificidades em termos de *pressupostos procedimentais*? A imposição deve observar uma forma especial? D) Que espécie de efeito jurídico pode ser *objeto* dessa sanção? De outro modo, quais espécies de atos administrativos são impassíveis de cassação? E) Além da eficácia extintiva, a cassação produz *outros efeitos* jurídicos? F) O Poder Judiciário, no exercício do controle externo, pode apreciar quais aspectos do ato de cassação? Há parâmetros para esse *controle*?

Ao discorrer sobre as questões acima, teremos um panorama mais preciso dos *limites jurídicos* que permeiam a edição de um ato de cassação.

Observemos de início o objeto do ato de cassação, a fim de realçar as espécies de relações jurídicas sobre as quais incide e facilitar a compreensão do fundamento jurídico que autoriza sua edição, tendo sempre em mente que se trata de uma espécie de sanção administrativa.

## 2. O objeto do ato de cassação

O disposto no ato de cassação *incide sobre* os efeitos concretos de um ato administrativo anterior e tem em mira *o vínculo* entre Administração e administrado dele decorrente, isto é, uma relação ou situação jurídica benéfica ao particular. A edição do ato de cassação pressupõe, pois, a persistência dos efeitos de um ato administrativo que ampliou a esfera jurídica do particular e o exercício legal de uma competência que permita dispor sobre a situação jurídica a ele favorável.

Aceitas essas assertivas, podemos inferir alguns *limites negativos* à edição de atos de cassação, que permitirão mais adiante melhor compreender seu objeto.

De início, não seria legítimo cogitar da edição de atos de cassação, no exercício de função administrativa, quando a lei ou a Constituição o vedem. É o caso de certos vínculos funcionais que, por serem vitalícios, somente podem ser ceifados pelo Poder Judiciário, como o de Ministro do Tribunal de Contas da União (art. 73, § 3º, CF), e o da decretação da caducidade da concessão ou permissão de serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, que apenas pode ser efetuada em juízo (art. 223, § 4º, CF).

Inviável pensar em cassação quando o ato administrativo ainda não produziu seus efeitos típicos, pois na fase de expectativa não há deveres propriamente ditos para o particular, nem vínculo a ser ceifado. Logo, não há possibilidade de cassação dos efeitos preliminares dos atos administrativos.

Também não há por que conjecturar da cassação em face de atos abstratos, pois inexistente possibilidade da conduta do particular interferir sobre as prescrições veiculadas pela norma. Nesse caso, o ato abstrato continua a produzir efeitos, quando presentes seus pressupostos, independentemente da conduta do administrado.

Cessados os efeitos do ato administrativo, por qualquer causa, seria impossível a edição de um ato de cassação, visto que não haveria situação jurídica a ser extinta. Em verdade, eventual declaração editada nessas condições não teria objeto e configuraria um ato inútil. Nada impede que, à vista do ilícito perpetrado pelo particular, o Estado procure recompor seu patrimônio, caso este seja afetado pela conduta do particular, domínio, todavia, diverso do ora em foco. Não há pensar, então, em cassação de relações ou situações jurídicas findas ou exauridas.

Inviável, igualmente, a cassação de atos que não importem em imposição de deveres ao particular, na medida em que faltaria motivo (pressuposto objetivo) para sua edição, razão pela qual os atos de cassação não têm por objeto os efeitos dos chamados meros atos (certidões, intimações, votos etc)<sup>253</sup>.

Impraticável a edição de atos de cassação em face de atos administrativos estritamente restritivos de direitos do particular, à míngua de pressuposto lógico (causa), já que eventual descumprimento de deveres impostos não acarretaria a extinção do ato anterior, mas sim o agravamento da restrição existente.

Por fim, são impassíveis de cassação os atos de controle, pois nesse caso “os efeitos de criação da *utilidade pública advém do ato controlado* e não do ato controlador”, consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, que não poderia deixar de ser acolhida no sistema de referência adotado<sup>254</sup>.

Em suma, não podem ser objeto do ato de cassação: (a) os vínculos que a lei ou a Constituição expressamente vedem; (b) os atos ineficazes; (c) os atos abstratos; (d) os atos puramente restritivos; (e) as situações jurídicas já exauridas; (f) os efeitos dos meros atos; e (g) os atos de controle.

Com esses limites negativos, concluímos que devemos observar e avaliar a possibilidade de edição de atos de cassação em relação aos efeitos dos chamados atos

---

<sup>253</sup> Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, os puros atos jurídicos são manifestações de vontade que expressam apenas conhecimento ou sentimento e produzem efeitos de direito de acordo com os textos legais. Para Bandeira de Mello, incluem-se entre os puros atos administrativos (meros atos) o visto, o parecer, a proposta, o assentamento, a certidão, a participação, o voto, a citação, intimação e notificação e, por fim, a denúncia (Cf. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, p. 438 e 582-596).

<sup>254</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 457, grifado no original.

administrativos negociais, quando ampliativos de direitos dos administrados, isto é, em face de concessões, autorizações, licenças etc.<sup>255</sup>

A vista da *heterogeneidade dos vínculos existentes* entre Estado e particular no âmbito administrativo, isto é, da diversidade de relações administrativas objeto de atos de cassação, é necessário investigar aspectos que permitam apartá-lo em classes, de modo a facilitar a identificação de suas características específicas.

Nessa perspectiva, segundo Renato Alessi, a compreensão do regime jurídico administrativo, em cada espaço da atividade estatal, pressupõe análise da *posição jurídica* e dos *poderes* conferidos pelo ordenamento à Administração Pública em face dos particulares<sup>256</sup>.

Como os atos de cassação são espécies de sanções administrativas, é lícito distinguir duas espécies de atos de cassação: gerais e disciplinares<sup>257</sup>. Os atos de cassação gerais estão dirigidos às relações jurídicas travadas pela Administração com a generalidade dos administrados, enquanto os disciplinares têm por objeto vínculos firmados com aqueles que se integram no interior do Estado. Essa distinção é importante porque delimita dois campos da ação administrativa, que merecem *pontualmente* tratamento individualizado. Nesse sentido, relewa recordar que parte da doutrina distingue as relações do Estado com o particular em função do *fundamento da posição de supremacia* da Administração sobre o particular, à

---

<sup>255</sup> Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, os negócios jurídicos consistem em atos jurídicos (a) que alteram a ordem jurídica, por meio dos quais se adquire direito novo, modifica-se ou extingue-se direito existente e constitui-se uma nova situação jurídica (atos constitutivos de direito novo), ou (b) que se dirigem a afirmar direito preexistente, a fim de assegurá-lo ou reconhecê-lo, mediante o accertamento de qualidades ou estado de pessoas e atos ou relações jurídicas, de modo a elucidar certa situação jurídica (atos declaratórios de direito existente). Os últimos, segundo Bandeira de Mello, não interferem na constituição do conteúdo do direito, não obstante terem “o valor formal de lhes dar efeito jurídico, do qual dependem para sua eficácia”, razão pela qual, sob este aspecto formal, também seriam constitutivos (Cf. *Princípios de gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 434-438). Com base nessa classificação, o autor distingue os atos administrativos em: a) constitutivos: 1) concessão; 2) permissão; 3) autorização; 4) aprovação; 5) dispensa; 6) ordem; 7) sanção; e 8) renúncia; e b) declaratórios (constitutivo-formais): 9) admissão; 10) licença; 11) homologação; 12) isenção; 13) recusa; 14) decisão; e 15) habilitação (*ibidem*, p. 556-582). Entre os atos negociais, afastados os de controle, são ampliativos de direito dos administrados e, portanto, podem ser objeto de atos de cassação os efeitos: da *concessão, da permissão, da autorização, da dispensa, da admissão, da licença, da isenção e da habilitação*.

<sup>256</sup> Cf. Renato Alessi, *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 194.

<sup>257</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello classifica as sanções administrativas em externas, quando dirigidas aos particulares em geral, ou internas, quando consista em punição aos servidores em geral, sejam agentes integrados na organização administrativa ou particulares, que colaboram com a Administração (Cf. *Ibidem*, p. 569-570). Parte da doutrina nacional reserva o vocábulo “cassação” para referir apenas às sanções rescisórias gerais (Cf. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, p. 178, que a qualifica como espécie de ato punitivo extroverso). Vale, então, insistir que utilizamos o vocábulo num sentido mais amplo, abrangendo as sanções rescisórias gerais (atos punitivos extroversos) e disciplinares (atos punitivos introversos), embora reconhecemos a especificidade destas.

vista da especificidade do regime jurídico vigente em certas relações, nas quais o *embasamento jurídico da sua posição especial* não decorre diretamente da lei, mas sim de um vínculo atributivo específico<sup>258</sup>.

Vamos apreciar então as especificidades dessas posições da Administração em face do particular, a fim de aquilatar ulteriormente sua repercussão no regime jurídico da edição de atos de cassação.

### 3. *Supremacia geral e supremacia especial do Estado*

Segundo Renato Alessi, a peculiaridade das relações administrativas liga-se ao fato que a Administração Pública, em regra, apresenta-se como titular de um *poder soberano* - de império - em face dos particulares, competindo-lhe fazer prevalecer sua vontade, embora advirta que a *ausência de limitação do poder é claramente incompatível com o Estado de Direito*, surgido exatamente da necessidade de conter o arbítrio e a opressão por parte dos governantes<sup>259</sup>. Por isso, sustenta o autor que o exercício do poder conferido às autoridades públicas só se legitima quando *fundado numa norma atributiva*, sob pena de ser um mero poder de fato:

Nelle forme moderne di Stato vige il principio che il diritto obbiettivo deve regolare, al possibile, ogni estrinsecazione della vita e dell'attività statale; pertanto anche il potere d'impero dello Stato non può essere inteso come un mero potere di fatto, basato su di un rapporto meramente di forza, su di una prevalenza di fatto, sibbene come un *potere giuridico*, vale a dire come potere fondato sul diritto obbiettivo ed esercitato nei limiti segnati dal diritto<sup>260</sup>.

Assim, o primeiro *limite* para o exercício da posição de supremacia da Administração consiste na existência de uma norma jurídica atributiva.

No ordenamento jurídico nacional, como o exercício de função administrativa realiza-se no plano infralegal, o reconhecimento desse limite implica afirmar que essa *atribuição* depende de *lei formal* ou de previsão constitucional vinculante. Além disso, releva reafirmar que a atribuição de poderes é instrumental para a realização de *deveres*, isto é, para a concretização dos interesses públicos normativamente estabelecidos.

---

<sup>258</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 824.

<sup>259</sup> Cf. Renato Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, p. 194.

<sup>260</sup> *Ibidem*, mesma página.

Todavia, como adverte Renato Alessi, a potestade conferida pelo ordenamento às autoridades administrativas nem sempre é explícita e específica, mas pode também ser genérica e, em *hipóteses restritas*, implícita. Explícita e específica seria aquela que a Administração recebe para dispor de um modo certo sobre uma matéria, enquanto a genérica consiste na que lhe é concedida para dispor sobre certa matéria, mas sem especificar exatamente como. Alessi reconhece ainda a possibilidade de potestades implícitas, que decorrem *do dever atribuído pelo ordenamento para dispor sobre matéria que lhe seja reservada*, como, por exemplo, a organização dos seus serviços e a gestão dos bens dominiais<sup>261</sup>.

Em face da generalidade das pessoas (supremacia geral), a Administração Pública, consoante mencionamos ao tratar do exercício de função administrativa (v. *supra* Capítulo II – item 6), extrai seus poderes diretamente da lei, de modo que, para dispor sobre matéria que não lhe seja reservada a atribuição de potestades necessita ser explícita ou, ao menos, genérica.

É importante renovar esse alerta porque, no direito brasileiro, embora o Estado exerça um poder de soberania em relação à generalidade das pessoas que estão em seu território, consoante delimitado pela Constituição Federal (art. 1º, parágrafo único), *somente lei formal pode impor ou proibir* condutas (art. 5º, inciso II, CF). É defeso, pois, à Administração exigir deveres ou impor restrições aos particulares em geral sem que haja para tanto atribuição explícita ou genérica contida em *lei formal*.

Reconhecemos, pois, que a potestade conferida às autoridades administrativas nem sempre está definida em todos os seus contornos na norma de atribuição, na medida em que o legislador, muitas vezes, incumbe a Administração Pública da tarefa de verificar, em cada caso, a solução mais conveniente e oportuna, a partir de genéricos pressupostos. Todavia, essa forma de atribuição de poder não pode ser confundida com ilimitação, pois, ainda que os motivos que autorizam seu exercício não estejam definidos, o exercício de função administrativa sempre estará condicionado pelos *fins* a realizar, pela *forma* a ser observada, bem como pela previsão da *autoridade competente* que pode exercê-la<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> Cf. Renato Alessi, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, p. 194.

<sup>262</sup> No aspecto, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que “a competência só é validamente exercida quando houver sido manejada para satisfazer a finalidade que a lei visou, obedecidos os requisitos procedimentais normativamente estabelecidos, presentes os motivos aptos para justificar o ato, adotada a forma instrumental prevista e através de conteúdo juridicamente idôneo” (*Discrecionabilidade e controle jurisdicional*, p. 85).

### 3.1. Supremacia especial do Estado

Embora o exercício de função administrativa não inove primariamente a ordem jurídica, de modo que *a atribuição para agir num certo âmbito* depende sempre de lei formal, dessa atribuição podem ser deduzidas potestades para dispor sobre matérias inerentes à *esfera reservada ao Estado*. Importa destacar, todavia, que o legislador, no ordenamento jurídico brasileiro, enfrenta limites para essa atribuição, uma vez que o domínio da atividade reservada ao Estado encontra-se delimitado na Constituição.

Assim, ao lado do poder de soberania sobre a generalidade dos administrados, *limitado* pelo princípio da legalidade nos termos acima descritos, da qual decorre um estado de sujeição geral para os administrados, há particulares que se enredam em relações individuais e diretas com o Estado, mediante vínculos relativamente estáveis, seja pela assunção de parcela de atribuições do poder público, como na investidura em função pública ou na execução de um serviço público, seja por usufruírem individualmente prestações oferecidas pela Administração Pública, como na admissão voluntária ou compulsória em um serviço estatal, ou, ainda, por meio da utilização de bens dominiais.

Tais administrados, em razão de um vínculo individual e específico, voluntário ou não, ficam sujeitos a um regime jurídico mais fluído, que demarca uma relação especial de sujeição, uma vez que inseridos numa *esfera interna do Estado*, que tem a possibilidade de regulá-lo, sempre de acordo com o ordenamento, a partir de uma *previsão legal genérica*, mediante a imposição de condutas que deverão ser observadas ou o estabelecimento de condições para o gozo de bens e fruição de benefícios, *a fim de* que as atividades públicas se desenvolvam de modo adequado em prol de toda coletividade<sup>263</sup>.

---

<sup>263</sup> Não caberia aqui um inventário sobre a origem, geralmente atribuída aos alemães Laband e Otto Mayer, e desenvolvimento da teoria, que pode ser encontrado em obras que tratam especificamente da posição de supremacia especial, mas vale realçar que este poder está fundamentalmente relacionado à disciplina dos serviços administrativos. Nesse sentido, referindo-se ao pensamento de Otto Mayer, que qualificou tais relações especiais como um estado de liberdade restringida, García de Enterría e Ramón Fernández mencionam que essa “... restricción vendría del hecho de los poderes de autoorganización de la Administración sobre el establecimiento o el servicio en que se integra el administrado, poderes cuyo ejercicio podría afectar a este administrado como ‘disciplina’ de forma más expeditiva que lo que es comun en las relaciones ordinarias”, mas apontam, porém, que o “... problema de la disciplina interna de un servicio o de una corporación no puede, pues, resolverse al margen de la legalidad; lo más que puede llegar a legitimar es una deducción de poderes implícitos en los otorgados por la Ley de una manera general o de un más amplio margen del papel del Reglamento en desarrollo de esa Ley, nunca una exención de ésta” (*Curso de Derecho Administrativo*, v. II, p. 19). No Brasil, com enfoque especificamente sobre os agentes públicos, confira-se o trabalho de Clarisse Sampaio Silva, no qual a autora faz longa digressão sobre a origem e desenvolvimento do

Renato Alessi anota que o fundamento da singular posição de supremacia especial da Administração sobre o particular, mais exacerbada no campo de relações internas, decorre da *acessoriedade* desses vínculos especiais em face de outros deveres estatais, da insuficiência do poder de polícia e da necessidade do Estado disciplinar de modo mais acentuado o comportamento desses sujeitos *visando* obter melhores atuações<sup>264</sup>. Para o autor, no âmbito das relações especiais de sujeição deve-se reconhecer à Administração o poder (dever): (a) de editar atos infralegais, sempre com fundamento em lei, impondo deveres inerentes a esses vínculos, (b) de dar ordens individualmente a cada um dos subordinados, (c) de fiscalizar o adimplemento das normas internas e, ainda, (d) de *aplicar sanções disciplinares*<sup>265</sup>.

Logo, no âmbito das relações especiais de sujeição é *possível* cogitar da *imposição de deveres em norma de hierarquia inferior*, como em regulamentos, ordens de serviço, regimentos, editais, contratos, atos administrativos, contratos etc., a partir de genéricas atribuições conferidas pelo ordenamento para organizar e manter os serviços estatais, àqueles que estão *inseridos na esfera interna* da Administração Pública.

Todavia, como todo poder é *instrumental* para a realização dos deveres que lhe são conexos, não há pensar em ilimitação da ação estatal realizada nessa esfera, pois a restrição ou ampliação de direitos do particular não pode superar o *estritamente necessário* para o adequado andamento dos serviços estatais, nem infirmar direitos fundamentais constitucional ou infraconstitucionalmente assegurados ao administrado ou às demais pessoas. Essa perspectiva teleológica constitui, portanto, um claro e necessário *limite* para a atuação estatal nesse específico domínio.

Com essa inquietação, embora admita a categoria de relações especiais de sujeição, Celso Antônio Bandeira de Mello preocupa-se em firmar os limites da potestade nelas existente, tanto para ampliações quanto para restrições de direitos, e, para tanto, discorre sobre *condicionamentos positivos*, ao anotar que seu exercício *deve*: a) encontrar seu fundamento último em lei, b) ter como fundamento imediato uma relação de sujeição especial, observados parâmetros limitativos desse poder estatal, c) restringir-se ao que for instrumentalmente necessário ao fim que o preside, d) afinar-se com os princípios da

---

instituto, *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição*: o caso do agentes públicos, especialmente p. 79-172.

<sup>264</sup> Cf. Renato Alessi, *Sistema Istitucionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 247-248.

<sup>265</sup> Cf. *Ibidem*, p. 252-253.

razoabilidade e proporcionalidade e e) conservar seu objeto atrelado tematicamente e tecnicamente com a relação especial em causa; e também *condicionamentos negativos*, ao anotar que essa atuação *não pode*: a) infirmar direito ou dever decorrente de norma legal ou constitucional, b) extravasar a intimidade da relação especial, c) exceder o necessário para o cumprimento dos fins em causa e d) nem produzir consequências que por si restrinjam ou elidam interesses de terceiros ou os coloquem em situação de dever<sup>266</sup>.

Impende ressaltar que não se pode cogitar dessa potestade em face de relações travadas fora da esfera interna da Administração, isto é, com a generalidade dos administrados, tais como no domínio da fiscalização tributária e do exercício de atividades econômicas ou das profissões, nas quais o particular não está inserido em área reservada à ação estatal<sup>267</sup>.

García de Enterría e Ramón Fernández reconhecem a categoria de relações especiais (de sujeição) como necessária para a compreensão das situações jurídicas dos particulares e da distinção sustentam a necessidade de se apartar as sanções administrativas gerais das de natureza disciplinar:

La peculiaridad de esta especie de sanciones administrativas reside en dos caracteres: el reconocimiento de una especie de titularidad natural de la Administración, derivada de actuar en su propio ámbito interno o doméstico, tutelando su propia organización y funcionamiento, por una parte; y, en segundo término, la estimación como ilícitos sancionables de conductas valoradas con criterios deontológicos más que estrictamente jurídicos...<sup>268</sup>

A doutrina brasileira, ainda que não com esse rótulo, tem apontado a necessidade de distinguir as sanções administrativas em razão da *origem da posição de supremacia* da Administração em face do particular, apartando as sanções aplicáveis no

---

<sup>266</sup> Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 827-828. Também acolhendo a existência das relações especiais de sujeição, embora focada especificamente no âmbito das relações vertidas com agentes públicos, Clarissa Sampaio Silva preocupa-se em demonstrar seus *limites em face dos direitos fundamentais*, tais como o direito à vida, à integridade física, à liberdade de pensamento, religiosa, de expressão e de organização, e à intimidade (Cf. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*, p. 218-268).

<sup>267</sup> García de Enterría e Ramón Fernández dão notícia que no direito espanhol houve no passado uma extensão desmesurada do conceito de relação especial de sujeição para abarcar relações fora do âmbito estritamente disciplinar, mas anotam que o Tribunal Constitucional retificou sua posição anterior (Cf. *Curso de Derecho Administrativo*, v. II, p. 171). É preciso, pois, cuidado para não ampliar em demasia as consequências que advêm da distinção.

<sup>268</sup> *Ibidem*, v. II, p. 170. Ressalve-se que os autores apontam uma certa integração dos poderes disciplinares entre os poderes sancionadores gerais, anotando que hoje o que as diferencia é a inaplicação ao âmbito disciplinar do princípio do *non bis in idem* (*ibidem*, p. 170-171).

âmbito das relações especiais de sujeição, em razão de nelas vigorar um poder (dever) disciplinar mais intenso<sup>269</sup>.

Por essas razões, a origem da posição de supremacia da Administração em face do particular é um critério que se afigura *útil* para identificar as espécies de atos de cassação, separando, de um lado, as sanções administrativas extintivas gerais (cassações gerais ou externas), passíveis de imposição genericamente a todos os administrados que se relacionam com a Administração, e, de outro, as sanções administrativas extintivas disciplinares (cassações disciplinares ou internas), cominadas àqueles que possuem um vínculo jurídico mais intenso com ela, *interno* à estrutura administrativa, os quais ficam sujeitos, observadas as normas legais e constitucionais, aos deveres e restrições impostos em função do dever estatal de atingir a finalidade legal.

Cumpra, portanto, investigar, de acordo com o ordenamento jurídico nacional, quais são os *limites* jurídicos para o exercício da potestade de editar atos de cassação no âmbito dessas duas espécies de relações de sujeição (geral e especial).

#### 4. O fundamento da cassação

A distinção entre relações gerais de sujeição e relações de sujeição especial é essencial para que se compreenda o *fundamento do poder* (dever) que autoriza a edição de um ato de cassação, tendo em vista a especificidade do regime jurídico administrativo que impera em algumas esferas da ação administrativa.

---

<sup>269</sup> Celso Antônio sustenta que no âmbito da chamada “supremacia especial” a Administração extrai seus poderes não diretamente da lei, mas de um vínculo específico com o particular e, com base neles, respeitados certos condicionamentos, *configura infrações e correlatas sanções* (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 851). Heraldo Garcia Vitta acolhe a distinção, mas sustenta que ela não é peculiar ao Direito Público e que em qualquer agrupamento social podem ser encontradas regras e cominadas penalidades aos seus membros, como em associações, clubes, empresas privadas etc., propondo que a intensidade do liame seja utilizada como critério para delimitar o grau de limitação do princípio da legalidade, nas relações de sujeição especial (*A sanção no Direito Administrativo*, p. 77-79). De fato, é necessário investigar a intensidade do vínculo existente entre a Administração e o administrado, mas é essencial observá-lo sob a ótica da *finalidade pública* que governa a relação, isto é, sua importância para a concretização dos interesses da coletividade. Por isso, há um elemento a mais a ser considerado, suficiente para desequilibrá-las das relações privadas, que é a posição de supremacia do Estado em face do particular, como anota Santi Romano (Cf. *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni: in Scritti Minori: raccolti e pubblicati a cura di Guido Zanobini*, v. II, p. 91-94). Confira-se também: Regis Fernandes de Oliveira, *Infrações e sanções administrativas*, p. 38-42, Daniel Ferreira, *Teoria geral da infração administrativa*, 199-200. Rafael Munhoz de Mello, *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador*, p. 157-168. Fábio Medina Osório, *Direito Administrativo sancionador*, p. 133-141. Em sentido contrário, Marçal Justen Filho rejeita a concepção de sujeição especial, por entendê-la incompatível com a Constituição, e sustenta que toda sanção administrativa é manifestação do poder de polícia (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 477-479).

É preciso, porém, ter em mente que as sanções extintivas (ou rescisórias), embora sejam espécies de sanções administrativas e possuam as características genéricas dessas, possuem notas diferenciais que lhes dão colorido próprio. Não sem certa razão, Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón-Fernández preferem diferenciá-las da generalidade das sanções administrativas, ao menos em relação aos vínculos bilaterais<sup>270</sup>.

De fato, é necessário avivar que nesse campo o poder sancionador é exercido mediante a edição de um ato administrativo que incide sobre efeitos de um ato administrativo anterior, por meio do qual se formou uma situação ou relação jurídica favorável ao administrado, com o *fin de rescindi-la* e com isto prover o interesse público, maculado pelo particular por meio do descumprimento de um dever normativamente imposto. Aqui, portanto, a *finalidade* que governa a satisfação do interesse público é a rescisão do vínculo com o particular, de modo que a sanção está dirigida ao *âmago da própria relação jurídica*. Essa nota diferencial ocasiona um comportamento singular e irregular do regime sancionador, que não pode ser abstraído em prol de um modelo simetricamente perfeito, mas incompatível com a realidade jurídica<sup>271</sup>.

Em que pese a singularidade do objeto em exame, não há como deixar de reconhecê-lo como espécie de sanção administrativa, de modo que seu exame demanda compreender suas especificidades sem apartá-lo totalmente da generalidade das sanções administrativas, pois sobre ele incide o regime sancionador, ainda que com *nuances*.

Feita a ressalva acima, não há dúvida que, salvo as hipóteses constitucionalmente vedadas, a lei pode atribuir à Administração Pública a prerrogativa de editar atos de cassação, tanto no âmbito de relações sujeição geral como no domínio de relações de sujeição especial, pois a qualidade dos interesses tutelados pelos órgãos administrativos exige, em regra, rápida e pronta intervenção, a fim de resguardar o bem estar da coletividade.

Também é certo que a lei pode vedar, limitar ou delimitar a imposição de sanções extintivas, impedindo que a Administração, *unilateralmente*, promova o encerramento de determinadas relações jurídicas ou impondo um regramento próprio para

---

<sup>270</sup> Cf. *Curso de Derecho Administrativo*, v. II, p. 172-173. Fábio Medina Osório acolhe essa distinção e aparta as medidas rescisórias das demais sanções administrativas em razão do regime jurídico especialmente aplicável às relações bilaterais, pois sustenta que aquelas “não se ajustam ao âmbito de incidência do Direito Administrativo sancionador” (*Direito Administrativo sancionador*, p. 101).

<sup>271</sup> A constatação justifica, pois, o corte promovido por Enterría e Fernández para fins de compreensão do regime jurídico sancionador, mas não resolve o problema para a apreensão das especificidades das sanções extintivas.

tanto, como o aplicável no ambiente dos vínculos militares hierarquicamente superiores, consoante determinação constitucional (art. 142, § 3º, inciso VI, CF).

Logo, não há dificuldade em reconhecer que a potestade de extinguir vínculos jurídicos em razão do inadimplemento do particular pode estar expressamente contida numa norma de hierarquia legal, bem como pode estar obstada por completo por preceito com essa graduação.

A questão que interessa suscitar e enfrentar consiste em determinar se a potestade para impor o fim a situações jurídicas favoráveis aos administrados pode ser deduzida de outras atribuições conferidas à Administração Pública, isto é, na ausência de previsão legal explícita, uma autoridade administrativa poderia cassar os efeitos de um ato administrativo, formado unilateral ou bilateralmente, quando o particular descumpra condições que lhe foram impostas? Poder-se-ia considerá-lo um poder implícito, uma espécie de “*cláusula resolutive tácita*”, tal como apregoado por Sayagués Laso<sup>272</sup>?

A resposta que vislumbramos é parcialmente afirmativa, sendo de rigor precisar as hipóteses em que isso se afigura admissível, a fim de ulteriormente desenvolver e aportar as consequências dessa especificidade.

No campo das relações de sujeição geral, caso não exista previsão explícita para o exercício dessa potestade sancionadora, a Administração Pública pode cogitar deduzi-la de um *poder genérico* para dispor sobre a relação jurídica travada com o particular, ou seja, nas mesmas hipóteses em que as autoridades administrativas possuem competência para extinguir o vínculo existente por razões de conveniência e oportunidade, isto é, para revogá-lo. Com efeito, se a Administração pode promover a extinção do vínculo discricionariamente em razão da presença de um interesse público que para tanto a impulse, com muito maior razão poderá fazê-lo em face de um comportamento do particular incompatível com a manutenção da situação jurídica que lhe é favorável. Porém, embora possa revogá-lo, se o fizer com base em um inadimplemento do particular, deverá observar o regime jurídico aplicável para os atos de cassação.

Renovada a questão, ainda no âmbito das relações de sujeição geral, para as hipóteses de situações jurídicas estabilizadas, ou seja, para aquelas nas quais não haja atribuição explícita à Administração para cassar ou genérica para dispor sobre o fim dos

---

<sup>272</sup> Cf. *Tratado de Derecho Administrativo*, v. I, p. 527.

efeitos do ato administrativo, a resposta há de ser negativa. Isso porque, à míngua de previsão legal, explícita ou genérica, a Administração Pública não pode restringir a esfera jurídica do particular no âmbito de relações de sujeição geral, pois, nesse domínio, salvo situações de necessidade extrema e de risco de dano irreparável, não se admite o exercício de poderes (deveres) implícitos, já que não se trata de agir num espaço que lhe esteja reservado. Isso não significa que o interesse da coletividade não possa ser adequadamente tutelado, mas sim que devem ser adotadas outras medidas administrativas legalmente previstas, sejam providências cautelares (p. ex., interdição) ou sancionadoras (p.ex., multa), e, na ineficácia dessas ações, por meio de provimentos judiciais, já que ao Poder Judiciário sempre caberá reintegrar a ordem jurídica lesada ou violada (art. 5º, inciso XXXV, CF).

No plano das relações especiais de sujeição, porém, a questão deve ser respondida sob um ângulo diverso, em razão de um novo ingrediente, pois, *em regra*, a Administração é titular do próprio interesse objeto da relação ou de modo mais preciso, como refere Renato Alessi, age numa seara que lhe é reservada. Assim, no domínio das relações especiais de sujeição, além da possibilidade de previsão expressa ou genérica da potestade para cassar relações jurídicas, é possível, em razão do elevado grau de acessoriedade do vínculo em face de uma finalidade pública, cogitar de *poderes (deveres) implícitos* para cassar relações jurídicas favoráveis aos administrados, como na hipótese de concessão de serviços públicos a particulares ou de utilização por parte destes de bens dominiais.

Nunca é demais reforçar que a apreciação da existência desses poderes (deveres) implícitos deverá, *sempre*, observar as limitações legais, respeitar eventuais vedações normativas, tal como a que impera em relação aos vínculos funcionais estáveis, submetidos a um regime jurídico peculiar por expressa determinação constitucional (art. 41, CF), e *observar estritamente finalidades públicas*.

Destaque especial no âmbito das relações especiais de sujeição deve ser dado aos vínculos formados bilateralmente, por meio dos quais os particulares ingressam em esfera reservada à Administração para com ela colaborar, mediante prestações úteis à coletividade. Nesses casos, a Administração Pública não poderia ficar à mercê do inadequado comportamento do administrado, especialmente no âmbito da assunção de serviços públicos, de modo que o poder (dever) de extinguir a relação jurídica em razão de condutas contrárias

às prescritas e que coloquem *em risco* interesses da coletividade, decorre da titularidade estatal sobre o interesse em jogo e de sua *indisponibilidade*<sup>273</sup>.

Anotamos, ainda, que, embora reconheçamos esse poder (dever) implícito de colocar fim a certas relações especiais, *inexiste discricionariedade para agir* ou deixar de agir, pois uma declaração estatal com esse objeto pressupõe descumprimento de dever inerente ao vínculo especial e *considerável* repercussão nos serviços administrativos, o que será objeto de ulteriores considerações.

Em consequência, inferimos que o fundamento do ato de cassação pode decorrer de: a) um *poder* (dever) *expresso* previsto em lei; b) um *poder* (dever) *genérico* previsto em lei para dispor sobre o fim da relação, seja ela geral ou especial; c) um *poder* (dever) *implícito* nas relações especiais de sujeição, quando a Administração seja titular do interesse objeto da relação (serviço, bem, função), em razão da indisponibilidade do que lhe está reservado e afetado.

Concluímos, pois, que é correta a advertência de García de Enterría e Ramón Fernández e reconhecemos certa especificidade para as sanções extintivas (ou rescisórias), já que, mesmo no âmbito de relações de sujeição geral, será possível vislumbrar hipóteses em que o inadimplemento do particular seja motivo para extinção do vínculo independentemente de previsão legal explícita, o que justifica um olhar para o achatamento dos princípios genericamente aplicáveis no âmbito do direito administrativo sancionador.

É o que faremos a seguir.

---

<sup>273</sup> O Supremo Tribunal Federal, inclusive, enfrentou a questão no passado. Confira-se: MS 894/PA, Rel. Min. Aníbal Freire, j. 28/05/1948, v.u.; MS 1.419/SP, Rel. Min. Orosimbo Nonato, j. 01/08/1951, v.u. Disponível em <http://www.stf.jus.br>, acesso em 30/07/2010.

## CAPÍTULO VI

### OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO E O ATO DE CASSAÇÃO

Firmado o conceito, a natureza, o fundamento, o objeto e as espécies de atos de cassação quanto à posição de supremacia do Estado na relação com o administrado é imprescindível compreender o comportamento dos princípios primordiais que imantam a previsão e a imposição de sanções extintivas, de modo a destacar eventual especificidade em face do objeto em cogitação.

Antes de ingressar nesse vasto campo, vislumbramos que é necessário destacar a *origem* das normas aplicáveis à edição dos atos de cassação, pontuando a distinção entre os regimes jurídicos aplicáveis às sanções administrativas e às sanções penais, pois a aplicação de normas penais no âmbito administrativo sancionador, defendida por respeitados doutrinadores, deve ser realizada com muita cautela, ao menos no ordenamento brasileiro.

#### *1. Infração e sanção administrativa. Infração e sanção penal*

Infração administrativa e sanção administrativa são institutos conexos, pois convivem na estrutura da norma sancionadora que atribui potestade a uma autoridade administrativa para que a exercite de acordo com uma *finalidade*. As sanções administrativas, inclusive as extintivas, consoante destacamos no capítulo anterior, *estão contidas no ordenamento*, que regula os pressupostos para sua imposição.

Do ponto de vista ontológico, menciona a doutrina, com inteira razão, que não há diferença substancial entre infração e sanção administrativa e infração e sanção penal<sup>274</sup>. De fato, do ponto de vista da estrutura da norma, toda infração corresponde à descrição de uma *conduta* que é pressuposto hipotético para a aplicação de uma sanção.

---

<sup>274</sup> Regis Fernandes Oliveira, *Infrações e sanções administrativas*, p. 52. Rafael Munhoz de Mello, *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador*, p. 43. Este último autor aponta que as tentativas de distinguir o ilícito administrativo e ilícito penal, do ponto de vista substancial, em razão da qualidade do valor tutelado ou da gravidade da infração, não são úteis, por estarem baseadas em critérios metajurídicos, que podem ou não ser acolhidos pelo legislador (*ibidem*, p. 57-60).

Com base nesse fundamento, alguns autores pugnam pela aplicação no âmbito administrativo de princípios e regras fundamentais de direito penal, sustentando certa *unidade* do direito punitivo estatal<sup>275</sup>.

Todavia, é preciso considerar que o Direito Penal estabelece pressupostos para a imposição da mais grave das sanções jurídicas, a privação da liberdade (art. 5º, inciso XLVI, alínea “a”, CF), e que, exatamente por essa razão, contém uma série de *limitações normativas especiais*, que visam resguardar ao máximo a liberdade das pessoas e que refletem, no fundo, o estágio de desenvolvimento político, econômico e cultural de uma sociedade<sup>276</sup>. Além disso, embora as sanções administrativas estejam destinadas à proteção de relevantes interesses, o Direito Penal regula condutas gravíssimas e está dirigido à proteção dos bens jurídicos mais valiosos de uma comunidade<sup>277</sup>.

Sendo assim, em que pese o elogiável escopo dos seus defensores, claramente dirigido para reforçar as garantias dos administrados no âmbito da imposição de sanções administrativas e com isso restringir a arbitrariedade da ação estatal, não admitimos a aplicação *direta* de normas de outro ramo jurídico no âmbito administrativo, pois a atuação aqui realizada está informada por princípios jurídicos próprios e que não são derogados por normas penais. Há de se afastar, pois, a transposição mecânica de princípios penais e processuais penais ao Direito Administrativo, o que não impede sejam identificados

---

<sup>275</sup> Segundo os professores García de Enterría e Ramón Fernández há na *Constituição Espanhola* uma *regulação unitária das penas e das sanções administrativas* que impõe a aplicação, ainda que matizada, de princípios gerais de Direito Penal na esfera sancionadora administrativa (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, v II, p. 174). Sem contender com as conclusões dos autores para o direito espanhol, é necessário ponderar que o dispositivo invocado pelos professores não encontra similar na Constituição vigente no país. Apenas para facilitar a compreensão da diferença, transcrevemos o dispositivo da Constituição Espanhola invocado: “25 - 1. Nadie puede ser *condenado o sancionado* por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan *delito, falta o infracción administrativa*, según la *legislación* vigente en aquel momento”. No Brasil, articulam uma visão unitária do direito punitivo estatal, entre outros: Edilson Pereira Nobre Júnior (Cf. *Sanções administrativas e princípios de direito penal, Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 175, p. 53-75) e Marçal Justen Filho (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 478).

<sup>276</sup> A parte geral do Código Penal consiste num maturado arcabouço jurídico voltado para a aplicação das sanções previstas na parte especial. Como exemplo de limitação específica, pode-se mencionar que a regra geral no direito penal é a punição de condutas em que o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (art. 18, inciso I e parágrafo único, CP), de modo que a responsabilização penal em razão de um resultado causado pela violação de um dever geral de cuidado (art. 18, inciso II, CP) é medida excepcional e depende de previsão expressa.

<sup>277</sup> Como leciona Francisco de Assis Toledo, ao discorrer sobre as missões e limites do direito penal: “A tarefa imediata do direito penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui entremostra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou a exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Não além disso” (*Princípios básicos de Direito Penal*, p. 13-14).

princípios e regras constitucionais comuns, a serem compatibilizados com os princípios gerais e específicos que informam cada ramo, sem se afirmar a prevalência de um regime e sem dogmatizar princípios caros ao Direito Penal<sup>278</sup>.

Incumbe, pois, à ciência do Direito Administrativo a tarefa de identificar os princípios que presidem a cominação e a imposição de sanções administrativas.

## 2. Os princípios de Direito Administrativo e o regime sancionador.

No âmbito do regime sancionador, importa apreciar os princípios primordiais de Direito Administrativo que imantam e condicionam a *previsão* e a *imposição* de sanções extintivas.

Sem desprestígio dos demais, vislumbramos seja essencial, para compreender as características do regime jurídico no plano das rescisões unilaterais sancionadoras, abordar os princípios da legalidade, da finalidade, da tipicidade, do devido processo legal, da segurança jurídica, da voluntariedade (ou culpabilidade) e do controle judicial. Diferimos, todavia, a abordagem do penúltimo (voluntariedade), remetendo-a para tópico específico, dada a necessidade de aprofundamento, bem como pela viabilidade de tratá-lo em conjunto com o pressuposto objetivo da edição de atos de cassação.

Na seara dos princípios, é forçoso reconhecer que sua importância, dantes relegada incrivelmente a segundo plano no país, salvo pioneiras e elogiosas vozes, foi içada a patamares elevados após a promulgação da atual Constituição. Certamente, parte da tomada de consciência da doutrina e da jurisprudência quanto à importância dos princípios jurídicos decorre da quantidade de preceitos com conteúdo eminentemente valorativo contidos no sistema, a exigir do intérprete o manejo de instrumental mais sofisticado para a compreensão do alcance das normas jurídicas. Porém, além desse aspecto técnico-jurídico, há uma faceta da alteração de postura da comunidade jurídica, que é deveras importante e não pode, pois, ser esquecida, que decorre da ruptura da Sociedade com os padrões éticos autoritários antes

---

<sup>278</sup> Fábio Medina Osório, após anotar que ganhou muita força na Europa a tese da unidade da pretensão punitiva estatal, aponta diversos aspectos pelos quais a afasta no país e destaca que a principal inconsistência “reside na diversidade substancial dos regimes jurídicos dos mais diversos poderes punitivos do Estado” (*Direito Administrativo sancionador*, p. 121). Reconhece o autor, porém, que a origem constitucional de garantias aplicáveis ao Direito Penal e ao Direito Administrativo autoriza reconhecer a existência de cláusulas comuns, ainda que com especificidades em cada âmbito (*ibidem*, p. 142-144). Nesse sentido, Lúcia Valle Figueiredo destaca ser aplicável ao processo administrativo sancionador alguns princípios inerentes ao processo penal, em razão do princípio do devido processo legal (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 441-442).

vigentes, postos abaixo pela consciência humanística e democrática que emergiu no país na década de 80. Esse outro elemento impulsionou o rompimento com o excessivo apego à interpretação literal das normas jurídicas, caricaturada pela expressão latina *dura lex sedes lex*, que muitas vezes desconsiderava a importância da pessoa humana e sua singularidade na aplicação do Direito.

Abandonada a dureza do texto legal, o que aplaudimos com entusiasmo, preocupa-nos, todavia, outro excesso, qual seja, a perigosa relativização do Direito vigente em prol da *solução mais razoável para o caso concreto, escolhida e eleita* pela autoridade competente, seja administrativa ou judicial, *ainda que em desacordo com comandos legais*. Não afirmamos, ressalve-se, que o fato individualizado, com todas as suas circunstâncias e pormenores, seja sem importância para o Direito<sup>279</sup>, pois, como adiante se verá, o temos como essencial, mas não enxergamos possibilidade de se abandonar, num governo de leis, tal como o inaugurado em 1988, a idéia de que *um dos fins do Direito é prescrever previamente a solução adequada, ofertando estabilidade e segurança* às relações humanas e *legitimidade* para as decisões administrativas e judiciais<sup>280</sup>.

Ademais, o valor dos preceitos objetivos está intimamente ligado à dificuldade de se descrever um objeto com exatidão, especialmente aqueles que consistem em criações humanas, pois, embora o observador tente dele se distanciar, é inevitável que aporte às suas reflexões e decisões certa singularidade pessoal, seus valores e, sobretudo, sua experiência. Por isso, no campo dos princípios jurídicos fundamentais é necessário atentar para que sua identificação e hierarquização seja promovida em um processo coletivo de decantação científica e jurisprudencial, que só o tempo é capaz de promover.

---

<sup>279</sup> Confira-se a advertência de Agustín Gordillo: “Debe recordarse que el derecho es una ciencia de problemas singulares y concretos y que los principios de valoración y de orden que se extraen de la ley son siempre descubiertos y contrastados en una problemática concreta...” (*Tratado de Derecho Administrativo*, Cap. I - p. 24).

<sup>280</sup> Se aceitarmos que a norma é uma moldura, como ensina Hans Kelsen (Cf. *Teoria Pura do Direito*, p. 390-391), a atividade de aplicação da norma pressupõe a fixação da moldura, tarefa que corresponde a um ato de conhecimento, realizado por meio da atividade de interpretação. Do ponto de vista ontológico, o esforço de compreensão do conteúdo da norma em nada difere quando realizado pelo cientista do Direito ou pelo aplicador. A diferença das atividades é de qualidade, pois o órgão jurídico aplicador está *legitimado* (realiza “interpretação autêntica”, na terminologia de Hans Kelsen, Cf. *ibidem*, p. 394) para fixar um dos sentidos possíveis e aplicá-lo ao caso concreto, ou seja, *pode optar* por uma das soluções permitidas, desde que observe o enquadramento na moldura. Todavia, isso não significa que *sempre* é juridicamente admissível mais de uma solução para um caso concreto – e nisto nos afastamos do pensamento de Kelsen, pois há situações em que a tarefa interpretativa permite afirmar, sem margem a questionamentos sérios, que só existe uma solução correta para o caso específico. Sobre o tema são precisas as lições de Genaro Carrió (Cf. *Notas sobre Derecho y lenguaje*, especialmente p. 70-72).

Com essas preocupações, aceitamos como útil e equilibrada a noção de princípio - e assim a empregamos - como prescrição nuclear de um sistema jurídico, que lhe confere harmonia, lógica e racionalidade, *permitindo compreender o espírito e o alcance das demais normas que o integram*, consoante clássico e atualíssimo ensinamento de Celso Antônio Bandeira Mello<sup>281</sup>.

Não vislumbramos, pois, necessidade de desconstruir o que foi edificado durante décadas por uma plêiade de juristas e julgadores para substituí-lo por modelos ainda carentes de estabilidade e segurança. Ao revés, pensamos que há muito a desenvolver a partir de categorias jurídicas conhecidas pela Ciência do Direito do Administrativo e reconhecidas pela nossa melhor jurisprudência.

A partir desse posicionamento, apreciaremos os princípios administrativos primordiais aplicáveis no âmbito da cassação, a fim de ulteriormente aportá-los para a compreensão dos pressupostos que legitimam sua edição.

### *2.1. O princípio da legalidade*

Meditando sobre princípios jurídicos que condicionam o exercício das potestades sancionadoras, o primeiro destaque deve ser dado ao *princípio da legalidade*, basilar no exercício de função administrativa, na medida em que toda ação da Administração pressupõe que esteja *habilitada* para tanto *por uma norma de hierarquia legal* (art. 37, “caput”, art. 84, inciso IV, CF).

No regime jurídico nacional, no qual inexistente previsão constitucional para edição de regulamentos autônomos ou independentes, isso significa que a Administração só pode fazer o que a *lei* determina, cumprindo renovar que a Constituição estabelece que ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de *lei* (art. 5º, inciso II). Logo, a Administração encontra um *limite* para a cominação de sanções extintivas na regra que impede a imposição de deveres ou de restrições aos particulares sem prévia e expressa previsão legal, na medida em que nenhum dever pode ser imposto aos administrados sem substrato em norma de hierarquia legal e não é possível cogitar que um

---

<sup>281</sup> O conceito de princípio enunciado pelo autor encontra-se transcrito na nota de rodapé nº 72.

particular sofra sanções em razão do descumprimento de deveres fundados em norma que não possua essa graduação<sup>282</sup>.

No âmbito da supremacia geral do Estado, a qualificação de uma conduta como ilícito administrativo pressupõe demonstração de que houve o descumprimento de um dever prescrito em norma legal ou nela fundamentado. Mais que isso: tanto o pressuposto hipotético da norma sancionadora como a consequência, isto é, a sanção, devem estar *suficientemente* descritos em lei, fazendo menção aos deveres específicos do particular e às consequências do seu descumprimento, de modo a possibilitar que o particular tenha *condições de prever* a repercussão de seus atos<sup>283</sup>.

Ressalvamos que isso não impede que a lei, ao descrever o pressuposto da norma sancionadora, refira-se a deveres impostos após especificações realizadas no âmbito da Administração Pública e cuja previsão seria inviável no plano legal, já que estritamente dependentes de averiguações e operacionalizações técnicas, mutáveis de acordo com o progresso científico e tecnológico, bem como variáveis de acordo com condições espaciais e temporais<sup>284</sup>.

Em que pese esse rigoroso regime, como acentuado no capítulo anterior, a atribuição genérica de poder (dever) para dispor sobre relações jurídicas, ou seja, para revogá-las, pode infirmar a exigência de prévia e expressa previsão legal do pressuposto da potestade sancionadora. O princípio da legalidade não deixa aqui de se fazer presente, pois a ação estatal está fundada numa norma de atribuição de hierarquia legal, que autorizou as autoridades administrativas a extinguirem os efeitos de um ato administrativo por razões de conveniência e oportunidade, *inclusive em razão do inadimplemento dos deveres do*

---

<sup>282</sup> Regis Fernandes de Oliveira dá notícia de opiniões em sentido diverso no direito estrangeiro, mas aponta, que, no direito brasileiro, não há espaço para sua acolhida (Cf. *Infrações e sanções administrativas*, p. 55-57). Para Heraldo Garcia Vitta (Cf. *A sanção no Direito Administrativo*, p. 85-87) e Rafael Munhoz de Mello (Cf. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador*, p. 129-132) as medidas provisórias não seriam veículos idôneos para criar infração administrativa e respectiva sanção em razão do seu caráter provisório.

<sup>283</sup> Com essa orientação, o Supremo Tribunal Federal, em sede de medida cautelar (MC-ADI 1823-1/DF), suspendeu parcialmente a eficácia da Portaria nº 113/1997 do IBAMA, que, sem suporte legal, instituiu sanção administrativa em matéria ambiental (Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 30/04/1998, v.u. - disponível em <http://www.stf.jus.br>, acesso em 30/06/2010). Rafael Munhoz de Mello anota que esse aspecto distingue as sanções gerais e as aplicáveis no âmbito das relações de sujeição especial: “A possibilidade de criação da infração administrativa por regulamento é a única peculiaridade do regime jurídico das sanções administrativas no campo das relações especiais de sujeição. Há tão-somente uma flexibilização do princípio da legalidade, que no âmbito das relações de sujeição geral exige que a infração seja descrita em lei formal” (*Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador*, p. 166).

<sup>284</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 851.

*particular*. Logo, o pressuposto hipotético da cassação aqui consiste na infração a um dos deveres que permeiam o vínculo formado em razão do ato administrativo anterior.

Novamente renovamos que a atribuição genérica não significa liberdade total para o exercício dessa potestade, na medida em que sempre hão de ser consideradas as limitações formais e materiais que impedem a Administração de agir com autonomia, especialmente pela necessidade de demonstração do descumprimento da prescrição e de repercussão negativa da conduta ilícita sobre a finalidade pública que motiva a edição do ato. Faz-se necessário, porém, reconhecer uma relativa abertura na escolha do pressuposto que dará ensejo à imposição da sanção extintiva, a qual poderá ser delimitada no âmbito regulamentar, a fim de dar uniformidade de tratamento no plano interno da Administração.

Como admitimos a existência de relações de sujeição especial, impende anotar que, nesse domínio, a Administração pode eleger no âmbito infralegal o pressuposto hipotético para a edição de atos de cassação, mas deve observar os condicionamentos anteriormente já mencionados (v. *supra* Capítulo V – item 3.1), de modo que devem ser rejeitados aqueles que não estejam dirigidos à satisfação da finalidade pública que governa a relação. Portanto, no âmbito das cassações disciplinares aceita-se, à vista da existência de finalidades superiores, salvo disposição legal em contrário, como é o caso da demissão de servidores públicos estáveis, a possibilidade da descrição do pressuposto de atos de cassação em atos infralegais, especialmente no âmbito de relações bilaterais, por meio das chamadas “cláusulas exorbitantes”, e que autorizam a extinção desses vínculos em razão do inadimplemento de deveres do particular, desde que a infração ao dever seja *a eles inerente* e haja *grave repercussão* sobre os serviços estatais, aplicando-se o discorrido logo acima quanto à necessidade de *atendimento da finalidade legal*.

Ressaltamos, por fim, que aqui também não há fuga ao princípio da legalidade, pois há necessidade de atribuição legal, embora a potestade de cassar, no âmbito das relações de sujeição especial, possa ser explícita, genérica ou implícita.

## 2.2. O princípio da tipicidade

Decorrência lógica da estrutura da norma jurídica sancionadora é a necessária tipicidade das infrações que podem ensejar a extinção do vínculo, isto é, a conduta ilícita que é pressuposto para a edição do ato de cassação deve estar prévia e suficientemente descrita em

norma escrita, incumbindo ao agente público competente verificar a ocorrência da infração e impô-la, quando cabível<sup>285</sup>.

Fábio Medina Osório anota que a tipicidade “há de ser considerada um desdobramento e uma garantia da legalidade, uma demarcação do campo em que deve movimentar-se o intérprete, com maior ou menor rigidez, dependendo do bem jurídico tutelado e dos direitos fundamentais em jogo, bem assim da natureza da relação de sujeição entre Estado e infrator”<sup>286</sup>.

No âmbito das relações estáveis, sejam de sujeição geral ou especial, o princípio da tipicidade ganha destacada força, pois a *lei* deve conter com precisão o comportamento que é pressuposto para imposição de cada sanção, de modo que fica vedada a atribuição genérica de poder, que consistiria em verdadeira delegação legislativa para impor restrições aos administrados, pois não seria razoável admitir tamanha abertura para desestabilizar vínculos indisponíveis discricionariamente, tal como o que decorre do deferimento das licenças em geral e dos vínculos funcionais. É possível, todavia, que o legislador, *quando não lhe seja possível precisar todas as condutas infracionais*, utilize-se de conceitos normativos no tipo, desde que não impliquem em incerteza quanto ao seu conteúdo, isto é, impossibilidade de previsão do comportamento proibido, o que seria ofensivo ao princípio da segurança jurídica (*v. infra - item 5*)<sup>287</sup>.

Por outro lado, quando o ordenamento confere à Administração uma potestade genérica ou implícita *para dispor sobre a relação jurídica*, ou seja, em relação a vínculos não estáveis, o princípio da tipicidade se comporta de modo menos extremado, ainda que não deixe, a nosso ver, de estar presente. Embora seja razoável prévia disposição a delimitar hipóteses para as quais se prevê a rescisão como consequência, nem sempre hão de estar descritos de modo exaustivo, sendo possível cogitar, *nesses casos*, da existência de uma cláusula resolutiva implícita (“tipo genérico e implícito”), isto é, um pressuposto que autoriza

---

<sup>285</sup> Como leciona Regis Fernandes de Oliveira: “Entendimento diverso levaria ao absurdo da infração sem previsão legal, nascida da sensibilidade do julgador, e da sua maior ou menor rigidez moral” (*Infrações e sanções administrativas*, p. 23). O autor destaca ainda que a existência de elementos normativos no tipo não pode ser confundida com atipicidade, pois os critérios subjetivos do julgador para determinar o alcance do pressuposto não podem desviar-se do que está objetivado no direito positivo (Cf. *Ibidem*, mesma página).

<sup>286</sup> *Direito administrativo sancionador*, p. 213. O autor anota duas funções básicas para os tipos sancionadores, quais sejam, a de segurança jurídica, garantindo previsibilidade mínima das possibilidades de exercício do poder punitivo, e a pedagógica, com papel eminentemente preventivo de anunciar aos possíveis infratores as condutas proibidas (*ibidem*, p. 213/214).

<sup>287</sup> Para Marçal Justen Filho seria “... inconstitucional atribuir à autoridade administrativa autonomia ampla para determinar os elementos necessários à configuração do ilícito e a sanção adequada” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 480).

o exercício da potestade sancionadora extintiva a partir do descumprimento de deveres impostos ao particular no âmbito da relação jurídica existente, com a ressalva de que o ilícito deverá ser *relevante e grave a ponto de ofender bens jurídicos* que estão sob tutela da Administração.

Logo, mesmo os atos de cassação que tenham por objeto vínculos instáveis, nos quais há possibilidade de fixação de ilícitos em atos infralegais, a tipicidade, embora fluida, estará presente e *limitada materialmente pelos deveres impostos ao particular*.

É justo e pertinente questionar qual seria a *utilidade* e a *funcionalidade* de se recorrer à figura típica genérica e implícita acima reportada. A nosso ver a utilidade consiste em balizar um limite material a partir desse pressuposto, pois a Administração não pode desbordar das prescrições oriundas do vínculo, salvo previsão legal em sentido contrário. Além disso, esse pressuposto funciona como parâmetro que demarca um regime jurídico específico, na medida em que, para editar um ato de cassação, a autoridade pública deverá observar *todos os demais princípios que decorrem da natureza sancionadora da restrição*, tais como o do devido processo legal, o da voluntariedade, o da finalidade, o da segurança jurídica etc.

### 2.3. O princípio da finalidade

Ao lado da legalidade e da tipicidade, o princípio da finalidade é essencial para que se compreendam as limitações jurídicas impostas à Administração Pública no âmbito do Direito Administrativo sancionador, inclusive para a edição de atos de cassação.

Aliás, o ordenamento jurídico somente pode ser compreendido através de sua finalidade, consoante lapidar ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“... é a finalidade e só a finalidade o que dá significação às realizações humanas. O Direito, as leis, são realizações humanas. Não compreendidas suas finalidades, não haverá compreensão alguma do Direito ou de uma dada lei”<sup>288</sup>.

O princípio da finalidade está implícito no princípio da legalidade, pois as normas existem *para atingir um resultado*<sup>289</sup>. Nesse sentido, Celso Antônio anota que o

<sup>288</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 47.

<sup>289</sup> A investigação da finalidade da lei é regra cogente de interpretação, consoante dispõe o art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá *aos fins* sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. No mesmo sentido, a lei geral dos processos federais prescreve que a

princípio da finalidade é inerente ao princípio da legalidade, pois seria burla aplicar uma norma em desacordo com seu fim, o que

impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade *específica* abrigada na lei a que esteja dando execução<sup>290</sup>.

No âmbito das sanções administrativas, é de rigor refletir sobre o objetivo da restrição imposta ao particular, isto é, qual o seu papel na realização do Direito.

Parte da doutrina afirma que a sanção consiste num mal, numa medida aflitiva, num castigo, em suma, numa providência com caráter retributivo<sup>291</sup>. Embora seja inegável que toda sanção corresponda a uma restrição na esfera jurídica do destinatário, de modo que sua imposição decerto significa uma penalidade e, portanto, tenha uma carga de retribuição, no aspecto da finalidade da norma que instituiu a potestade sancionadora é cabível destacar o seu caráter preventivo, que delimita a utilização do poder estatal neste âmbito.

Esse caráter preventivo das sanções administrativas pode ser desdobrado em dois aspectos: de um lado, ao prescrever abstratamente a consequência jurídica na hipótese de violação das condutas impostas, a sanção veicula um estímulo geral a todos para que se comportem consoante o preceituado (prevenção geral); de outro, na hipótese de ocorrência concreta da conduta proibida, a sanção veicula uma resposta, a ser imposta pelo agente competente, através da restrição *necessária* e específica para recompor de modo adequado o ordenamento jurídico (prevenção especial). Aplicada em concreto, a sanção funciona também como medida exemplar, tanto ao particular, a fim de que não reincida naquela conduta inadequada, como aos demais administrados, para que não a pratiquem (prevenção geral)<sup>292</sup>.

O caráter preventivo merece maior destaque porque se faz presente com muita intensidade no âmbito da cassação, na medida em que a finalidade da lei não é impor um mal ao particular, retirando-lhe direitos para que suporte uma situação desagradável e dolorosa, mas sim *evitar novas ofensas ao interesse público tutelado pela norma jurídica* que instituiu o

interpretação da norma deve prestigiar a que melhor garanta o atendimento do fim público (art. 2º, parágrafo único, inciso XIII, Lei nº 9.784/99).

<sup>290</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 107.

<sup>291</sup> Cf. Regis Fernandes Oliveira, *Infrações e sanções administrativas*, p. 92. Ressalte-se que para o autor apenas as sanções de polícia têm caráter de castigo, sustentando que as disciplinares têm caráter de restrição e manutenção da ordem administrativa.

<sup>292</sup> "... a finalidade da sanção administrativa não é punir o sujeito infrator ou responsável. Tem por escopo desestimular as pessoas a cometerem futuras violações. A finalidade é preventiva" (Heraldo Garcia Vitta, *A sanção no Direito Administrativo*, p. 66).

mandamento que deveria ter sido obedecido e *recompor a ordem jurídica*, lesada pelo comportamento irregular do administrado.

A consequência da aplicação desse princípio ao plano sancionador é evidente: não é legítimo que a Administração, sob a alegação de que houve descumprimento de deveres, rescinda vínculos jurídicos favoráveis aos administrados em razão de condutas acessórias, irrelevantes e menores, inidôneas para causar prejuízos à coletividade<sup>293</sup>.

#### 2.4. O princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CF) prescreve limitações bastante importantes para a atuação estatal no âmbito sancionador, tanto sob o aspecto material quanto formal.

No âmbito formal, o princípio impõe que as restrições aos particulares sejam realizadas com observância de um rigoroso rito processual, tanto para a previsão de infrações administrativas quanto para sua concreta imposição. Nesse último aspecto, a imposição concreta de restrições pressupõe seja garantido ao particular o exercício do direito de contrapor-se à pretensão estatal, com oportunidade para apresentação de razões e provas, de modo a que possa infirmar a necessidade da interdição, elementos que deverão ser sopesados ao final pela autoridade competente.

No regime jurídico brasileiro, não há espaço para controvérsias quanto à necessidade de prévio processo para que se avance à atuação estatal sancionadora, pois a Constituição elevou o direito ao devido processo legal à condição de garantia de fundamental e prescreve que sem ele ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens (art. 5º, LIV, CF), além de assegurar aos *acusados em geral* (e também aos litigantes), nos processos judiciais e administrativos, o direito ao *contraditório* e à *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, incisos LV).

Assim, entre a previsão de uma potestade administrativa restritiva e sua concreta atuação, por meio da edição de um ato administrativo sancionador, há um hiato, que

---

<sup>293</sup> Fábio Medina Osório cunha este juízo de apreciação da ilicitude material da conduta e aponta que por meio dele deve ser aferido “se o comportamento efetivamente agride o bem jurídico protegido pela norma ou mesmo o *status* de vigência formal e material dessa norma” (*Direito Administrativo sancionador*, p. 261)

corresponde ao desenvolvimento do *devido processo*, pressuposto objetivo da atuação estatal<sup>294</sup>.

Nessa perspectiva, Sérgio Ferraz e Adilson Dallari lecionam que “o processo administrativo envolve uma sucessão ordenada de atos e formalidades, lógico-juridicamente concatenados e seqüenciados, com vistas à formação da manifestação da vontade decisória da Administração”<sup>295</sup> e que sua *finalidade* está relacionada fundamentalmente a dois objetivos: *maximizar as garantias* do administrado frente ao poder estatal, de modo a evitar atuações arbitrárias, e assegurar que a Administração atue bem informada das circunstâncias que permeiam sua ação, de modo a *qualificar e legitimar a decisão* final, facilitando, também, a própria ação dos órgãos de controle<sup>296</sup>.

Desse modo, não há dúvida de que a identificação de uma conduta qualificável como ilícito administrativo não legitima que a Administração Pública, de imediato, imponha uma sanção ao administrado. Com efeito, a imputação de um ilícito administrativo não se afirma de plano, nem se faz a revelia do particular, pois o exercício da potestade sancionadora pressupõe adequada fixação probatória, o que somente se faz legitimamente após prévio e amplo acesso ao exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, isto é, mediante ativa *participação* do interessado.

O direito ao contraditório e à ampla defesa podem ser descritos, pois, como subprincípios que concretizam o do devido processo legal no âmbito processual e garantem aos acusados o *direito de ciência das acusações* formuladas e da própria pretensão estatal, a fim de que possam exercer o *direito de reação*, contrapondo-se a ela e produzindo provas que demonstrem seus argumentos, de modo a influir no convencimento daquele que irá manifestar a “vontade” do Estado.

Logo, à vista desse arcabouço constitucional, inexistente abertura no Direito Brasileiro para admissão, seja qual for a gravidade da infração, do instituto da verdade sabida, através do qual a Administração impunha sanções com fundamento em fatos que reportava ser

---

<sup>294</sup> Para distinguir as duas figuras – ato e processo - Odete Medauar menciona que “a processualidade diz respeito ao *vir a ser* de um ato e o ato é o *feito*” (*A processualidade no Direito Administrativo*, p. 29, grifado no original).

<sup>295</sup> *Processo administrativo*, p. 90.

<sup>296</sup> Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari, *Ibidem*, p. 25 e 58-61. Odete Medauar aponta dez finalidades do processo administrativo: a) de garantia dos administrados; b) de melhor conteúdo das decisões; c) de eficácia das decisões; d) de legitimação do exercício do poder; e) do correto desempenho da função; f) de justiça na Administração; g) de aproximação entre Administração e administrados; h) de sistematização da atuação administrativa; i) de facilitador do exercício das atividades de controle; j) de modo de aplicação dos princípios e regras comuns da atividade administrativa (Cf. *A processualidade no Direito Administrativo*, p. 65-74).

de conhecimento público e notório, o que não significa que a Administração não possa adotar medidas cautelares em situações emergenciais, nem ritos abreviados e céleres<sup>297</sup>.

No plano substancial, o princípio condiciona toda atuação estatal restritiva de direitos dos particulares e pressupõe que a diminuição da esfera jurídica dos particulares seja razoável e proporcional em face dos fins almejados<sup>298</sup>.

É relevante, então, anotar que tanto a previsão como a imposição de sanções administrativas devem ter suporte em *fundadas razões*, de modo que é impositivo apreciar a pertinência da cominação e da imposição a vista da finalidade do interesse que se pretende prover. Nesse plano, leciona a doutrina que deve ser averiguada a legitimidade da restrição sob os aspectos da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, princípios conexos e de difícil conceituação, embora de significado intuitivo<sup>299</sup>.

A razoabilidade implica, segundo leciona Celso Antônio, na necessidade da Administração agir observando

... critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada<sup>300</sup>.

O princípio da proporcionalidade<sup>301</sup>, por sua vez, condiciona a previsão abstrata de infrações e sanções administrativas e a aplicação concreta dos comandos

---

<sup>297</sup> Cf. Odete Medauar, *A processualidade no direito administrativo*, p. 123. Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari, *Processo administrativo*, p. 100.

<sup>298</sup> Segundo Fábio Medina Osório, sob o aspecto substantivo, a legislação deve ajustar-se às idéias de razoabilidade e interdição à arbitrariedade (Cf. *Direito Administrativo sancionador*, p. 167). Para José Roberto Pimenta Oliveira, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade consistem em vetores axiológicos supremos que condicionam qualquer manifestação estatal sancionadora (Cf. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*, p. 471).

<sup>299</sup> Cf. Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari, *Processo Administrativo*, p. 64, ressaltando-se que os autores fazem essa consideração especificamente em relação ao princípio da proporcionalidade.

<sup>300</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 108.

<sup>301</sup> A idéia de aferição da proporcionalidade para avaliar a legitimidade das restrições a direitos dos particulares não é nova. Nesse aspecto, Otto Mayer já mencionava, no início do século passado, ao discorrer sobre limites nas autorizações de polícia que “la condición de la *proporcionalidad*, inherente a todas las manifestaciones del poder de policía, tiene también lugar. La ley de autorización supone tácitamente un cierto grado de peligro, proporcionado a la gravedad de la medida. La autoridad que hace la ordenanza debe examinarlo; si excede manifestamente esta medida natural, excede los límites de la autorización; por lo tanto, tal ordenanza debe considerarse jurídicamente ineficaz” (*Derecho Administrativo Alemán*, T. II, p. 62, grifado no original). No mesmo sentido, Renato Alessi, ao tratar de circunstâncias que autorizam uma excepcional ação administrativa, independentemente de atribuição expressa ou genérica, mencionou, ao lado dos pressupostos objetivos de

sancionadores, pressupondo que sejam apreciados os coeficientes de adequação, necessidade e proporcionalidade<sup>302</sup>. A observância do princípio demanda a aferição da sanção administrativa ao demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estiver atrelada e pressupõe que seja adequada para alcançar o fim perseguido, necessária à vista de outros instrumentos disponíveis e menos onerosos, bem como que seja proporcional à vista do ilícito praticado pelo particular.

Em matéria de sanções administrativas, Regis Fernandes de Oliveira concentra sua atenção no princípio da proporcionalidade em sentido estrito e indica que o próprio exercício da função legislativa para instituir sanções e prever pressupostos encontra limite nesse critério de aferição da legitimidade da ação estatal, lembrando que o Poder Judiciário tem afastado a possibilidade de se utilizar o inadimplemento de obrigação tributária como pressuposto para a imposição de restrições a atividades profissionais e comerciais (Súmulas 70 do STF e 323 do STJ)<sup>303</sup>.

Como decorrência do princípio da proporcionalidade, Rafael Munhoz Mello alerta para a necessidade de *aferição da culpabilidade do agente* em face do caso concreto, pois “... a finalidade preventiva só é atingida se do sujeito que sofre os efeitos da sanção fosse possível exigir conduta distinta da que foi praticada, evitando, assim, o resultado ilícito e típico alcançado”<sup>304</sup>.

---

urgência e necessidade, gravidade, excepcionalidade do perigo, ausência de expressa exclusão e de meios ordinários para agir, a necessidade de haver “*idoneità del provvedimento ad ovviare al pericolo, e con la proporzionalità del primo rispetto ao secondo*”, pois, “é pure ovvio che la potestà di provvedere può essere legittimata dalla necessità soltanto negli stretti limiti di quanto è strettamente necessario ad ovviare al pericolo incombente ...” (*Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 220-221, grifado no original).

<sup>302</sup> Cf. José Roberto Pimenta Oliveira, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*, p. 472-473.

<sup>303</sup> *Infrações e sanções administrativas*, p. 95. A pacificada jurisprudência referida pelo autor foi, todavia, infirmada, embora em caráter excepcional, pelo C. Supremo Tribunal Federal que, ao julgar o pedido de liminar em ação cautelar que pretendia atribuir efeito suspensivo a Recurso Extraordinário já admitido na origem, entendeu, *num juízo de ponderação de valores*, que não havia fundadas razões para o deferimento da tutela de urgência, acolhendo a tese da União, firme em que o regime especial que regula a indústria de cigarros, consoante previsto no Decreto-Lei nº 1.593/77, autorizaria a *cassação do registro especial* necessário para a produção do produto em razão de *inadimplemento* substancial, contumaz e reiterado *de tributos*, à vista do caráter extrafiscal da exação e dos graves prejuízos ocasionados à livre concorrência (MC 1.657 MC/RJ, Pleno, Rel. p. Ac. Min. Cezar Peluso, maioria, j. 27/06/2007 - disponível em <http://www.stf.jus.br>, acesso em 30/06/2010).

<sup>304</sup> *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador*, p. 178. Ressalvamos que o autor, a partir desse pressuposto, conclui que sempre será necessário demonstrar a presença de culpa em sentido estrito (negligência, imperícia e imprudência) para a imposição da sanção. A nosso ver, nem sempre será requisito para imposição da sanção a infração a dever de cuidado objetivo, mas não temos dúvida da importância de verificação no caso concreto da possibilidade real de cumprimento da conduta preceituada.

### 2.5. O princípio da segurança jurídica

Outro princípio basilar no Direito, com repercussão importantíssima no âmbito sancionador, é o da segurança jurídica, pois a própria existência do ordenamento jurídico revela uma opção da humanidade pelo estabelecimento de regras de convívio social, a fim de assegurar a harmonia entre os homens e certa *previsibilidade e estabilidade* nas relações por eles travadas.

Além da missão extrínseca do Direito, leciona a doutrina que a segurança jurídica pode ser observada no seu interior, a partir de “um conjunto de normas que provejam a necessidade de segurança do próprio sistema jurídico”<sup>305</sup>. Investigando o Direito Administrativo, em busca das técnicas nele previstas em defesa dos administrados, Rafael Valim destaca diversos institutos prestantes à conferir *estabilidade e certeza* às normas jurídicas e aos seus efeitos. Para o autor, a certeza proporcionada pela segurança jurídica do Direito está pautada pela *ausência de dúvida* quanto à vigência das normas jurídicas, tanto no âmbito de sua projeção temporal quanto no âmago do seu conteúdo, como garantias de previsibilidade da ação da Administração Pública, enquanto a estabilidade do Direito estaria relacionada a institutos que asseguram direitos subjetivos e protegem os indivíduos de boa-fé em relação às ações do Estado<sup>306</sup>.

Tais aspectos têm crucial importância no âmbito do Direito Administrativo sancionador, sendo de rigor realçar que o princípio da segurança jurídica, implícito na Constituição Federal, foi agasalhado expressamente no plano federal, por meio da Lei nº 9.784/99 (art. 2º).

No âmbito da produção temporal dos efeitos, as normas jurídicas que descrevem os motivos hipotéticos que podem dar ensejo à imposição de sanções administrativas devem ser anteriores à realização da conduta, de modo que nenhum preceito pode retroagir para colher fatos ocorridos no passado, qualificando-os como ilícito administrativo ou cominando sanções mais gravosas (*princípio da anterioridade*), pois finalidade alguma cumpriria o ordenamento se pretendesse regular condutas pretéritas e sancioná-las. Há de se considerar, porém, a possibilidade de retroação das leis mais benéficas

---

<sup>305</sup> Rafael Valim, *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*, p. 45. O autor com muita propriedade distingue a segurança jurídica pelo Direito (aspecto exterior) da segurança jurídica do Direito (aspecto interno), este compreendido como um conjunto de técnicas dirigidas à defesa dos administrados (Cf. *Ibidem*, p. 44-45).

<sup>306</sup> Cf. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*, p. 47.

ao particular, consoante expressamente dispõe, aliás, o Código Tributário Nacional (art. 106, inciso II, alíneas “a” a “c”).

Em relação ao conteúdo da norma sancionadora, impende avaliar o grau de abertura admissível em face de cada sanção aplicável, importando que haja clara e razoável delimitação da conduta proibida e da restrição prevista, de modo que o particular possa *antever como evitar a sanção ou mensurar as possíveis consequências de seus atos*, pois, como o Direito é uma ordem reguladora de condutas humanas, não se coadunaria com seu escopo atuações estatais surpreendentes e inesperadas, extraídas de vaguíssimos termos apostos no pressuposto hipotético.

Em relação à segurança do conteúdo da norma sancionadora são precisas as lições de Fábio Medina Osório:

Os tipos devem ser claros, suficientemente densos, dotados de um mínimo de previsibilidade quanto ao seu conteúdo. Não basta estruturar condutas proibidas em normas intoleravelmente imprecisas e vagas, ainda que se admitam cláusulas e conceitos ou termos jurídicos indeterminados. A previsibilidade básica das condutas proibidas é uma das finalidades que não de ser perseguidas pelos tipos sancionadores. Se tal finalidade não vier a ser atendida, é provável que o intérprete esteja perante uma figura ofensiva à legalidade e à tipicidade, princípios constitucionais imanentes ao devido processo legal punitivo<sup>307</sup>.

Criticável, portanto, a utilização pelo legislador de expressões extremamente genéricas no âmbito do pressuposto legal, quando possível especificá-las. Em especial, destaque-se a técnica de mera remissão ao descumprimento de deveres por parte do administrado, sem identificá-los e mensurá-los, que se afigura incompatível com o regime constitucional vigente, pois seria desarrazoado admitir que o legislador atribuisse ao administrador o desmesurado poder de eleger no caso concreto qualquer conduta contrária à prescrita como suporte para a extinção de uma relação jurídica favorável ao administrado, especialmente quando a Administração não tenha disponibilidade sobre ela, isto é, quando se tratar de situação jurídica estável<sup>308</sup>. Ainda que se afaste o ora sustentado, é necessário

---

<sup>307</sup> *Direito Administrativo sancionador*, p. 214-215.

<sup>308</sup> O Código Civil (Lei 10.406/2002), por exemplo, estabelece, em relação às sociedades dependentes de autorização, que “ao Poder Executivo é *facultado*, a *qualquer tempo*, cassar a autorização concedida a sociedade nacional ou estrangeira que *infringir disposição de ordem pública* ou *praticar atos contrários aos fins declarados no estatuto*”. O diploma contém, a nosso ver, ao menos duas impropriedades gravíssimas: a primeira é tratar esse ato extintivo como faculdade, tema que será objeto de considerações ulteriores, mas ressaltamos desde logo que não vislumbramos haja faculdade para agir, mas sim *dever*. O segundo é estabelecer tão amplo poder sem discriminar quais as hipóteses específicas que autorizariam a edição desse ato, de modo que a abertura semântica do pressuposto fático pode ensejar perseguições e abusos, o que não pode ser tolerado no estágio atual do nosso direito constitucional, tendo em vista que a Carta Magna inaugura um Estado Democrático de Direito (CF, preâmbulo e art. 1º).

restringir um pressuposto hipotético que tenha tamanha abertura à finalidade que governou sua previsão e interpretá-lo de modo sistemático, a fim de delimitar seu *legítimo* alcance.

No aspecto da estabilidade do Direito, vislumbramos, no âmbito sancionador, conexão do princípio da segurança jurídica com quatro aspectos, quais sejam: o respeito aos direitos adquiridos, a proteção à confiança e à boa-fé dos administrados, a prescritebilidade da imposição de sanções extintivas e a necessidade de previsão de reabilitação do particular, já que a sanção não pode ser definitiva, salvo em hipóteses excepcionalíssimas.

O respeito aos direitos adquiridos condiciona a eficácia temporal do ato de cassação, bem como limita efeitos implícitos sobre o patrimônio do particular. Em relação ao primeiro aspecto, se o objeto da cassação é a rescisão do vínculo que conecta a Administração e o particular em razão do inadimplemento deste para com seus deveres, não seria razoável admitir que a projeção temporal desse ato fosse retroativa (*ex tunc*), alcançando direitos que já ingressaram no patrimônio jurídico do administrado, como a percepção de salários pelos dias trabalhados, créditos cursados pelo discente, a remuneração por serviços já executados etc. Também é inadmissível que o particular deixe de ser indenizado em relação àquilo que investiu e foi revertido ao Estado em razão do encerramento do vínculo, sob pena de se admitir o enriquecimento sem causa da Administração, o que está obstado expressamente na Lei de Concessões (art. 36 da Lei nº 8.987/95).

A prescrição, por sua vez, como instituto que bloqueia o exercício da pretensão punitiva do Estado, impede que venha o particular a sofrer as consequências de condutas ilícitas praticadas num passado remoto. O referido instituto, há muito agasalhado para as relações funcionais (art. 142 Lei nº 8.112/90), foi expressamente positivado no âmbito das sanções administrativas gerais no plano federal, por meio da Lei nº 9.873/99, que prevê prazo máximo de 5 cinco para sua imposição (art. 1º), contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que esta tiver cessado<sup>309</sup>.

No âmbito sancionador, o princípio da segurança jurídica enquanto proteção da confiança e da boa-fé dos administrados (art. 2º, parágrafo único, inciso IV, Lei nº 9.784/99) veda que a Administração qualifique como ilícitas condutas que ela própria determinou ou orientou em atos infralegais, ainda que ulteriormente invalidados, pois não seria lícito que o

---

<sup>309</sup> O diploma excepciona os casos em que o ilícito também for qualificável como crime, hipótese em que o exercício da pretensão punitiva será o previsto na lei penal (art. 1º, § 2º). A norma em comento inaugurou, outrossim, uma espécie de caducidade processual ao determinar o arquivamento do processo paralisado por mais de três anos, sem prejuízo da responsabilidade funcional do servidor (art. 1º, § 1º)

Estado se aproveitasse de seus próprios comportamentos contraditórios (no tempo) para sancionar o particular (*venire contra factum proprium*)<sup>310</sup>.

É evidente que, se o particular estiver mancomunado com a autoridade administrativa na edição do ato inválido ou caso este seja manifestamente ilegal, não há cogitar de sua proteção, mas incumbe à Administração demonstrar que agiu de má-fé, pois esta jamais pode ser presumida.

Por fim, relacionado à proteção do administrado sob a ótica do termo final dos efeitos da cassação, há de se mencionar o instituto da *reabilitação*, por meio do qual, após certo lapso temporal após a imposição da sanção, o particular poderá novamente gozar das vantagens da relação administrativa, desde que satisfaça os pressupostos legais para tanto. O instituto concretiza um valor extremamente importante no âmbito das sanções extintivas que é o da impossibilidade de perpetuação dos efeitos da punição, salvo quando um interesse coletivo maior assim imponha e somente na esfera reservada à ação estatal, como é o caso dos ilícitos funcionais graves, para os quais seria inadmissível o retorno do infrator aos quadros da Administração Pública.

#### 6. O princípio do controle judicial

Entre os princípios aplicáveis às sanções extintivas, merece destaque, por fim, a possibilidade de revisão do ato de cassação pela via judicial, garantia constitucional da maior relevância.

Ao discorrer sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos, Miguel Seabra Fagundes anota que sua finalidade é a proteção do indivíduo em face da Administração, pois esta

... como órgão ativo do Estado, tem freqüentes oportunidades de contato com o indivíduo, nas quais lhe pode violar direitos, por abuso ou erro na aplicação da lei. Tal sistema de controle é o meio prático de contê-la na ordem jurídica de modo a assegurar ao indivíduo o pleno exercício dos seus direitos<sup>311</sup>.

De fato, seria inútil o extenso rol de limitações ao exercício do poder de extinguir relações jurídicas se não houvesse um órgão de controle externo, totalmente

---

<sup>310</sup> Nesse aspecto, Maria Sylvia Zanela Di Pietro assinala que: “A segurança jurídica tem muita relação com a idéia de respeito à boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação” (*Direito Administrativo*, p. 80).

<sup>311</sup> *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 127-128.

desvinculado *hierarquicamente* da Administração Pública, dotado de independência suficiente para coibir o desrespeito à ordem jurídica.

Nesse aspecto, a Constituição vigente é expressa e garante, a todas as pessoas, de modo inafastável, o direito de acesso ao Poder Judiciário, a fim de que este aprecie a legitimidade de qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV, CF), de modo que o ato de cassação, como todo ato administrativo, pode ser submetido ao crivo judicial.

## CAPÍTULO VII – O ILÍCITO ADMINISTRATIVO COMO PRESSUPOSTO OBJETIVO DO ATO DE CASSAÇÃO

### 1. Introdução

Informado pela incidência desses princípios, a edição de um ato de cassação, como de todo ato administrativo, depende da presença de um pressuposto objetivo, isto é, de um motivo, de um comportamento do particular contrário ao prescrito por uma norma administrativa. Dito de outro modo: a aplicação da sanção rescisória pressupõe um *acontecimento* do plano fático que seja *qualificável como ilícito administrativo* (infração administrativa em concreto) por se amoldar com perfeição à hipótese descrita no pressuposto da norma secundária.

Embora uno, o ilícito administrativo pode ser decomposto em aspectos, a fim de que sejam explicitados os “elementos” necessários para que uma *conduta* possa ser qualificada como ilícita, na medida em que é pressuposto para a imposição de uma sanção administrativa<sup>312</sup>.

Nesse aspecto, é importante anotar que existem profundas divergências doutrinárias quanto aos requisitos necessários para qualificação de uma conduta como ilícito administrativo (infração administrativa), especialmente em relação à necessidade de *apreciação do comportamento do agente*. Assim, há prestigiados autores que sustentam ser imprescindível a presença de *culpa*, ainda que num sentido amplo, enquanto outros, com o

---

<sup>312</sup> Em que pese não possam ser transpostos acriticamente para o Direito Administrativo, os aspectos estruturais da infração penal, longamente desenvolvidos e maturados ao longo do tempo, fornecem uma estrutura modelar básica, que auxilia a identificação dos caracteres específicos das infrações administrativas. Seguindo a estruturação construída pelo Direito Penal, Regis Fernandes de Oliveira sustenta que a infração é o “comportamento *típico, antijurídico*, cuja sanção é aplicada por órgão administrativo, ou pelos órgãos judicial ou legislativo, no exercício de função atípica” (*Infrações e sanções administrativas*, p. 19, *grifei*). Para autor, que acolhe a concepção bipartida de crimes exposta por Damásio de Jesus, a *culpabilidade* seria o pressuposto para a aplicação da sanção e sua ausência não excluiria a infração, mas somente impediria a aplicação da sanção (*Ibidem*, p. 24 e 68-69). A explicação, conquanto completa em relação aos aspectos necessários para a imposição da sanção (tipicidade, inexistência de norma autorizante e culpabilidade), merece apreciação crítica, uma vez que, se não é possível impor a sanção, consequência da norma jurídica, por ausência de culpabilidade, é porque a hipótese legal não se realizou com perfeição no plano fático, de modo que, a nosso ver, estaria excluída a possibilidade de qualificar a *conduta do agente* como ilícito administrativo. Como leciona Lourival Vilanova: “O fato jurídico, pois, é uma concreção que se dá num ponto do tempo e num ponto do espaço. Mas o fato é jurídico porque alguma norma sobre ele incidu, ligando-lhe efeitos (pela relação de *causalidade normativa*). Suprimam-se normativamente os efeitos e o fato jurídico fica tão-só como fato” (*Causalidade e relação no direito*, p. 144-145).

igual brilhantismo, defendem que basta a *voluntariedade*, embora reconheçam que a norma possa dispor de modo diverso, impondo outras exigências<sup>313</sup>.

Ao menos *parte* das divergências decorrem de questões semânticas, terminológicas, isto é, do sentido atribuído por cada autor aos termos culpa, culpabilidade e voluntariedade, bem como de um *desencontro* com o conceito de responsabilidade objetiva, cuja previsão no direito sancionador seria de duvidosa constitucionalidade, já que não seria razoável admitir que alguém seja penalizado porque agiu contrariamente ao prescrito, *quando impossível exigir que fizesse de modo diverso*, pois a *finalidade* preventiva da norma não seria alcançada. Por isso, desde logo nos posicionamos pela necessidade de que sejam averiguadas as circunstâncias em que a conduta ocorreu no caso concreto, bem como da existência de *um mínimo de ligação* entre o sujeito e a conduta contrária à prescrita<sup>314</sup>.

---

<sup>313</sup> Sobre o tema da apreciação da conduta do agente, Celso Antônio Bandeira de Mello acolhe que a voluntariedade é, em princípio, suficiente, mas ressalva que a lei pode dispor de modo diverso (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 855). Paulo de Barros Carvalho distingue as infrações tributárias em subjetivas ou objetivas, consoante haja ou não referência à participação subjetiva do agente na descrição hipotética, admitindo, portanto, infrações tributárias objetivas (Cf. *Curso de Direito Tributário*, p. 587-592). Daniel Ferreira continua a sustentar que, em regra, “a responsabilidade administrativa por infração independe de culpa ou dolo”, mas alterou em parte seu anterior posicionamento para passar a defender que, além da voluntariedade, exige-se um juízo de reprovação quanto à conduta do agente, por meio do qual afere-se a possibilidade de “ter adotado uma providência diversa” (Cf. *Teoria geral da infração administrativa*, especialmente p. 275 e 297). Regis Fernandes Oliveira também alterou seu entendimento e passou a exigir a culpa *lato sensu*, por entender que, no quadro normativo vigente, não há mais espaço para a responsabilidade objetiva (Cf. *Infrações e sanções administrativas*, p. 28). Heraldo Garcia Vitta sustenta que apenas haverá ilícito quando houver, além da voluntariedade, isto é, quando o agente puder agir com plena consciência e liberdade de escolha, dolo ou culpa (Cf. *A sanção no Direito Administrativo*, p. 43). Fábio Medina Osório também assim se posiciona, mas ressalva em relação às medidas rescisórias que *a exigência não se aplica no âmbito contratual*, salvo disposição em contrário (Cf. *Direito Administrativo sancionador*, p. 100). Raphael Munhoz de Mello também defende a exigência de culpa em sentido estrito, sustentando ser insuficiente a mera voluntariedade (Cf. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador*, p. 184-190).

<sup>314</sup> Responsabilidade subjetiva não se confunde com apreciação do elemento subjetivo do tipo. Com efeito, uma coisa é a descrição objetiva da infração administrativa, isto é, a previsão ou ausência de elementos anímicos (intencionais) na hipótese que é pressuposto para a imposição da sanção; outra é amplitude da apreciação da conduta do agente como pressuposto da aplicação da sanção. No direito penal, a apreciação do aspecto subjetivo da conduta do agente é feita de modo bastante rígido, pois, como demonstrar-se-á mais adiante, os tipos penais são essencialmente intencionais. Assim, consoante lecionam Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, a capacidade psíquica do agente (vontade) no direito penal é avaliada em três momentos: a) para a conduta (capacidade de querer); b) para a tipicidade (finalidade); e, por fim, c) para a culpabilidade (liberdade) (Cf. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 436-437). Mencionam os mesmos autores que os problemas referentes à responsabilização objetiva no direito penal estão fundamentalmente ligados à imputação de um resultado independentemente de sua previsibilidade pelo agente, do descumprimento de um dever de cuidado objetivo (negligência, imperícia ou imprudência) e da reprovação da conduta (*ibidem*, p. 522). No direito civil, por sua vez, a responsabilidade objetiva está ligada à obrigação de indenizar em razão do resultado causado pela conduta, ainda que esta não seja ilícita e sem que haja necessidade de aferição de imprudência, negligência ou imperícia (infração a dever geral de cuidado). Portanto, seguindo este raciocínio, afirmar que a responsabilidade administrativa é objetiva implicaria negar a necessidade de se apreciar o comportamento do agente em face do resultado típico, impondo sanções apenas pela realização de condutas contrárias ao direito, ainda quando fosse impossível ao agente agir de outro modo, o que sustentamos ser inadmissível no direito brasileiro, a vista da finalidade preventiva da sanção administrativa. Sobre a

Faz-se necessário, então, esclarecer a que aspecto da realidade nos referimos com cada vocábulo, importando menos o rótulo em si e mais o *objeto* por ele reportado<sup>315</sup>.

Não pretendemos construir uma nova teoria da infração administrativa, o que seria inviável nos limites do presente, mas tão somente, em razão da presença do ilícito administrativo como pressuposto objetivo para a edição de um ato de cassação, *tomar uma posição consciente* em relação às divergências acima noticiadas, o que pressupõe responder a duas questões: a) as infrações administrativas exigem *sempre* a presença de culpa, nas modalidades de negligência, imperícia ou imprudência? e b) a responsabilidade por infração às prescrições administrativas pode ser qualificada como objetiva?

Nossa resposta a essas duas questões é negativa, cumprindo justificar o porquê desse posicionamento. Para tanto, vamos separar a análise do tema em três domínios: o fático, o normativo e o da adequação do fato à norma, ou seja, da subsunção. No plano fático, observam-se comportamentos humanos, dos quais interessa separar as *condutas*; no normativo, avaliam-se os *pressupostos legais* para a aplicação de sanções, ou seja, as infrações administrativas, e, por fim, sob a perspectiva da incidência da norma ao fato, aprecia-se a relação de *adequação entre a conduta e o ordenamento*, mediante um juízo de subsunção da conduta em face do pressuposto hipotético, mas levando em consideração que seu alcance está delimitado por princípios constitucionais, por outras normas jurídicas, pela *finalidade* da norma sancionadora e do próprio Direito.

Vamos apreciar os três domínios, identificar em cada um deles aspectos relevantes e rotulá-los de modo preciso, a fim de tornar clara a compreensão do todo, ou seja, dos requisitos necessários para imposição de um ato de cassação.

## 2. O comportamento humano

O direito é uma ordem reguladora de comportamentos humanos, de modo que, no âmbito da imposição de sanções em razão do descumprimento de uma prescrição,

---

necessidade de apreciação da conduta do agente, confira-se o pensamento de Fábio Medina Osório, *Direito Administrativo sancionador*, p. 348.

<sup>315</sup> Regis Fernandes de Oliveira, ao discorrer sobre o tema, adverte a necessidade de se precisarem os limites dos conceitos utilizados, pois as palavras podem ter significação equívoca (Cf. *Infrações e sanções administrativas*, p. 16). Em acolhimento a essa advertência, com o intuito de ofertar maior clareza à exposição, utilizamos três vocábulos diferentes para referir a três realidades diversas: a) comportamento e conduta para mencionar um acontecimento no plano fenomenológico (fato); b) infração administrativa designando a hipótese legal que é pressuposto da sanção (norma); e c) ilícito administrativo para relatar a conduta juridicizada pelo direito (fato jurídico).

interessam os acontecimentos imputáveis às pessoas, excluindo-se os fatos naturais<sup>316</sup>. Importa observar que os acontecimentos naturais podem ser pressupostos de normas jurídicas para os quais se conectam normativamente consequências jurídicas referidas a pessoas, enquanto as normas que prescrevem sanções jurídicas sempre estão fundadas no descumprimento de uma prescrição, de modo que, expressa ou implicitamente, estão referidas a *comportamentos humanos* ou, de modo mais preciso, a *condutas*.

Há diversas teorias que procuram compreender e descrever o comportamento humano, sem que caiba, neste estudo, uma exposição sobre elas ou uma apreciação crítica das vantagens e desvantagens da adoção de cada uma, sob pena de se comprometer a linearidade expositiva. Adotamos a teoria finalista da ação, fundada a partir de uma apreciação realista da conduta, segundo a qual a ação e a omissão humana sempre estão dirigidas a um resultado, isto é, a uma finalidade. Para essa concepção, embora incindível, o comportamento humano, seja ele omissivo ou comissivo, pode ser *apreciado* sob dois aspectos: interno e exterior<sup>317</sup>.

A apreciação do aspecto exterior do comportamento humano consiste na avaliação da alteração por ele ocasionada no mundo natural, isto é, no plano fenomenológico. É importante anotar que a omissão também pode ser *observada* sob o aspecto exterior, pois consiste num comportamento que não altera a realidade<sup>318</sup>. Frisamos que não estamos afirmando que toda conduta humana deforma o mundo exterior, porque, de fato, as omissivas não o perturbam, mas apenas constatamos que é possível observá-las sob esse aspecto. No plano fático, é útil separar duas alterações: a que decorre da ação em si e o *resultado material* que ela causa, mas distinto da própria conduta<sup>319</sup>. Um exemplo ajuda na compreensão: um servidor público que atira um objeto da janela da repartição produz uma alteração no plano fático: o objeto sairá da mão do agente em direção ao solo. Esse objeto, porém, pode cair na via pública exatamente no momento em que um veículo nela trafega e ocasionar *danos* ao automóvel, que é o resultado material (diverso da conduta).

---

<sup>316</sup> “O direito não pretende ser qualquer coisa além de uma ordem reguladora da conduta” (Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 408, grifado no original). No mesmo sentido, confira-se: Lourival Vilanova, *Causalidade e relação no Direito*, p. 110-111 e Regis Fernandes de Oliveira, *Infrações e sanções administrativas*, p. 12-15. Esse ponto identifica o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador, pois ambos estão referidos a condutas, de modo que o recurso à utilização dos ensinamentos da Ciência do Direito Penal é defensável, nesse aspecto.

<sup>317</sup> Para uma apreciação das diversas escolas, confira-se: Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, *Ibidem*, p. 407-430, Francisco de Assis Toledo, *Princípios básicos de Direito Penal*, p. 90-110. Luiz Regis Prado, *Elementos de Direito Penal*, v. 1, p. 76-91. As considerações tecidas sob o aspecto da conduta estão essencialmente baseadas no pensamento dos dois primeiros autores, com exceção da noção de voluntariedade, consoante ulteriormente explicitado.

<sup>318</sup> Francisco de Assis Toledo, *Ibidem*, p. 83.

<sup>319</sup> Cf. Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, *Ibidem*, p. 471.

Sob o ângulo interno, os comportamentos humanos possuem dois aspectos relevantes, quais sejam, o intelectual e o volitivo. O primeiro, o intelectual, decorre da habilidade que o homem possui de compreender as circunstâncias que estão à sua volta e de *prever* as consequências dos seus comportamentos e do curso causal existente na natureza, ou seja, de cogitar meios para alcançar um resultado e de vislumbrar os resultados possíveis de ocorrer e como evitá-los<sup>320</sup>. O volitivo, chamado de vontade, consiste na possibilidade de transposição do elemento intelectual para o exterior, a partir de uma *decisão* em busca de uma finalidade, ou seja, da deliberação em transpor o pensamento à ação *a fim de* atingir um resultado querido<sup>321</sup>. Interessa pontuar que quem observa uma conduta aprecia seu aspecto exterior e da concatenação de circunstâncias tenta reconstruir a compreensão do agente sobre realidade, os meios que escolheu e a finalidade que almejou.

### 2.1. A conduta

Os comportamentos humanos relevantes, no âmbito das relações intersubjetivas, são aqueles informados por elementos intelectuais e volitivos. Conduta é o comportamento humano dotado de *consciência* e *vontade*, ou seja, uma ação ou omissão dirigida a um resultado. Um comportamento humano inconsciente não pode ser considerado conduta, pois ausente a previsão, como ocorre com uma pessoa em estado de coma; também não pode ser qualificado como conduta um comportamento despido de vontade, como os decorrentes dos chamados atos reflexos, realizados sem controle volitivo.

Conduta, portanto, *pressupõe consciência e vontade*.

Consoante sua *exteriorização*, a conduta pode ser *omissiva* ou *comissiva*. A omissão não ocasiona por si alteração no plano fático, como dito, logo não é causa de nenhum resultado no mundo naturalístico. Toda ação produz, por sua vez, um resultado no mundo exterior, ainda que apenas a modificação decorrente da própria conduta, mas pode essa alteração vir acrescida de mudanças diversas. Os dois aspectos são relevantes, mas a distinção é necessária porque há tipos infracionais que descrevem apenas a exteriorização da conduta,

---

<sup>320</sup> “Sempre que nos propomos a um fim, retrocedemos mentalmente, desde a representação do fim, para selecionar os meios com os quais se irá pôr em marcha a causalidade para a produção do resultado querido. Nessa seleção, não podemos deixar de representar também os resultados concomitantes” (Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 415).

<sup>321</sup> “A vontade implica sempre uma finalidade, porque não se concebe que haja vontade de nada ou vontade para o nada; a vontade sempre é vontade de algo, isto é, a vontade sempre tem um conteúdo, que é uma finalidade” (*Ibidem*, p. 414).

isto é, o agir em sentido amplo, incluindo a ação ou omissão, enquanto outros exigem um *resultado material específico*, como, por exemplo, um dano. Impende anotar que pode haver dificuldade técnica de se demonstrar o *nexo de causalidade* entre a conduta e esse resultado material.

No plano interior, a conduta pode ser apreciada em face da intenção, isto é, da finalidade do agente em produzir um resultado, seja este a própria conduta ou outro dela diverso (material), qualificando-se como intencional ou não intencional. Intencional é aquela em que a conduta está dirigida para a realização do resultado ocorrido no plano fático e pressupõe consciência (previsão) e vontade (assentimento) em produzi-lo. As condutas não intencionais consistem naquelas em que o resultado não foi previsto pelo agente ou, quando antevisto, em que não houve assentimento com sua produção.

Embora não ocasionem um resultado exterior no plano fático, o aspecto intencional da omissão também é relevante, pois o homem possui habilidades que lhe permitem alterar o curso da natureza, evitando que ocorram eventos indesejáveis por meio da sua ação. Assim, embora não produza um resultado exterior, há relevância em se perquirir a intenção do agente em face de certo acontecimento, ou seja, se o agente tinha consciência do curso causal, se assentiu na manutenção desse curso naturalístico e, também, com a produção de certo resultado.

## 2.2. “Vício” da conduta

Se o pressuposto de toda conduta é que seja dotada de consciência e vontade, é relevante apreciar as circunstâncias em que a *exteriorização da conduta encontra-se viciada*, importando refletir sobre as hipóteses em que a autodeterminação do agente na escolha da conduta eleita esteja comprometida em razão de uma incorreta apreciação da realidade (vício intelectual) ou de impossibilidade de livre escolha (vício volitivo), casos em que pode não haver um mínimo de vínculo subjetivo entre o agente e o resultado.

Como há controvérsias quanto ao sentido do vocábulo voluntariedade, consignamos que empregamos o termo involuntariedade para referir à conduta em que o agente não teve liberdade de escolha entre cumprir ou não a prescrição, identificando nela um forte abalo na relação do agente com a própria conduta e com o resultado material por ela

ocasionado, a fim de ulteriormente apreciarmos se essa *falta de vinculação subjetiva* implica alguma consequência no âmbito jurídico<sup>322</sup>.

### 3. A infração administrativa

Saindo do plano fático e ingressando no plano do direito, pode-se afirmar que as normas jurídicas estão referidas a condutas. A norma primária contém uma prescrição, que deve observada pelos destinatários em razão da ocorrência de um pressuposto fático, isto é, a norma impõe *condutas* obrigatórias, permitidas ou proibidas no âmbito de relações intersubjetivas. Por outro lado, a norma secundária prescreve outra consequência (sanção), caso a *conduta* devida em razão da norma primária não seja observada. Logo, a norma secundária sempre descreve uma *conduta*, pois o direito seria inútil se pretendesse regular comportamentos carentes de consciência e vontade.

O pressuposto hipotético da norma sancionadora (infração administrativa) consiste, portanto, na descrição de uma conduta contrária à prescrita, isto é, num modelo de conduta infracional (tipo) para o qual o ordenamento preceitua uma sanção administrativa

---

<sup>322</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello menciona que a voluntariedade está relacionada com a “possibilidade de prévia ciência e prévia eleição *in concreto*, do comportamento que o livraria da incidência na infração e, pois, na sujeição às sanções para tal caso previstas” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 855). No mesmo sentido, Herald Garcia Vitta sustenta que a voluntariedade pressupõe “*livre e consciente eleição* entre dois comportamentos possíveis” e conclui que ausente “a voluntariedade, não há imputabilidade do ato ao sujeito; não há infração” (*A sanção no Direito Administrativo*, p. 40, *grifei*). A noção de voluntariedade como algo referido à liberdade de ação nem sempre é acolhida pelos autores, pois muitos utilizam o termo para referir de modo restrito a um comportamento dotado de consciência e vontade, ou seja, com “capacidade psíquica de conduta”, consoante lição de Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (Cf. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 436). No âmbito das infrações administrativas, Daniel Ferreira noticia que abandonou a conceituação de voluntariedade expressa no texto, preferindo referir com o vocábulo um objeto mais restrito, equiparando-o à vontade (Cf. *Teoria geral da infração administrativa*, p. 275-277). Não vamos dissentir da possibilidade de se atribuir um sentido restrito à palavra, até porque se trata de questão terminológica, mas o uso do vocábulo no sentido exposto no texto nos parece adequado e útil, especialmente para o âmbito das infrações administrativas, por quatro razões: a) expressa com precisão uma qualidade da conduta, ou seja, daquela dotada de um mínimo de *liberdade na formação da vontade*, aspecto essencial para o Direito sancionador; b) é compatível com o vernáculo, no qual o adjetivo está referido à qualidade de algo que não é forçado, isto é, que é controlado pela vontade agente; c) o próprio Direito Penal também o utiliza num sentido mais amplo, quando dispõe sobre os efeitos da desistência voluntária, referindo-se à idéia de um agir *livre*, sem coação, ainda que não espontâneo (art. 15, CP); d) o conceito de conduta é suficiente para expressar um comportamento humano dotado de consciência e vontade, de modo que a expressão “conduta voluntária”, com esse sentido mais restrito, consistiria numa redundância. Reconheça-se, por fim, que os autores citados utilizam-se do termo voluntariedade no sentido restrito de modo coerente, com o intuito de separar do plano fático alguns comportamentos, qualificando-os como condutas.

como consequência. Os tipos infracionais descrevem, portanto, condutas humanas e neles podem estar contidos aspectos internos e exteriores da conduta<sup>323</sup>.

Sendo assim, as infrações administrativas podem ser classificadas em face dos diversos aspectos contidos no pressuposto legal. É útil, então, investigá-las, a fim de observar o que é necessário ocorrer no plano fático para que uma conduta possa ser qualificada como ilícita, de acordo com o ordenamento jurídico. Aqui, novamente, importa destacar que as classificações não são verdadeiras, nem falsas, mas úteis ou inúteis, conquanto permitam separar em espécies objetos do mesmo gênero<sup>324</sup>.

À vista do aspecto subjetivo ou interno da conduta na estrutura do tipo, as infrações administrativas podem ser separadas em intencionais (ou dolosas) ou não intencionais. Os tipos intencionais podem ser genéricos ou específicos, consoante exijam ou não um fim especial. Nesses últimos, além da intenção de realizar a conduta descrita e produzir o resultado, o tipo contém um específico fim, cuja presença é necessária para qualificar a conduta como ilícita<sup>325</sup>.

Em relação ao aspecto exterior da conduta, os tipos infracionais podem ser classificados em omissivos e comissivos, consoante produzam ou não uma alteração no mundo naturalístico. Nos tipos comissivos encontra-se a descrição de uma ação, uma conduta positiva do agente, enquanto nos tipos omissivos estão descritas condutas negativas, isto é, um não fazer o que estava prescrito.

Ainda sob o aspecto exterior, mas observando os tipos infracionais quanto à previsão da ocorrência de um resultado material, é possível separá-los em materiais, que descrevem também um resultado diverso da conduta, e formais (ou de mera conduta), que

---

<sup>323</sup> Regis Fernandes de Oliveira define tipo como “o conjunto de elementos de comportamento punível previsto na lei administrativa” (*Infrações e sanções administrativas*, p. 20, grifado no original). O autor menciona que os elementos do tipo dividem-se em objetivos, subjetivos e normativos: “os primeiros dizem respeito ao lugar, tempo, condições do sujeito, objeto da ação punível; os segundos dizem respeito ao fim visado pelo agente, o intuito que o animou à prática do ato; os últimos conduzem a um juízo de valor em relação aos pressupostos do injusto típico [...]” (*Ibidem*, p. 21). Com exatidão, Regis de Oliveira situa o problema da discricionariedade administrativa no âmbito do tipo, relacionando-a à presença de elementos *normativos*, que tornam os tipos mais abertos (*Ibidem*, p. 21-22).

<sup>324</sup> Para uma classificação mais extensa, confira-se o trabalho de Daniel Ferreira (Cf. *Teoria geral da infração administrativa*, p. 196-207).

<sup>325</sup> Paulo de Barros Carvalho utiliza um critério mais amplo para distinguir as infrações em subjetivas e objetivas, pois as classifica consoante a participação subjetiva do agente no âmbito da hipótese, incluindo entre as primeiras as que contêm a previsão de culpa do agente, nas modalidades negligência, imperícia ou imprudência (*Curso de Direito Tributário*, p. 587/589). Ponderamos apenas que os requisitos das infrações intencionais (dolosas) e consequências da ausência deles são diversos das infrações que exigem culpa (negligência, imperícia e imprudência), de modo que, a nosso ver, as infrações administrativas devem ser apartadas em três classes: a) a dolosas; b) culposas; c) objetivas.

dele prescindem<sup>326</sup>. A omissão não causa um resultado material, mas alguns tipos infracionais omissivos contêm a descrição de um acontecimento natural, hipótese em que a relevância da omissão está relacionada a um *dever de agir* para impedir esse evento, que por isso são chamados de omissivos impróprios ou comissivos por omissão.

Feitas essas considerações, é relevante comparar os tipos penais e os tipos de infrações administrativas. *Os tipos penais são essencialmente intencionais* (dolosos) e apenas por exceção há previsão de tipos penais não intencionais<sup>327</sup>, mas estes *sempre* contêm a descrição do descumprimento de um dever de cuidado objetivo (negligência, imperícia e imprudência), isto é, a inobservância de um dever geral de agir com cautela, com o intuito de evitar certos resultados prejudiciais à comunidade<sup>328</sup>. Para as infrações administrativas inexistente uma regra genérica quanto à intencionalidade do agente, de modo que essa exigência depende de uma decisão do legislador, incumbindo ao intérprete, em face de cada tipo específico, compreender quais aspectos estão nele contidos, expressa ou implicitamente<sup>329</sup>. Além disso, a maioria das infrações administrativas não intencionais prescindem do descumprimento de um dever objetivo de cuidado (negligência, imperícia e imprudência), pois somente descrevem *condutas contrárias à prescrita* e, em regra, também não exigem um resultado material, mas nada impede, frisamos, que um tipo específico seja descrito com todos estes aspectos<sup>330</sup>.

---

<sup>326</sup> Cf. Daniel Ferreira, *Teoria geral da infração administrativa*, p. 196-197. O autor distingue o resultado diverso da conduta em de dano e de perigo, consoante a lesão ao interesse protegido pela norma seja real ou apenas uma ameaça. Por fim, distingue as infrações de perigo em concretas e abstratas (*ibidem*, p. 196-197). Temos dúvidas quanto à pertinência dessa última classificação, pois as infrações formais são essencialmente de perigo abstrato (presumido pelo legislador), sendo discutível que se cogite de infrações de perigo abstrato como *espécies* de infrações materiais.

<sup>327</sup> Art. 18 – Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - *Salvo os casos expressos em lei*, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente (art. 18, parágrafo único).

<sup>328</sup> Para Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, o art. 18, inciso II, do Código Penal implica uma certa abertura nos tipos penais culposos, pois neles não haveria exata descrição da conduta típica, mas apenas o estabelecimento de parâmetros (imprudência, negligência e imperícia) a serem aferidos pelo julgador em face de cada caso concreto (Cf. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 447). Em sentido contrário, confira-se Luiz Regis Prado, *Elementos de Direito Penal*, v. 1, p. 96. Ainda que não se aceite a tese acima, é necessário reconhecer que por meio dessa técnica a regra geral da exigência da intencionalidade é excepcionada no Direito Penal e criminalizam-se condutas que sejam causa de resultados penalmente relevantes, exigindo, por consequência, que todas as pessoas direcionem seus comportamentos com o cuidado necessário para evitar produzi-los, sob pena de serem sancionados (ex. art. 121, § 3º, CP).

<sup>329</sup> O Código Tributário Nacional é expresso: “Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária *independe da intenção* do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato”.

<sup>330</sup> Assim, tomando como parâmetro as infrações funcionais que ensejam a sanção expulsória (demissão), verificam-se hipóteses em que a descrição típica pressupõe uma vontade dirigida para alcançar todos os

Concluimos, portanto, que a infração administrativa não se identifica plenamente com o delito penal *sob o aspecto da estrutura do tipo*, razão pela qual renovamos que deve ser recebida com muita cautela a utilização de analogia para aplicação de regras daquele outro ramo do direito, sendo imperativo que se demonstre a semelhança entre as hipóteses em apreciação.

É útil, ainda, entrecruzar as espécies de infrações administrativas e observá-las de modo conjugado, a fim de destacar outros requisitos implícitos.

As infrações intencionais são aquelas que descrevem uma conduta em seu aspecto exterior e interior. Podem ser materiais ou de mera conduta, comissivas ou omissivas, exigindo-se sempre que o agente tenha atuado com *consciência* e *vontade* em realizar a conduta típica e produzir o resultado. As infrações não intencionais, que podem ser omissivas ou comissivas, não contêm aspectos subjetivos e podem depender ou não de um resultado diverso da conduta.

As infrações formais, sejam intencionais ou não, omissivas ou comissivas, descrevem apenas uma conduta contrária à prescrita, independentemente de qualquer outra implicação. Essas *são essencialmente objetivas*.

As infrações materiais comissivas pressupõem, expressa ou implicitamente, a ocorrência de causalidade fática, isto é, do nexó físico entre a conduta e o resultado, enquanto nas infrações materiais omissivas não se poderia cogitar dessa causalidade. Nesse último caso, a imputação do resultado material à conduta do agente é normativa e decorre de infração ao *dever* de agir para evitar um específico resultado<sup>331</sup>.

Porém, se a *finalidade* primordial do Direito é regular condutas, o ordenamento não se realizaria se houvesse a imposição de sanção em razão de resultados materiais

---

elementos do pressuposto da sanção, como, por exemplo, no abandono de cargo público (art. 132, inciso II, Lei nº 8.112/90). Outras vezes, a conduta descrita pressupõe a violação objetiva de um dever de cuidado, como na prática de comportamento desidioso (art. 132, inciso XIII c/c art. 117, inciso XV, Lei nº 8.112/90). Porém, há condutas infracionais que apenas descrevem o desrespeito a uma prescrição, nas quais a violação do dever está contida no próprio tipo, como na aplicação irregular de dinheiros públicos (art. 132, inciso VIII, Lei nº 8.112/90).

<sup>331</sup> Consoante leciona Lourival Vilanova: “Tanto a ação quanto a omissão representam exteriorizações da conduta. O simples querer, ou o não-querer, no recesso da intimidade do ego, não alteram o mundo exterior, e, por isso, não entram em interferência com as condutas, que também compõem esse mundo exterior. Na ação, o agente aparece como fator causal da alteração. É *causa eficiente*. [...]. Sob o ponto de vista causal natural, a omissão, o não-fazer importa em inexistência de causa. [...] É o sistema jurídico que transforma a *causa ineficiente* em *autor*. A conexidade entre o fato jurídico omisso e o evento é, manifestamente, normativa” (*Causalidade e relação no Direito*, p. 65, grifado no original).

*imprevisíveis* (aspecto interno) ou *inevitáveis* (aspecto externo), o que impulsiona o intérprete a observar as infrações administrativas materiais sob esse *limite teleológico*.

Os tipos materiais não intencionais, sejam comissivos ou omissivos, contêm um mínimo de relação entre o aspecto interno da conduta e o resultado, isto é, não prescindem da previsibilidade daquele resultado, o que significa uma apreciação da *culpa* do agente no âmbito do juízo de tipicidade. De outro lado, os tipos materiais, omissivos ou comissivos, não abarcam condutas que não poderiam evitar a ocorrência do resultado, de modo que devem ser considerados irrelevantes, do ponto de vista sancionador, os acontecimentos inevitáveis aos quais o sujeito não deu causa (caso fortuito e força maior).

À vista dessas conclusões, extrai-se que as infrações omissivas impróprias (comissivos por omissão) pressupõem que a conduta prescrita seja *possível* para o agente, pois ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível<sup>332</sup>.

#### 4. O ilícito administrativo

Compreendidos em que consistem a conduta e hipótese legal, apreciemos o momento da qualificação da conduta como ilícita, isto é, a subsunção do fato ao pressuposto da norma sancionadora.

O motivo que autoriza a edição de um ato de cassação é a prática de um ilícito administrativo (infração administrativa concreta), isto é, uma conduta violadora de um dever legal. Ocorre que a apreciação do alcance do pressuposto legal exige interpretação teleológica e sistemática da norma, a fim de que seja identificada sua finalidade e sua compatibilidade com normas superiores ou de mesma hierarquia, estas últimas quando tenham o condão de reduzir seu alcance. É relevante também ter em mente que o ilícito administrativo é uno e sua decomposição em partes, por meio de um raciocínio analítico, é apenas um mecanismo para facilitar a compreensão do todo e não um fim em si.

O *primeiro pressuposto* para que se qualifique *um comportamento humano* como ilícito administrativo é que ocorra no plano fático uma conduta, ou seja, um comportamento humano dotado de consciência e vontade. Logo, exclui-se a imposição de sanção administrativa quando o descumprimento do dever tenha se realizado sob estado de

---

<sup>332</sup> Nesse sentido, Regis Fernandes de Oliveira sustenta que omissão é relevante no âmbito das infrações administrativas quando o agente devia e *podia agir* para evitar o resultado, ancorando-se no art. 13, § 2º, do CP, a título de norma geral de direito penal (Cf. *Infrações e sanções administrativas*, p. 30).

inconsciência ou com base em coação física irresistível. Nesses casos, a violação da norma não poderia ser imputada ao particular e qualifica-se como juridicamente irrelevante do ponto de vista da norma sancionadora. Desse modo, é inevitável reconhecer que esse é o elemento que identifica as sanções administrativas e penais, pois *ambas têm por pressuposto condutas*.

A conduta ocorrida no plano fático passa a ter relevância jurídica quando se amolda ao pressuposto da norma que prescreve a imposição da sanção administrativa ou, no caso em questão, especificadamente previsto para a edição de um ato de cassação. Daí falar-se que o ilícito administrativo é uma *conduta típica*, isto é, a conduta imputada ao particular deve se encaixar com exatidão no pressuposto da norma sancionadora<sup>333</sup>.

Todavia, para afirmar que uma conduta é um ilícito administrativo não basta apreciar a norma sancionadora de modo isolado, pois a interpretação do alcance de qualquer norma jurídica requer sejam consideradas as demais normas contidas no sistema. Nesse aspecto, é essencial observar as normas permissivas, ou seja, aquelas que autorizam o agente, em certas circunstâncias, a deixar de realizar a conduta prescrita. Por consequência, só haverá ilícito se não existir norma que aprove a conduta realizada, pois a existência de uma permissão equivale a uma redução do preceito. No direito penal, tais hipóteses permissivas são chamadas de *excludentes da ilicitude* ou da antijuridicidade<sup>334</sup>.

Presente a tipicidade e não havendo causas de exclusão da ilicitude, há uma conduta contrária à prescrita. Porém, para se afirmar que a conduta realizada pelo administrado é um ilícito administrativo é necessário avaliar se era exigível do agente, *no caso concreto*, o cumprimento do dever, ou seja, comportar-se de acordo com o mandamento, o que significa avaliar a liberdade que possuía entre cumprir ou deixar de cumprir o preceito, em suma, apreciar sua *culpabilidade*. Renovamos que a *finalidade* do direito, especialmente do direito sancionador, é prevenir condutas socialmente indesejáveis, de modo que o direito não se realizaria na plenitude se punisse aquele que não tinha condições de, em razão de suas *condições pessoais*, agir de outro modo<sup>335</sup>.

---

<sup>333</sup> Nesse aspecto, Regis Fernandes de Oliveira, ao tratar do tipo e da tipicidade, leciona que a “conduta ilícita capaz de receber uma sanção administrativa não prescinde de subsunção a uma norma de direito positivo preexistente” (*Infrações e sanções administrativas*, p. 22).

<sup>334</sup> A expressão antijuridicidade não é a melhor, pois, como leciona Hans Kelsen, “... o ilícito não é um fato que esteja fora do Direito e contra o Direito, mas é um fato que está dentro do Direito e é por este determinado, que o Direito, pela sua própria natureza, se refere precisa e particularmente a ele” (*Teoria pura do Direito*, p. 127).

<sup>335</sup> Nesse sentido, Marçal Justen Filho sustenta que: “O Estado Democrático de Direito exclui o sancionamento punitivo dissociado da culpabilidade. Não se pode admitir a punição apenas em virtude da concretização de uma ocorrência danosa material. Pune-se *porque* alguém agiu mal, de modo reprovável, em termos anti-sociais. A comprovação do elemento subjetivo é indispensável para a imposição da penalidade, ainda quando

Apreciemos os três aspectos acima salientados: tipicidade, excludentes de ilicitude e culpabilidade.

#### 4.1. Tipicidade

Consoante salientado, para que uma conduta seja qualificada como ilícita é necessário que se amolde ao pressuposto legal que descreve uma específica infração administrativa, impondo-se, então, compreender o que é necessário para qualificar uma conduta como típica, o que deve ser investigado em cada espécie de infração.

Nas infrações administrativas intencionais, a conduta necessariamente tem de ser dolosa, isto é, o agente deve ter realizado o comportamento munido de consciência e vontade em relação a todos os elementos do tipo. Ausente o dolo, a conduta é atípica.

Nas infrações não intencionais, o elemento subjetivo é dispensável para formação do juízo de tipicidade, bastando que o agente tenha atuado com consciência e vontade. Nesses casos, a adequação típica é, *em regra*, essencialmente objetiva e consiste na apreciação da conduta em face do dever prescrito, que pode ou não ser um dever de cautela (negligência, imperícia ou imprudência).

Nos tipos não intencionais materiais, ou seja, que exigem um resultado diverso da conduta, o juízo de adequação típica pressupõe que o agente tenha condições de prevê-lo, pois a *finalidade* da descrição de um resultado específico no tipo é a de evitar condutas que possam ocasionar resultados racionalmente antecipáveis e não aqueles que o agente não pode antever. Ausente a previsibilidade do resultado, a conduta deve ser qualificada como atípica. A anotação é relevante especialmente nas infrações omissivas não intencionais impróprias (tipos comissivos por omissão), isto é, naquelas em que o direito imputa o resultado ao agente em razão da omissão de um dever de agir, como, por exemplo, ao superior imediato pelas infrações administrativas praticadas pelos subordinados, com fundamento em falta de dever de supervisão. No caso, a conduta só deve ser qualificada como ilícita se o agente não se desincumbiu do dever de agir quando o resultado material ocasionado pelo subalterno era previsível. Nesses tipos, portanto, o juízo de adequação típica pressupõe uma apreciação da culpa do agente.

---

se possa pretender uma objetivação da culpabilidade em determinados casos” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 481, grifado no original).

Nos tipos infracionais de resultado, intencionais ou não, é necessário, também, a demonstração da relação de causalidade fática ou normativa, consoante o tipo seja comissivo ou omissivo, respectivamente, entre a conduta e o resultado material. Importa, então, verificar se, do ponto de vista fático, o resultado material era evitável, pois a conduta será atípica quando o resultado decorrer da atuação de uma força autônoma (caso fortuito ou força maior) nas infrações comissivas ou de impossibilidade de impedi-lo nas infrações omissivas. Excluído o nexo de causalidade, a conduta será atípica.

Em resumo, para o juízo de adequação típica, vislumbramos a necessidade:

- a) nas infrações intencionais, omissivas ou comissivas, de demonstração do *dolo* do agente (previsão e assentimento);
- b) nas infrações materiais<sup>336</sup>, intencionais ou não, omissivos ou comissivos, de comprovação do nexo de causalidade (fático ou normativo) entre a conduta e o resultado;
- c) nas infrações não intencionais materiais, dispensa-se o *dolo*, mas deve haver apreciação da previsibilidade da ocorrência do resultado (*culpa*);
- d) nos tipos não intencionais de mera conduta (formais) basta a realização de uma conduta contrária à prescrita<sup>337</sup>.

Em consequência, posicionamo-nos entre aqueles que sustentam nem sempre ser necessária a presença de *dolo* ou de *culpa* (negligência, imperícia ou imprudência) para a qualificação da conduta como ilícito administrativo (hipótese “d”).

Tal afirmação, todavia, como já se apontou, não significa que acolhamos a tese de que a responsabilidade administrativa é objetiva, por entendermos que *a imposição de sanções não prescinde da apreciação da conduta do agente* sob o ângulo da voluntariedade, compreendida em sentido amplo como avaliação do grau de liberdade de ação do agente no caso concreto (culpabilidade).

---

<sup>336</sup> Apenas para acentuar a diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade administrativa, importa destacar que aquela não se contenta com a conduta em si, mas tem como pressuposto a ocorrência de um dano a alguém (resultado diverso da conduta) *causado* pela conduta do agente, embora esta nem sempre seja qualificável como ato ilícito (art. 927, “caput” e parágrafo único, CC/2002).

<sup>337</sup> Tome-se como exemplo a decretação de caducidade das concessões em razão do descumprimento do dever de manter as condições econômicas, técnicas ou operacionais estipuladas (art. 38, § 1º, inciso IV, Lei nº 8.987/95). Nesse caso, é irrelevante se houve *dolo* ou *culpa* do concessionário, pois a lei pressupõe que a manutenção dessas condições é essencial para a adequada prestação do serviço.

#### 4.2. *Excludentes de ilicitude*

Como dito, um ilícito administrativo não se resume a uma conduta típica, na medida em que a delimitação do alcance de qualquer norma jurídica pressupõe apreciação da incidência das demais normas existentes no sistema. Nesse sentido, é essencial verificar a existência de normas permissivas, que autorizam, sob certas condições, o agente a se afastar do mandamento e que reduzam o alcance do proibido ou do obrigatório.

A primeira hipótese de que se pode cogitar no âmbito das excludentes de ilicitude é a de uma norma que autorize o exercício de *legítima defesa*, que consiste na realização de uma conduta contrária à prescrita em razão de uma agressão ilegal, com o fim de preservar um interesse próprio ou de outrem, empregando para tanto de modo moderado os meios disponíveis<sup>338</sup>.

Outra hipótese relevante é a da existência de norma jurídica que autorize a realização da conduta “em tese” proibida, com o objetivo de salvar de perigo atual ou iminente um interesse de outrem, de maior relevância que o protegido pela norma que instituiu a infração (*estado de necessidade*)<sup>339</sup>.

Uma terceira situação autorizante, que também pode excluir a ilicitude da conduta, consiste no *estrito cumprimento de um dever legal*, pois a execução de um dever não pode ser qualificada como contrária ao preceito, regra especialmente aplicável àqueles que exercem funções públicas, como os bombeiros, policiais e socorristas quando descumprem regras de trânsito em situações emergenciais, próprias do austero cumprimento do dever funcional<sup>340</sup>.

Também é possível excluir a ilicitude da conduta quando o agente atua com fundamento no *exercício regular de um direito*<sup>341</sup>.

#### 5. *Culpabilidade*

Por fim, para formar um juízo positivo de que uma conduta configura um ilícito administrativo é necessário apreciar as *circunstâncias* em que o agente agiu ou deixou

---

<sup>338</sup> Cf. Regis Fernandes de Oliveira, *Infrações e sanções administrativas*, p. 67. No direito positivo, confira-se o disposto no art. 132, inciso VII, parte final, da Lei nº 8.112/90.

<sup>339</sup> Cf. *Ibidem*, mesma página.

<sup>340</sup> Cf. *Ibidem*, mesma página.

<sup>341</sup> Cf. *Ibidem*, mesma página.

de agir. Nessa seara, antes de se afirmar que a conduta perpetrada pelo agente é ilícita, é necessário perquirir a existência de vícios que macularam a conduta, ou seja, a possibilidade que o sujeito possuía, na circunstância concreta, para compreender a realidade e escolher entre realizar ou não a conduta prescrita.

Consoante ensina Regis Fernandes de Oliveira:

Para que haja a responsabilidade é imprescindível que o agir seja *livre* e que a pessoa tenha disponibilidade de sua ação. Deve estar *livre* em sua conduta. Sempre que houver qualquer restrição a seu comportamento, ou for ele *condicionado*, não há falar em conduta contrária àquela devida<sup>342</sup>.

Comprometido seriamente o entendimento ou a volição, seja em razão de fatores internos ao agente, seja em razão de aspectos exteriores, deve ser excluída a qualificação da conduta como ilícito administrativo porque o agente não teria *possibilidade real de escolher* entre cumprir ou não cumprir a prescrição.

No âmbito interno (do agente), o pressuposto da aplicação da sanção é que o particular seja imputável, isto é, que possua capacidade jurídica para suportar as consequências dos seus comportamentos. A incapacidade no âmbito administrativo, diversamente do direito penal, não é presumida pela idade e decorre de características biopsicológicas que impeçam o agente de compreender o caráter ilícito de sua conduta ou determinar-se de acordo com sua compreensão<sup>343</sup>.

No plano exterior, devem ser avaliados fatores naturais ou humanos que *impeçam o agente de compreender qual é o dever* imposto, em razão de um comprometimento da cognição, ou de *optar entre cumprir ou descumprir a norma*, por conta de uma limitação para expressar sua vontade.

Tome-se como exemplo da primeira hipótese (vício cognitivo) um agente que dirige na contramão de uma via pública que está inadequadamente sinalizada, caso em que pode incidir em *erro invencível*, pois, à vista da falta de indicativo preciso de mão única, não se poderia exigir que alguém compreenda o caráter ilícito de sua conduta, nem que atue de acordo com o mandamento<sup>344</sup>.

---

<sup>342</sup> *Infrações e sanções administrativas*, p. 66, *grifos nossos*.

<sup>343</sup> Nesse aspecto, leciona Regis Fernandes de Oliveira que a “... a imputabilidade acha-se relacionada à conduta” e consiste na “possibilidade de suportar as consequências do comportamento antijurídico” (*Ibidem*, p. 66). Heraldo Garcia Vitta refere a esse aspecto como “capacidade de querer”, pois é “... necessário que o sujeito tenha plena capacidade de discernimento no momento da prática da infração” (*A sanção no Direito Administrativo*, p. 36).

<sup>344</sup> Embora com outro fundamento, concordamos com Rafael Munhoz de Mello quando sustenta que não há motivo para se responsabilizar aquele que entrega a outrem sem habitação a direção de veículo automotor,

Do mesmo modo, deve-se excluir a culpabilidade daquele que age em desconformidade com a prescrição legal em cumprimento a comandos emitidos pela Administração Pública, *confiando de boa-fé* que está observando o preceito. Nesse caso, ainda que haja ulterior invalidação dessas orientações, não há cogitar de repercussão jurídica negativa sobre o particular, pois seria impossível exigir dos administrados que infirmem a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Mesmo que o agente tenha conhecimento do mandamento, é possível que não tenha condições de se colocar de acordo com a norma, em razão de uma força exterior que comprima brutalmente sua capacidade de decisão (vício volitivo). Imagine-se um motorista que conscientemente e com intenção de assim agir dirige em velocidade superior à permitida para uma via pública porque é ameaçado por um assaltante armado. Nessa situação, a possibilidade do agente decidir colocar-se de acordo com a norma é restrita, pois ele não tem condições de externar sua vontade *livremente* em razão de uma *coação moral (irresistível)* que sofre do criminoso.

Do mesmo modo, há vício volitivo na conduta do agente que *obedece a uma ordem* superior que *não seja manifestamente ilegal*. Mire-se em um servidor público que exerce a função de motorista e, por determinação do superior, encaminha-se a outro órgão público, mas localizado em outra cidade, sem autorização do diretor da unidade, quando esta se fazia necessária. No exemplo acima, o motorista atendeu à determinação de sua chefia, ainda que sem certeza se o superior adotou as providências pertinentes, mas sua posição na pirâmide hierárquica era reduzida para dele exigir que tivesse questionado a ordem.

As condutas acima descritas podem ser qualificadas como involuntárias e, portanto, desculpáveis, impedindo, em consequência, a formação de um juízo de ilicitude sobre a conduta *do agente*. Não há exclusão da ilicitude, porém, para o autor da ordem ilegal ou da coação, cuja conduta poderá ser qualificada como ilícito administrativo<sup>345</sup>.

Acolhemos, todavia, somente as excludentes de culpabilidade quando não seja possível exigir o comportamento prescrito *em razão de vícios que comprometam a liberdade*

---

quando este lhe apresenta uma CNH falsificada (Cf. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador*, p. 193). A nosso ver, porém, trata-se de erro invencível, que exclui a culpabilidade.

<sup>345</sup> Para Regis Fernandes de Oliveira, as hipóteses de erro, coação irresistível, obediência hierárquica e inimputabilidade e as que rompem o nexo de causalidade (fato da natureza ou de terceiro) são situações que excluem a sanção, mas não a infração (Cf. *Infrações e sanções administrativas*, p. 68-69).

*de modo sério, invencível e manifesto*, pois se houver relativa liberdade para o agente decidir a conduta será sancionável, salvo disposição legal em contrário.

##### 5. O ilícito administrativo e responsabilidade administrativa

Em razão das ponderações acima expostas, acolhemos que o ilícito administrativo (infração administrativa em concreto), sob o ponto de vista formal, pode ser definido como *conduta voluntária contrária à prescrita no ordenamento* e para a qual está prevista a imposição de sanção administrativa como consequência. Do ponto de vista analítico (ou estrutural), entendemos que o ilícito administrativo pressupõe uma *conduta típica, ilícita e culpável*.

Com esses fundamentos, concluímos que *a responsabilidade administrativa é subjetiva*, pois não prescinde da apreciação da conduta do agente no caso concreto, a fim de verificar se agiu *voluntariamente*, embora nem sempre seja exigível a presença de elemento intencional no tipo (dolo) ou descumprimento de um dever de cuidado (negligência, imperícia ou imprudência).

Destaque-se que as pessoas jurídicas podem ser sujeitos de infrações administrativas<sup>346</sup>, pois a elas *o direito imputa as condutas* daqueles que devem agir ou podem fazê-lo em seu nome, isto é, seus dirigentes e prepostos, segundo sua organização interna, e incumbe a estes adimplir com os deveres e obrigações do ente.

Sobre a imputação da conduta dos agentes às pessoas jurídicas, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que:

Como as pessoas jurídicas são seres de razão, entes lógicos, abstratos, compreende-se que, sob o prisma naturalista, não possuam inteligência, nem vontade, nem ação. O Direito, contudo, imputa-lhes diretamente a vontade e a ação das pessoas naturais que procedem na qualidade jurídica de seus agentes<sup>347</sup>.

---

<sup>346</sup> Diversamente do âmbito penal, no qual há razoável controvérsia sobre o tema, no âmbito administrativo admite-se que a pessoa jurídica possa ser sujeito ativo da infração. Confira-se: Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, p. 849) e Regis Fernandes de Oliveira (*Infrações e sanções administrativas*, p. 78-79). Heraldo Garcia Vitta defende a responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas, desde que presentes os pressupostos subjetivos do ilícito (dolo ou culpa) “... praticado por *pessoa física*, como preposta, representante, ou outra denominação qualquer que se deseje rotulá-la, desde que tenha agido em *benefício do ente coletivo*, exprimindo a ‘*vontade da pessoa jurídica*’” (*A sanção no Direito Administrativo*, p. 52, grifado no original).

<sup>347</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 137. Ressalvamos que o autor discorre sobre os entes da Administração Pública, mas o ensinamento se aplica em termos gerais às demais pessoas jurídicas.

Interessante questão é a da possibilidade de um terceiro suportar os efeitos da sanção administrativa. Surge, então, a necessidade de se distinguir as figuras do responsável e do infrator: enquanto este é aquele que pratica a conduta ilícita, responsável é quem suporta a consequência do ilícito. No aspecto, leciona Hans Kelsen que:

... a sanção como consequência do ilícito, não tem de ser necessariamente dirigida – como já se fez notar – contra o indivíduo obrigado, quer dizer, contra o indivíduo cuja conduta é o pressuposto do ato coercitivo, contra o delinqüente, mas pode também ser dirigido contra um outro indivíduo que se encontre com aquele numa relação determinada pela ordem jurídica. O indivíduo contra quem é dirigida a consequência do ilícito *responde* pelo ilícito, é juridicamente *responsável* por ele<sup>348</sup>.

Em relação à transmissibilidade das sanções é necessário investigar qual o *limite* da responsabilidade de terceiros em face das infrações administrativas, pois não é razoável admitir, no regime constitucional vigente, que a lei tenha total liberdade para eleger o responsável subsidiário, alcançando qualquer pessoa, ainda que sem vínculo algum com o infrator.

Celso Antônio noticia que a doutrina distingue as sanções em pessoais e reais (as natureza pecuniária e que *gravam coisas*), sendo que estas últimas possuíam a nota da transmissibilidade. O autor, porém, destaca que, conquanto as sanções pessoais sejam intransmissíveis, as sanções reais nem sempre serão transmissíveis. Para o autor, em apenas duas hipóteses seria possível que a lei preveja a transmissibilidade: a) a quem possa *controlar a conduta* do infrator (p. ex., menores) e b) àquele que possua *meios de constranger o infrator* a suportar a sanção pecuniária (p. ex. aquisição de um veículo)<sup>349</sup>.

Acolhemos esses ensinamentos e vislumbramos que a atribuição de responsabilidade subsidiária pressupõe um mínimo de vínculo subjetivo do terceiro com o infrator e possibilidade de agir para evitar a infração ou efetivar a sanção, regra que se aplica às hipóteses de atos de cassação, quando a restrição for passível de classificação entre as reais, como é o caso da licença para construir.

---

<sup>348</sup> *Teoria Pura do Direito*, p. 133-134.

<sup>349</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 860-862.

## CAPÍTULO VIII

### A EDIÇÃO DO ATO DE CASSAÇÃO E SEUS EFEITOS

No capítulo anterior, discorremos sobre o pressuposto objetivo para a edição de um ato de cassação e concluímos que ele consiste numa *conduta voluntária contrária à prescrita pelo ordenamento* e para a qual está prevista a imposição da rescisão de um vínculo mantido com o particular como consequência. A edição de um ato de cassação, porém, pressupõe uma pronúncia jurídica expressa, manifestada por uma autoridade administrativa competente e realizada após o devido processo legal.

Importa discorrer, então, sobre os demais pressupostos de validade para a imposição da cassação, os efeitos de sua edição e destacar algumas características do ato administrativo que a impõe.

#### *1) Pressuposto subjetivo: autoridade administrativa competente*

A cassação é uma sanção imposta pela Administração por meio da edição de um ato administrativo, de modo que possui a mesma estrutura deste, guardadas suas peculiaridades e pressupõe uma declaração expressa de uma *autoridade competente*.

Nenhum agente público, pois, pode editar um ato de cassação sem estar regulamentemente investido numa função pública, no exercício legal da competência de um órgão e sem impedimentos que possam macular a prática do ato. Autoridade competente é aquela indicada pelo ordenamento jurídico, independentemente de pertencer à administração direta ou indireta ou do grau hierárquico que ocupar na estrutura administrativa.

Dois *limites* merecem ser destacados de plano.

A autoridade competente deve pertencer ao mesmo “Poder” daquela que editou o ato objeto da cassação, pois, em razão do princípio da separação de funções (art. 2º, CF), seria inadmissível a atribuição dessa competência para uma autoridade administrativa pertencente a “Poder” diverso. Eventual norma com esse teor seria flagrantemente inconstitucional. Além de fazer parte do mesmo “Poder”, é necessário, também, que a autoridade pertença à mesma esfera política, conclusão que se extrai do princípio da

autonomia federativa (art. 18, CF), sendo também inaceitável que um ente federativo disponha sobre os efeitos de ato editado por outro.

Interessante aspecto a ser apreciado, no âmbito da competência sancionadora, é a da impossibilidade de transferência externa de seu exercício para terceiros estranhos ao ente, ainda que pertencentes à Administração Pública, pois não seria possível admitir que um ato infralegal altere uma competência legalmente estabelecida. Ademais, nesse domínio o Estado age com poder de autoridade em relação aos administrados, de modo que essa ação deve ser informada por condições mínimas de segurança e estabilidade, própria das que gozam os servidores públicos ocupantes de cargos, que possuem um regime jurídico específico, edificado para garantir condições de impessoalidade na ação estatal.

No âmbito interno, todavia, é possível cogitar de delegação, à vista da regra geral inserta no art. 12 da Lei nº 9.784/99, desde que não se trate de matéria de competência exclusiva do órgão ou da autoridade (art. 13, inciso I).

Firmados esses limites, importa caracterizar a competência para extinguir relações jurídicas em razão do inadimplemento do particular, a fim de apreciarmos se se trata de uma faculdade ou de um dever. Nesse aspecto, vislumbramos que o exercício dessa potestade extintiva não é uma faculdade, mas sim um *dever de agir para restaurar a legalidade*, violada em razão do ilícito perpetrado pelo particular.

Sobre o tema, merece lembrança a precisa lição de Carlos Ari Sunfeld:

... a competência é, para o agente público, de exercício obrigatório; traduz um dever. É compreensível que seja assim. Se as competências são outorgadas aos agentes públicos para o exercício de certos fins, o não exercício delas implicaria renúncia à sua realização<sup>350</sup>.

À Administração Pública incumbe zelar e resguardar pelos interesses que estão postos à sua responsabilidade, de modo que, se há uma norma determinando a extinção da relação jurídica do particular em razão do descumprimento de deveres, não poderia a autoridade administrativa deixar de atuar.

Aliás, no regime jurídico nacional, há um crime próprio para a omissão em responsabilizar subordinado no âmbito das relações funcionais (art. 320, CP), além da omissão ao dever de praticar os atos de ofício estar tipificada como ato de improbidade

---

<sup>350</sup> *Fundamentos de Direito Público*, p. 113.

administrativa, independentemente de elemento subjetivo especial (art. 11, inciso II, Lei nº 8.429/92)<sup>351</sup>.

Por essas razões, *é imperativo*, à vista da notícia de uma conduta que possa ensejar a edição de um ato de cassação, que a autoridade adote as providências cabíveis, intimando o particular para regularizar a situação e, na persistência do ilícito, *inicie a persecução da sanção*, mediante a instauração do processo sancionador, quando houver elementos suficientes para tanto, ou curando para a completa apuração dos fatos, por intermédio da abertura de um procedimento preparatório.

Além da formalização do procedimento adequado para a espécie, a autoridade *deve* velar para a apuração da verdade real, impulsionando o procedimento instaurado e documentando, de modo circunstanciado, o que for relevante para o esclarecimento da situação. *Deve*, ainda, garantir ao particular o direito de defesa e ao final *deve* formar um juízo sobre a ilicitude da conduta e a pertinência da cassação.

Importa destacar que, formado o juízo sobre a ilicitude da conduta, eventual discricionariedade, se existente, a ser apurada no caso concreto, consistirá na escolha da sanção a ser imposta, momento em que autoridade *deverá* mensurar a pertinência de se impor a extinção da relação jurídica favorável ao particular, quando prevista<sup>352</sup>.

Nesse último aspecto, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, a questão da discricionariedade está ligada ao exame da norma jurídica e ao exame do caso concreto e consiste na margem de liberdade que permaneça perante ele:

*Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente*<sup>353</sup>.

---

<sup>351</sup> Art. 11 – *Constitui ato de improbidade administrativa* que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente: [...] II – *retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício*. Impende ressaltar que o tipo descrito na lei de improbidade não se equipara ao do art. 319 do Código Penal (prevaricação), pois este exige a presença de uma finalidade especial, qual seja, a satisfação a interesse ou sentimento pessoal.

<sup>352</sup> Cf. Heraldo Garcia Vitta, *A sanção no Direito Brasileiro*, p. 65. Em sentido contrário, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao cuidar da decretação da “caducidade” da concessão de serviços públicos, sustenta que a lei confere certa margem de discricionariedade para que a Administração decida sobre a *conveniência e oportunidade* na aplicação da penalidade rescisória para o interesse público (*Curso de Direito Administrativo*, p. 495).

<sup>353</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 48.

Logo, mesmo que exista abertura no âmbito do pressuposto hipotético, a apreciação do caso concreto restringirá sobremaneira a margem de liberdade do administrador, bem como ampliará em muito as possibilidades de controle exercido pelo Poder Judiciário.

## 2. *Pressuposto finalístico: relevância do ilícito*

A finalidade da cassação possui caráter essencialmente preventivo, qual seja, prevenir condutas perturbadoras da ordem social e resguardar os interesses da coletividade, de forma que não há razão em restringir direitos apenas com o objetivo de que o particular sofra com a desagradável situação. A finalidade tipológica do ato de cassação é restaurar o interesse público violado em razão da conduta ilícita do particular mediante a rescisão de uma situação jurídica a ele favorável em *razão da relevância da repercussão de sua conduta sobre o interesse* que está sob tutela da Administração Pública.

Nessa medida, há uma complementação a ser feita em relação ao juízo de tipicidade, pois a Administração, ao exercitar o poder sancionador, deve atentar para verificar se a conduta do particular teve o condão de macular a finalidade da norma que instituiu o mandamento descumprido.

Isso não significa, de modo algum, que a conduta do particular deva causar prejuízo patrimonial ao Estado, isto é, não há necessidade que seja lesiva ao erário, bastando que ofenda, desde que séria e efetivamente, interesses que devem ser protegidos pela Administração, como o cumprimento das posturas, o sossego, a salubridade, o meio ambiente, o consumidor, a poupança pública, a moralidade, a organização dos serviços etc.

Uma conduta *deve ser* qualificada como típica se ofender o bem jurídico tutelado pela norma jurídica que a proíbe abstratamente. Incumbe, portanto, ao intérprete delimitar o alcance de cada tipo em razão de sua finalidade e apreciar se a conduta amolda-se ao pressuposto legal.

Assim, é de se reconhecer que há hipóteses em que é tamanha a *insignificância* da ofensa ao bem jurídico tutelado que não se poderia cogitar de proibição<sup>354</sup>. Uma conduta

---

<sup>354</sup> Tome-se em consideração, novamente utilizando o manancial de prescrições dirigidas aos servidores públicos, a proibição de utilizar recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares, que pode ensejar a penalidade de demissão (art. 117, inciso XVI c/c art. 132, inciso XIII, da Lei nº 8.112/90). Imagine-se, como exemplo, um servidor que se utilizou da caneta da repartição pública para redigir um escrito

*incapaz* de ofender o bem jurídico protegido pela norma jurídica deve ser qualificada como insignificante e por essa razão destituída de relevância e importância no âmbito sancionador<sup>355</sup>.

Concordamos, todavia, com aqueles que advertem que é necessário ter prudência na interpretação do alcance do pressuposto, afastando somente *condutas inidôneas* para ofender a finalidade da norma, mas não aquelas que causem lesões, embora pequenas, suficientes para, quando massificadas ou reiteradas, ocasionar desordem administrativa ou social<sup>356</sup>.

Com as cautelas devidas, a fim de não infirmar a indisponibilidade, pela Administração, do interesse público, o ilícito administrativo deve ser robusto a ponto de ocasionar ofensa a interesses da coletividade. Condutas formalmente contrárias ao ordenamento, mas que não tenham a virtualidade de ofender, de modo minimamente consistente, bens jurídicos protegidos pelas normas jurídicas são inidôneas para ancorar a edição de atos de cassação.

Por isso, acolhemos o posicionamento dos autores que sustentam que o dever descumprido, para autorizar a rescisão do vínculo, necessita ser *essencial* à relação jurídica objeto do ato de cassação e sua transgressão deve ser tida como *relevante*, a ponto de ocasionar inconvenientes para o interesse público sob tutela da autoridade.

Aliás, na hipótese em que não seja de monta a ofensa ao interesse público a ser tutelado, é adequado conceder ao particular *prazo razoável* para adequar sua conduta aos preceitos legais previamente à instauração do processo sancionador, como propõe Agustín Gordillo. Nesses casos, o Poder Público deve intimá-lo e dar-lhe a notícia de que persistência da conduta ilícita poderá ensejar a extinção da situação ou relação jurídica a ele favorável. Com esse comportamento, a Administração preserva a ordem jurídica e o interesse da

---

particular. Embora formalmente a conduta possa se amoldar ao tipo infracional, do ponto de vista substancial, considerada a finalidade da proibição, há de se afastar a subsunção do fato à hipótese, por ausência de lesão relevante ao bem jurídico tutelado. À mesma conclusão se chega em relação ao uso de equipamentos de informática para comunicação por meio eletrônico, *desde que* não haja proibição expressa e o uso do instrumento seja realizado com moderação.

<sup>355</sup> Sobre a aplicação do princípio da insignificância no âmbito das infrações administrativas, confira-se: Heraldo Garcia Vitta, *A sanção no Direito Administrativo*, p. 58-59 e Fábio Medina Osório, *Direito Administrativo sancionador*, p. 192-198.

<sup>356</sup> Sérgio Ferraz e Adilson Dallari anotam que a reincidência não se amolda ao favor legal e oferecem outro critério de controle da aplicação do princípio ao referir que a insignificância pode ser exemplificada quando “os custos diretos e indiretos da recuperação da lesão se apresentem superiores aos do dano causado ao patrimônio da Administração” (*Processo administrativo*, p. 156-157).

coletividade, qualifica a relação com a comunidade e concretiza a finalidade da norma, afastando, outrossim, o risco de perseguições custosas e de baixa efetividade.

Por fim, ainda no domínio do pressuposto finalístico, salientamos que não pode o administrador utilizar-se dessa modalidade extintiva com fins diversos dos previstos no ordenamento, aproveitando-se de pequenos deslizes do particular para retomar a disponibilidade plena sobre situação jurídica favorável a este, pena de incidir em desvio de finalidade.

### *3. Pressuposto lógico: gravidade do ilícito*

Pressuposto de legitimidade do ato de cassação é que exista relação de congruência entre o ilícito administrativo e a extinção do vínculo, considerando a finalidade da regra de competência, ou seja, o bem jurídico que incumbe à Administração proteger no caso concreto.

Esse limite somente pode ser adequadamente avaliado quando se observa a razoabilidade e a proporcionalidade entre a conduta ilícita e a restrição, de modo que o ato de cassação tem de ser pertinente em face da transgressão cometida pelo particular.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão implícitos na Constituição, pois decorrem da estruturação do Estado de Direito, e foram expressamente acolhidos na legislação federal (art. 2º, “caput”, Lei nº 9.784/99), que *determina* a utilização do critério da *adequação entre meios e fins* e *veda* a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior à estritamente *necessária* ao atendimento do interesse público (art. 2º, parágrafo único, inciso VI, Lei nº 9.784/99).

A importância da apreciação do caso concreto à vista desses critérios de controle é essencial para as cassações, especialmente quando os pressupostos não estiverem precisamente delimitados.

Tome-se como exemplo uma das hipóteses contidas na Lei nº 8.666/93, segundo a qual a inexecução *parcial* do contrato pode ensejar sua rescisão (art. 77) e que constitui motivo para tanto “o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos” (art. 78, inciso I). Interpretação literal do dispositivo permitiria a eles subsumir qualquer ilícito contratual, mesmo em face de situações em que ele não seja suficientemente robusto a ponto de autorizar a rescisão do vínculo, embora eventualmente

seja pertinente a aplicação de outra sanção, como uma advertência (art. 87, inciso I), em razão da ofensa ao interesse que à Administração cumpre resguardar.

Assim, é essencial para legitimação do ato de cassação que a restrição seja *necessária* em face de outros meios menos onerosos ao particular, *adequada* aos fins que governam a relação e *proporcional* em relação à *gravidade* do ilícito.

#### 4. *Devido processo legal: pressupostos processuais*

A edição de um ato de cassação pressupõe desenvolvimento prévio do devido processo, no qual *deve* ser assegurado ao particular o direito de contrapor-se à pretensão estatal, de modo que, identificada uma conduta que possa ser qualificada como ilícito administrativo, a Administração Pública tem o *dever* de instaurar o processo sancionador, como meio de legitimar ulterior restrição, sob pena de maculá-lo de vício insanável.

Como espécie de processo administrativo sancionador, o que tem por objeto a extinção da relação jurídica com o particular em razão do descumprimento de deveres possui cunho nitidamente acusatório, uma vez que imputa ao particular a prática de um ilícito. Logo, deve ser assegurado ao administrado acesso ao exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV, CF). De fato, como poderia o acusado demonstrar que o fato não ocorreu ou mesmo uma circunstância que exclua, atenua ou altere a capitulação do ilícito se a ele não fosse proporcionada oportunidade para apresentar suas razões e produzir provas que demonstrem sua inocência?

Cumprir mencionar que essas garantias constitucionais foram instituídas *para equipar o administrado de instrumentos* que permitam enfrentar o exercício das prerrogativas públicas, impondo ao administrador público um conjunto de sujeições, que visam equilibrar a relação com os administrados, de modo a evitar o arbítrio. O Estado, no âmbito da atividade sancionadora, impõe unilateralmente ao particular uma restrição e realiza um ato marcado pela expressão de um poder, que, aliás, revela a posição de supremacia do interesse público sobre o privado. Todavia, num regime democrático, o particular possui instrumentos concretos para defesa de seus interesses, que podem ser exercidos no âmbito do processo administrativo (art. 1º, Lei nº 9.784/99).

Inviabilizada ao acusado a possibilidade de exercício do direito ao contraditório e à plenitude do direito de defesa, o ato final será ilegítimo, cumprindo ao Poder

Judiciário, seja qual for a gravidade da conduta imputada ao particular, suspender seus efeitos liminarmente, caso haja provocação do interessado.

Além da participação metódica sob a forma do contraditório e ao exercício amplo do direito de defesa, constitucionalmente assegurados como garantias fundamentais, a doutrina salienta outros princípios jurídicos aplicáveis aos processos em geral, cuja incidência não se afasta no âmbito do processo administrativo sancionador. No presente estudo, concentra-se a atenção nas especificidades dessa espécie de processo administrativo, com o intuito de aquilatar alguns peculiares contornos.

#### 4.1. O direito ao contraditório

A doutrina menciona que o direito ao contraditório e à ampla defesa são conexos, configurando dois aspectos do direito de participação do administrado no âmbito do processo administrativo, no qual o contraditório pressupõe a garantia de informação e de abertura para o exercício da possibilidade de reação<sup>357</sup>.

O *direito à informação* consiste na necessidade de o acusado ter *ciência inequívoca* dos fatos que dão suporte ao processo, das provas a ele incorporadas, dos prazos para apresentar manifestações e requerimentos e ainda das decisões proferidas, concretizando-se por meio do chamamento do particular ao processo e da intimação dos atos nele praticados. Em relação a esses aspectos, a lei geral de processo prescreve que o administrado tem direito a ter ciência da tramitação dos processos em que tenha a condição de interessado e exige que sua intimação seja feita por meio que assegure a *certeza da ciência* (art. 3º, inciso II, e art. 26, § 3º, Lei 9.784/99). Não se coaduna, portanto, com a garantia do direito à informação a realização de citação ficta quando possível realizá-la de outro modo<sup>358</sup>.

A concretização do direito à informação não se satisfaz com o mero chamamento do particular para acompanhar o desenrolar dos processos acusatórios, pois é

---

<sup>357</sup> Cf. Odete Medauar, *A processualidade no direito administrativo*, p. 101 e 108. Sérgio Ferraz e Adilson Dallari anotam que o princípio do contraditório exige um diálogo, de modo que a decisão final surja da dialética processual (Cf. *Processo administrativo*, p. 72). Romeu Felipe Bacellar Filho destaca que “o contraditório visa equilibrar as ‘forças’ presentes em cada pólo da relação, a fim de que o desequilíbrio não conduza ao arbítrio ordenado legalmente” (*Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, p. 218).

<sup>358</sup> A questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no MS 25.962/DF, por meio do qual foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 98 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que previa citação por edital como modo de integração de interessados aos processos administrativos em trâmite no órgão (Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, DJE 20/03/2009, v.u. - disponível em <http://www.stf.jus.br>, acesso em 30/06/2010).

necessário que o acusado tenha *conhecimento preciso da acusação* que lhe é feita e das consequências daí advindas, a fim de que possa exercer de modo amplo seu direito de defesa. Logo, *o ato de imputação*, normalmente inaugural do processo administrativo sancionador, *deve ser preciso* e suficientemente claro para que o administrado compreenda o exato contorno da conduta ilícita da qual é acusado, único modo de possibilitar que reaja adequadamente e exercite plenamente seu direito de defesa. Isso somente se realiza com a descrição prévia do ilícito administrativo, agregado às circunstâncias que possuam relevância, de modo que é inidônea para tal fim a mera indicação de disposições legais pretensamente violadas.

Nesse sentido, são precisas as lições de Sérgio Ferraz e Adilson Dallari:

O primeiro requisito para que alguém possa exercer o direito de defesa de maneira eficiente é saber do que está sendo acusado. Por isso é essencial que qualquer processo punitivo comece pela informação ao acusado daquilo que, precisamente, pesa contra ele. Não basta, por exemplo, publicar um edital dizendo que determinada pessoa cometeu uma infração de trânsito, sem especificá-la; é preciso efetivamente fazer chegar ao acusado a informação precisa de qual específica infração teria sido por ele cometida, com todos os detalhes necessários ao exercício da defesa<sup>359</sup>.

Inepto o ato acusatório, presume-se violado o direito ao contraditório<sup>360</sup>. Em especial, importa destacar e recusar prática abominável na Administração Pública que consiste em iniciar um procedimento investigatório, chamar formalmente o acusado e concluí-lo com a imposição da restrição sem que se mensure, em algum momento, a conduta imputada, postura que impossibilita o pleno exercício do direito de defesa<sup>361</sup>.

Outro aspecto do contraditório é o direito do administrado *acessar o suporte probatório da acusação* que lhe é feita, mediante exame dos autos, retirada para análise nos momentos próprios e extração de cópias (art. 3º, inciso II, parte final, Lei nº 9.784/99). Celso Antônio Bandeira de Mello chama a atenção para um aspecto deveras importante que é o da

---

<sup>359</sup> *Processo Administrativo*, p. 70. No mesmo sentido: Heraldo Garcia Vitta, *A sanção no Direito Administrativo*, p. 95.

<sup>360</sup> No julgamento do RE 171.664/9, o Supremo Tribunal Federal manteve anulação de demissão de *militar não estável*, embora reconhecendo a especificidade da situação jurídica em questão, em razão de ausência de ciência prévia do conteúdo da acusação (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 06/02/1998 - disponível em <http://www.stf.jus.br>, acesso em 30/06/2010). Romeu Felipe Bacellar Filho refere à “citação adequada” como momento de integração do acusado (do servidor, para ser fiel ao objeto de estudo do autor), oportunidade em que deve ser fornecido *inteiro conhecimento da acusação* que lhe é feita, bem como estabelecido o prazo para responder aos termos da acusação (Cf. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, p. 233).

<sup>361</sup> Sérgio Ferraz e Adilson Dallari chamam essa figura de “sindicância punitiva”, também inadmitindo-a por entendê-la ofensiva aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (Cf. *Ibidem*, p. 100).

impossibilidade da Administração restringir o acesso do particular às manifestações internas a ele favoráveis, ainda que realizadas fora dos autos<sup>362</sup>, comportamento contrário à lealdade e a boa fé e que colide com a própria Constituição, na qual está assegurado a todos o direito à obtenção de informações sobre situações de interesse pessoal (art. 5º, inciso XXXIII, CF).

Essencial para a satisfação do direito ao contraditório é a *abertura de prazos adequados* para manifestação do interessado, a fim de que possa apresentar suas razões e sua versão sobre fatos e provas colhidos durante a instrução, os quais devem ser levados em consideração na decisão, essência do método contraditório (art. 3º, III, da Lei nº 9.784/99).

#### 4.2. O direito à ampla defesa

Conexo ao direito ao contraditório, o direito à ampla defesa desenrola-se por meio de mecanismos que permitem a *participação do administrado* na instrução probatória e no manejo de recursos dirigidos à superior instância.

A *participação* do administrado no processo pode ser feita diretamente (*direito de autodefesa*), quando atua pessoalmente, mediante manifestação oral ou por escrito e acompanhamento presencial da produção de provas, com possibilidade de contraditá-las<sup>363</sup>. Nesse caso, para a concretização do direito exige-se que a participação do administrado seja livre, sem coações ou ameaças, ainda que veladas.

A ausência de exercício do direito de defesa, por sua vez, não pode ser considerada como elemento de prova em desfavor do acusado, estando-lhe garantido o direito ao silêncio, ou seja, de não produzir prova contra si mesmo<sup>364</sup>.

O acusado pode fazer-se representar e assistir por profissionais com conhecimentos técnicos que permitam atingir um adequado nível na defesa de seus interesses, conformando o que se convencionou chamar de *direito à defesa técnica* (art. 3º, inciso IV, Lei nº 9.784/99). Nesse aspecto, a jurisprudência havia majoritariamente pendido a considerar necessária a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar (Súmula nº 343, STJ). Todavia, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o direito à defesa técnica é mera possibilidade, de modo que sua falta não seria motivo para viciar o processo

---

<sup>362</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 502-503.

<sup>363</sup> Odete Medauar, *A processualidade no Direito Administrativo*, p. 125.

<sup>364</sup> Cf. Odete Medauar, *Ibidem*, p. 129. Também: Romeu Felipe Bacellar Filho, *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, p. 281.

administrativo (Súmula vinculante nº 05). Em que pese a autoridade da decisão da Corte constitucional, é necessário ponderar que nos processos acusatórios o pleno acesso ao direito de defesa demanda a presença de profissional habilitado, pena de se transformar o rito numa vã representação da realidade, em razão da complexidade das questões envolvidas, muitas vezes inacessíveis ao leigo.

Primordial ao exercício do direito de defesa é a possibilidade de o acusado *requerer provas* e participar ativamente na produção das deferidas, inclusive através da apresentação de quesitos, quando da realização de prova técnica. Em relação ao primeiro aspecto, cumpre destacar que a Administração só pode recusar, motivadamente, a produção das provas ilícitas, impertinentes ou desnecessárias (art. 38, § 2º Lei nº 9.789/99).

Integra, também, o direito à ampla defesa no âmbito do processo sancionador a possibilidade de apresentação de recurso à instância superior, a fim de que a decisão desfavorável ao acusado seja revisada (art. 2º, parágrafo único, inciso X, parte final), vedado o estabelecimento de embaraços ao acesso à superior instância mediante a exigência de garantia de qualquer espécie (STF, Súmula vinculante nº 21)<sup>365</sup>.

#### 4.3. *A verdade material e a presunção de inocência*

A Administração não deve se restringir aos elementos do processo e deve buscar o que é realmente verdadeiro, já que a verdade formal seria insuficiente para alicerçar a aplicação de uma sanção. Nesse sentido, Odete Medauar menciona que a Administração deve “tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos”<sup>366</sup>.

Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari introduzem no princípio da verdade material outros dois aspectos, da maior relevância, segundo o qual seria incabível no processo administrativo a revelia e a confissão<sup>367</sup>.

Deixando de lado a confissão, cujo valor, se espontânea, deve ser aferido de acordo com os demais elementos de prova, a revelia não produz como efeito o reconhecimento da verdade da acusação no âmbito do processo acusatório, pois seria *inadmissível uma presunção fictícia de ocorrência de um ilícito* (art. 27 da Lei nº 9.784/99).

---

<sup>365</sup> Cf. Heraldo Garcia Vitta, *A sanção no Direito Administrativo*, p. 105-106.

<sup>366</sup> *A processualidade no direito administrativo*, p. 131

<sup>367</sup> Cf. *Processo administrativo*, p. 87.

Assim, mesmo diante da contumácia do acusado, *incumbe à Administração produzir provas* suficientes que permitam formar um seguro juízo da existência do ilícito administrativo.

#### 4.4. Proibição de provas ilícitas

No plano de um processo legal é inadmissível a utilização de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI, CF), isto é, vedadas pelo ordenamento, seja sob o aspecto formal ou material.

#### Segundo José dos Santos Carvalho Filho

A razão inspiradora do princípio consiste em que a ninguém é lícito se beneficiar à custa da violação de direito alheio. Havendo ofensa a norma prevista em lei, a prova é ilícita e inadmissível. É o caso das provas obtidas por meio de coação, de simulação ou fraude cometidas contra terceiros. A mesma consequência jurídica decorre de provas obtidas por violação a normas constitucionais<sup>368</sup>.

#### 4.5. Dever de motivar

Tratando-se de decisão editada ao final do processo sancionador, o ato de cassação deverá ser escrito e adequadamente motivado, isto é, de modo claro, suficiente, congruente e correlato à imputação (art. 50, inciso II e § 2º, Lei nº 9.784/99).

Sérgio Ferraz e Adilson Dallari destacam que a motivação é essencial no Estado de Direito, pois representa um *modo de submissão do administrador à lei e à jurisdição*<sup>369</sup>. Inútil seria o desenvolvimento do *iter* processual caso não se reconhecesse o *dever* da autoridade pública de motivar adequadamente suas decisões, levando em consideração as provas e aspectos contidos no processo, especialmente na defesa do acusado, demonstrando, através de raciocínios lógicos e técnicos, os fatos e os fundamentos jurídicos que influíram na formação do seu convencimento<sup>370</sup>.

A clareza da motivação pressupõe que as conclusões alcançadas sejam expressas e explícitas, sem o véu de raciocínios herméticos, incompreensíveis ou nada evidentes. A suficiência impõe que a decisão analise com amplitude os argumentos da defesa,

---

<sup>368</sup> *Processo administrativo federal: comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/99*, p. 202-203.

<sup>369</sup> Cf. *Processo administrativo*, p. 58-59.

<sup>370</sup> Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 503. Para o autor, cuida-se aqui de uma proteção do administrado, que poderá, através deste mecanismo, ser convencido da correção das medidas adotadas, dever de um Estado democrático, ou ensejar a provocação do Poder Judiciário, quando desarrazoadas ou injurídicas as conclusões alcançadas (*Ibidem*, mesma página).

as provas produzidas e a aplicação das normas legais cabíveis. A congruência decorre da necessidade que a decisão seja harmônica, sem conter omissões, contradições ou obscuridades insuperáveis.

Além desses pressupostos básicos, presentes em qualquer decisão idoneamente fundamentada, há de se ressaltar, no âmbito do processo acusatório, a necessidade de existir *correlação entre a imputação e o ilícito administrativo* que motivou a edição do ato de cassação, pois não é admissível que a Administração se ancore em fatos para os quais o particular não teve a oportunidade de se defender.

Portanto, se no curso do processo for constatada necessidade de ampliação ou de alteração da acusação, a Administração deverá atentar para retificar o ato inaugural, *reabrindo a oportunidade de defesa* para o acusado, sob pena de macular o ato final.

#### *5. Forma e pressupostos formalísticos*

Para que o ato de cassação se aperfeiçoe é necessário que o órgão estatal competente manifeste-se expressamente, pronuncie-se sobre a extinção e exteriorize uma declaração com essa eficácia, pois, em se tratando de ato restritivo de direitos, não se poderia conceber um ato que interfira na esfera jurídica de direitos do particular sem que haja clara e identificável declaração do Estado.

Eventual previsão com esse teor ofenderia as próprias balizas do Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), razão pela qual a Administração Pública não pode executar diretamente a sanção sem antes formular um adequado juízo sobre a existência do ilícito e a necessidade da restrição.

A exteriorização do comando ganha relevância jurídica com a publicidade do ato, seja na forma de publicação pelos meios oficiais ou de participação direta ao interessado, conforme prescreva a norma específica que autoriza a edição do ato de cassação.

#### *6. Efeitos jurídicos da cassação*

O ato de cassação possui como efeito típico o de ocasionar a cessação definitiva dos efeitos do ato anterior, ou seja, o rompimento do vínculo jurídico que dele se originou e, por consequência, os direitos, poderes, deveres e obrigações decorrentes. Trata-se, portanto, de um ato constitutivo, na medida em que cria uma situação jurídica nova.

Ceifada a relação jurídica, os efeitos do ato de cassação projetam-se temporalmente para o futuro (*eficácia ex nunc*), pois não seria admissível que infirmasse direitos adquiridos pelo particular.

Em razão da eficácia futura do ato de cassação, devem ser respeitados os efeitos exauridos e os efeitos jurídicos de fatos ocorridos no passado, sob pena de ofensa ao *direito adquirido* e ao princípio da segurança jurídica. Há de se reconhecer, portanto, ao particular o direito de receber aquilo que se incorporou ao seu patrimônio jurídico, antes da edição do ato de cassação.

Com a publicidade do ato de cassação, o particular fica impedido de exercer as vantagens e usufruir dos benefícios que decorriam da situação jurídica criada pelo ato anterior, sem que a autoridade administrativa tenha de se socorrer do Poder Judiciário para tanto. O poder público não poderá, porém, exigir novas condutas do particular com fundamento naquele vínculo.

O ato de cassação devolve a disponibilidade plena sobre o objeto da relação jurídica à Administração Pública, ou seja, o bem, serviço, função ou interesse sobre o qual o ato anterior dispunha (art. 80, inciso I, Lei nº 8.666/93; art. 35, § 2º, Lei nº 8.987/95).

Em princípio, o ato de cassação não ocasiona efeitos em relação aos bens do particular destinatário do ato, mas na hipótese de existência de bens afetados à prestação de um serviço público ou de benfeitorias realizadas em bens públicos, tal patrimônio ingressará no domínio estatal, em razão da necessidade de continuidade dos serviços públicos e da regra geral que o acessório segue o destino do principal.

No plano da responsabilidade patrimonial, o particular não terá direito a indenização, tendo em vista que deu causa à extinção do vínculo, através da prática de um ilícito. De qualquer modo, a fim de *evitar o enriquecimento sem causa* do Estado, se o ato de cassação implicar na manutenção de afetação de bem adquirido pelo particular para prestação dos serviços de responsabilidade do Estado, dada a impossibilidade de interrupção destes e desde que não tenham sido totalmente amortizados, deverá o Estado recompor o patrimônio do particular. Todavia, ainda quando devida, o ato de cassação não fica condicionado ao pagamento prévio de indenização, devendo a Administração, após retomar o objeto, realizar adequado inventário, a fim de verificar se há, no caso específico, direito a alguma indenização.

O Estado, por sua vez, poderá requerer indenização, segundo a regra da responsabilidade civil aplicável, com o objetivo de recompor prejuízos que sofreu em face do ilícito, sem prejuízo da cobrança de eventuais multas que foram impostas.

Em relação a terceiros, o ato de cassação poderá ocasionar o rompimento dos vínculos até então existentes, quando acessórios do vínculo ceifado, que é o que pode ocorrer com a subcontratação, no âmbito dos contratos administrativos, quando admitida.

## CAPÍTULO IX

### ATOS DE CASSAÇÃO EM ESPÉCIE

Sem a pretensão de esgotar as hipóteses de imposição de sanções extintivas previstas na legislação nacional, vamos observar como o ordenamento vigente regula algumas delas, a fim de levantar alguns problemas que merecem reflexão.

#### *1. Cassação e relações de sujeição geral*

Além da previsão geral de limitação da liberdade e da propriedade por meio de lei (art. 5º, inciso II, CF), a Constituição prevê que norma dessa hierarquia pode estabelecer requisitos para o exercício de atividades ao dispor que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que *a lei estabelecer*” (art. 5º, inciso XIII) e que é “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, *salvo nos casos previstos em lei*” (art. 170, parágrafo único)<sup>371</sup>.

Desse modo, a lei, editada pelo ente político dotado de competência legislativa para tal, pode amoldar, restringir, de modo absoluto ou relativo, ou, ainda, condicionar o exercício de atividades ao atendimento de certos requisitos, a serem verificados pela Administração em concreto, com o fim de proteger interesses da coletividade, tais como a higidez do meio ambiente, a segurança pública, a salubridade das instalações, a ordenação da paisagem urbana, a poupança popular etc.

Entre os instrumentos disponíveis para proteção dos interesses coletivos, a lei pode atribuir à Administração que, mediante declarações unilaterais, constate o preenchimento dos requisitos legais para a realização de certa atividade e habilite o particular a exercitá-la, ou remova, em circunstâncias tais ou quais, as limitações legais para o desempenho de uma atividade, concedendo ao administrado um título jurídico que o autoriza a agir, de modo temporário ou permanente, em seara ordinariamente proibida. Tais declarações alteram a situação jurídica do administrado atribuindo-lhe uma vantagem em

---

<sup>371</sup> Importante observar que a lei estabelece limitações à liberdade e à propriedade e com isso dá fisionomia aos direitos de liberdade e de propriedade, compatibilizando-os com os interesses da coletividade (Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 818).

relação ao estado anterior, mas o particular, para continuar a desfrutar das faculdades atribuídas pelo título, deve observar as prescrições que regulam o exercício daquela atividade, respeitando os interesses da coletividade, consoante estabelecido no ordenamento jurídico. Não o fazendo, sua conduta poderá dar ensejo a que a Administração Pública promova a extinção dos efeitos daquela situação jurídica que lhe é favorável, respeitados os condicionamentos expostos ao longo do trabalho.

### *1.1. Cassação de licenças*

Licença administrativa, segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, é o “ato administrativo unilateral, vinculado, pelo qual se faculta o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedado”<sup>372</sup>. O caráter vinculado da licença é o que a diferencia de outros institutos, visto que a autoridade administrativa apenas constata a presença dos requisitos legais e remove obstáculo formal ao exercício de um direito. Exemplos de licença são a concedida para construir uma edificação, para o exercício de certas atividades, de profissões, para a instalação e funcionamento de estabelecimentos comerciais etc.

Concedida a licença, o exercício do direito poderá ser cassado se o particular inadimplir com seus deveres, desde que a Administração tenha *explícita* competência para tanto, pois, em se tratando de ato vinculado, não há disponibilidade sobre a situação jurídica favorável ao particular, mas sempre deverá observar o devido processo<sup>373</sup>.

Alguns exemplos ajudam a compreender a cassação do exercício de direitos.

No âmbito local, em regra, os Municípios regulam a expedição de licença de instalação e funcionamento de atividades privadas, oportunidade em que verificam a observância dos usos permitidos em cada região, as condições de salubridade, higiene, segurança etc., que deverão ser mantidos ulteriormente, sob pena de cassação da licença. No Município de São Paulo, por exemplo, a matéria encontra-se regulada na Lei nº 10.205/86 que prevê, entre outras hipóteses, a cassação da licença quando houver alteração da destinação, sem prévia renovação do licenciamento (art. 6º).

Lúcia Valle Figueiredo menciona que a cassação da licença para construir concedida em favor de um particular é cabível “... em todas as hipóteses de descumprimento

---

<sup>372</sup> *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 577.

<sup>373</sup> Luis Manoel Fonseca Pires destaca esse último aspecto e anota que a natureza sancionadora da cassação da licença impõe a observância do devido processo legal (Cf. *Regime jurídico das licenças*, p. 201).

das obrigações assumidas por parte desse beneficiário, desde que impossível recompor a ordem jurídica violada com a determinação da ‘*corrigenda*’ no projeto em execução”<sup>374</sup>.

Na legislação ambiental, por sua vez, a Lei nº 6.938/81 exige que a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, sejam precedidos de prévio licenciamento de órgão estadual competente, sem prejuízo de outras licenças exigíveis (art. 10). Na legislação superveniente, além de outras sanções, previu-se a cassação da licença (“cancelamento”) na hipótese de infração ambiental, definida como *qualquer* violação às regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente (art. 70 e 72, inciso XI e § 8º, inciso II, Lei nº 9.605/98). Os parâmetros estabelecidos pelo legislador para o cabimento da cassação encontram-se no art. 6º, incisos I e II, do mesmo diploma: a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente e os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental. Praticamente, portanto, o legislador delegou à Administração que eleja no caso concreto o pressuposto para a extinção do vínculo, o que se afigura, a nosso ver, de duvidosa constitucionalidade.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, prevê duas hipóteses de cassação dos efeitos de atos administrativos em razão de infrações às normas consumeristas: a do registro de produto, quando constatados vícios de quantidade ou de qualidade por inadequação ou insegurança do produto ou serviço, e da licença de funcionamento do estabelecimento ou da atividade quando reincidir na prática de infrações de maior gravidade previstas na legislação. Novamente aqui há excessivo grau de abertura no pressuposto da sanção<sup>375</sup>.

A cassação do registro para o exercício de atividades profissionais também está permeada de dificuldades. Muitas vezes a cargo de corporações profissionais, a cassação tem aqui por finalidade proteger a coletividade em face de atividades que possam colocar em risco direitos dos particulares, tais como as exercidas pelos profissionais da saúde<sup>376</sup>, pelos

---

<sup>374</sup> *Disciplina urbanística da propriedade*, p. 158.

<sup>375</sup> Marcelo Abelha Rodrigues destaca o caráter preventivo dessa sanção, destinada a evitar futuras agressões à coletividade, e anota a necessidade de se aferir a proporcionalidade na sua imposição (Cf. *Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor*, p. 131-135).

<sup>376</sup> Tome-se como exemplo o caso dos médicos: art. 22, alínea “e” Lei 3.268/57.

advogados<sup>377</sup>, por aqueles que operam com captação e investimentos econômicos, dentre outros, e normalmente tem por pressuposto o descumprimento de preceitos ético-profissionais, de alta carga valorativa.

### *1.2. Cassação de autorizações*

A autorização consiste em “ato administrativo discricionário, unilateral, pelo qual se faculta, a título precário, o exercício de determinada atividade material, que sem ela seria vedado”<sup>378</sup>. O caráter discricionário e precário da autorização a diferencia de outros institutos, visto que a autoridade administrativa habilita o particular, em razão da presença de circunstâncias específicas que justifiquem o exercício de atividade ordinariamente proibida, como portar arma de fogo<sup>379</sup>.

Concedida a autorização, o exercício do direito poderá ser cassado, quando o particular inadimplir com seus deveres, salvo disposição legal em contrário, já que, em regra, a Administração possui disponibilidade sobre a situação jurídica, isto é, para revogar a autorização quando o interesse da coletividade a ela se sobrepuser, mas deverá observar, sempre, o devido processo legal.

## *2. Cassação e relações especiais de sujeição*

### *2.1. Extinção da relação funcional: demissão*

No âmbito da União, o rompimento do vínculo funcional em razão de descumprimento de deveres do particular para com a administração está regulado na Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Civis), no qual estão previstas as seguintes hipóteses: a) exoneração de ofício, em razão de não satisfação de requisitos durante o estágio probatório (art. 34, parágrafo único, inciso I); b) exoneração de ofício, em razão ausência de início de exercício (art. 34, parágrafo único, inciso II); c) demissão (art. 33, inciso II e art. 127, incisos III); e d) destituição de cargo em comissão ou função comissionada (art. 127, incisos VI e VI).

---

<sup>377</sup> Arts. 33, inciso III, e 38 da Lei nº 8.906/94.

<sup>378</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v. I, p. 561.

<sup>379</sup> Art. 10, § 1º, incisos I a III, da Lei nº 10.826/2003. A cassação do porte de arma está prevista no art. 10, § 2º do mesmo diploma e no art. 26 do Decreto nº 5.123/2004.

O diploma deixa saliente a natureza sancionadora das hipóteses “c” e “d”, determinando que se considere em cada caso a “natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais” (art. 128). Os pressupostos legais que autorizam a edição desses atos administrativos encontram-se previstos na própria lei (arts. 132 a 136), de modo que não cabe a atos de hierarquia inferior criar novas hipóteses. O diploma prevê também a autoridade competente para a edição do ato (art. 141) e o prazo prescricional para aplicação da penalidade (art. 142).

No âmbito procedimental, o estatuto prescreve a obrigatoriedade de um rito prévio à edição do ato, no qual devem ser observadas as garantias do contraditório, da ampla defesa e da *imparcialidade*, devendo a autoridade motivar sua decisão (art. 168, parágrafo único).

A destituição de cargo em comissão e de função comissionada estão dirigidas àqueles que ocupam cargos e funções de livre provimento e pode incompatibilizá-los para retornar, temporária ou definitivamente, aos quadros da Administração (art. 137).

Embora a jurisprudência tenha sido resistente no passado a controlar os motivos que ensejaram a edição do ato de demissão, inserindo-o no âmbito da discricionariedade da administração (ou mérito do ato), há uma renovação acentuada em curso, como não poderia deixar de ser, a fim de verificar a legitimidade da sanção expulsória, especialmente pela apreciação da observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade<sup>380</sup>.

## 2.2. Cassação de aposentadoria

Prescreve o art. 134 da Lei nº 8.112/90 que é cabível a imposição da cassação de aposentadoria de servidor público submetido a regime próprio *em razão dos mesmos atos que dariam ensejo à demissão*. A norma possui alta carga moralizadora, pois permite à Administração Pública perseguir o ilícito administrativo mesmo quando o servidor não mais

---

<sup>380</sup> É a posição consolidada no C. Superior Tribunal de Justiça. Confira-se extrato da ementa do julgamento do RMS 16.536/PE: “1. É sabido que em tema de controle judicial dos atos administrativos, a razoabilidade, assim como a proporcionalidade, fundadas no devido processo legal, decorrem da legalidade, por isso que podem e devem ser analisadas pelo Poder Judiciário, quando provocado a fazê-lo. 2. A pena de demissão deve ser revista pelo Poder Judiciário, quando desarrazoada e desproporcional ao fato apurado no PAD, o que ocorreu nos presentes autos. Precedentes do STJ”. (RMS 16536/PE, Rel. Min. Celso Limongi (conv.), j. 02/02/2010, grifamos - disponível em <http://www.stj.jus.br>, acesso em 30/06/2010).

pertença aos seus quadros. Com a gravidade da restrição para o servidor, incidente sobre verba de caráter alimentar e devida na inatividade, pretende-se coibir condutas atentatórias ao interesse da coletividade quando o servidor ainda esteja em serviço.

Questão que interessa suscitar e refletir é se existe substrato constitucional para a cassação da aposentadoria de servidor público, no âmbito do regime próprio de previdência social, após a alteração do regime dos servidores públicos, que passou a ter caráter contributivo (art. 40, CF, com redação dada pela EC 20, alterada pela EC 41). Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela possibilidade de cassação da aposentadoria, mesmo após essa alteração do regime jurídico<sup>381</sup>, mas pensamos que há muito para refletir sobre os limites dessa restrição, pois, se houve contribuição do servidor ao longo da carreira, a cassação da aposentadoria implica, certo modo, em enriquecimento sem causa do Estado.

Outro aspecto que merece ponderação é a ausência de razoabilidade e a desproporcionalidade do pressuposto legal previsto na Lei nº 8.112/90, que autoriza a imposição da sanção extrema em razão *em todas* as hipóteses que dariam ensejo à demissão. No plano abstrato, parece desarrazoado e desproporcional que a norma tenha previsto a aplicação de cassação de aposentadoria mesmo em razão de ilícitos que não impediriam, temporária ou definitivamente, o retorno do servidor aos quadros da Administração (arts. 136 e 137, Lei nº 8.112/90, *a contrariu sensu*), pois se o funcionário demitido pode reingressar *imediatamente* ao serviço público qual seria a justificativa para cassar-lhe o direito aos proventos de inatividade?

A fim de evitar situações de flagrante injustiça, o dispositivo deve ser interpretado em consonância com o art. 128 do mesmo diploma, levando-se em consideração a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provieram para o serviço, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

### 2.3. Rescisão de contratos administrativos

A rescisão unilateral do contrato administrativo em razão de descumprimento de obrigações pelo contratado encontra previsão no art. 79, inciso I, da Lei nº 8.666/93, nas

---

<sup>381</sup> Confira-se excerto da ementa do julgamento do MS 23.219-9/RS: “Não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário, o Tribunal tem confirmado a aplicabilidade da pena de cassação de aposentadoria” (Pleno, Rel. Min. Eros Grau, unânime, j. 30/06/05, disponível em <http://www.stf.jus.br>, acesso em 30/06/2010).

hipóteses previstas no art. 78, incisos I a XI e XVIII, do mesmo diploma, cuja abertura já tivemos oportunidade de apontar ao cuidar do pressuposto lógico da cassação, a demandar apreciação do cabimento da sanção no caso concreto<sup>382</sup>.

O diploma contratual prescreve que o ato seja escrito e devidamente fundamentado, implicando, além da rescisão do vínculo, as seguintes consequências: a) imediata assunção do objeto do contrato; b) ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade; c) execução da garantia contratual para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela previstas; d) retenção de créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração (art. 80).

Além da rescisão contratual, fica o contratado faltoso sujeito a outras sanções administrativas (art. 87), não havendo cogitar de *bis in idem*, pois a cumulação está prevista no próprio diploma.

#### 2.4. Caducidade da concessão e da permissão de serviços públicos

A Constituição reservou para o poder público a prestação de serviços públicos, mas autoriza que seja realizada de forma indireta, na forma da lei, por intermédio de terceiros, sob regime de concessão ou permissão, após o devido processo licitatório (art. 175).

O diploma que regula as concessões de serviços públicos (Lei nº 8.987/95) estabelece hipóteses (art. 38, § 1º, incisos I a VII) que autorizam a extinção da concessão em razão da inexecução total ou *parcial* do contrato, cunhando-a de caducidade (art. 35, inciso III). Repete-se aqui o quanto já noticiado em relação às hipóteses de rescisão contratual, não havendo de se cogitar da decretação da caducidade da concessão em face de qualquer inadimplemento, mas somente daqueles que sejam relevantes e graves<sup>383</sup>.

A norma em comento determina que a declaração da caducidade da concessão deve ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em regular processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa (37, § 2º). A instauração desse procedimento deverá ser precedida de comunicado à concessionária com os descumprimentos

---

<sup>382</sup> Para Marçal Justen Filho as hipóteses são taxativas, de forma que cabe ao contrato apenas especificá-las e detalhá-las, à vista das peculiaridades do objeto contratado (Cf. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 657).

<sup>383</sup> Marçal Justen Filho destaca que a finalidade primordial da decretação da caducidade é assegurar a prestação de serviço público adequado (Cf. *Curso de Direito Administrativo*, p. 635).

contratuais vislumbrados pela Administração, concedendo-lhe prazo para correção das falhas e transgressões indicadas (art. § 3º). Portanto, o direito positivo brasileiro acolheu expressamente a necessidade de colocar-se em mora o particular responsável pela infração, ao menos em matéria de prestação de serviços públicos<sup>384</sup>.

A decretação da caducidade independe de indenização prévia, mas esta deverá ser calculada no decurso do processo, cobrindo as parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados e que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido (art. 36), descontando-se o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária (art. 37, § 5º e 6º).

---

<sup>384</sup> Nesse sentido, Antônio Carlos Cintra do Amaral salienta que incumbe à Administração comunicar ao particular de *modo detalhado* quais são os deveres contratuais inadimplidos e conceder-lhe prazo razoável para regularização da situação. O autor destaca que a Administração poderá decretar a intervenção na concessão, quando for necessária para assegurar a adequada prestação do serviço (Cf. *Concessão de serviço público*, p. 102-103).

## CAPÍTULO X

### CONTROLE DO ATO DE CASSAÇÃO

A imposição da cassação está submetida a intenso controle, tanto no âmbito interno, isto é, realizado no exercício de função administrativa, em razão da estruturação hierarquizada dos órgãos que compõe a Administração Pública e do poder de autotutela, quanto externo, a cargo do Poder Judiciário, no exercício da função judicial, cuja inafastabilidade tem fundamento constitucional, consoante anotamos no Capítulo VI (item 2.6), restrito este último ao aspecto da legitimidade da medida (art. 5º, inciso XXXV, CF).

#### *1. Controle interno*

No âmbito do controle interno dois aspectos merecem atenção, quais sejam, a extensão do direito à ampla defesa (art. 5º, inciso LV, parte final, CF) no âmbito do processo administrativo sancionador, a exigir revisibilidade da decisão administrativa pela instância superior, e a possibilidade do exercício de controle dos órgãos inferiores pelos superiores mediante provocação do interessado, no exercício do direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, CF), mesmo após o encerramento do processo.

O direito à ampla defesa, no âmbito do processo administrativo sancionador, inclui a possibilidade de apresentar recurso à instância superior, a fim de que a medida impositiva seja reapreciada pelo superior hierárquico. Sérgio Ferraz e Adilson Dallari pontuam que essa possibilidade é inerente à ampla defesa, garantida constitucionalmente, e que ela “... retira o arbítrio de quem decide e obriga a que a decisão proferida seja devidamente fundamentada e motivada, abrindo ensejo à possibilidade de controle, inclusive judicial, sem o qual não existe o chamado Estado de Direito”<sup>385</sup>.

Com a promulgação da Lei nº 9.784/99, estabeleceu-se previsão expressa que garante o direito à interposição de recursos nos processos que resultem em aplicação de sanção (art. 2º, parágrafo único, inciso X, parte final).

---

<sup>385</sup> *Processo administrativo*, p. 89. Para Odete Medauar, o direito de interpor recurso administrativo independe de previsão expressa em lei, pois decorre do direito de petição, garantia constitucionalmente assegurada (*A processualidade no Direito Administrativo*, p. 124).

Questão que pode demandar repercussão prática é a da possibilidade de execução da sanção antes do encerramento do processo administrativo, a vista de preceito inserido no diploma adjetivo que estabelece que os recursos, regra geral, não têm efeito suspensivo (art. 61).

Inconcebível, todavia, que, antes do encerramento do processo administrativo seja executada a sanção extintiva, pois, além de implicar situação irreversível, feriria o princípio da presunção de inocência. Nada impede, porém, que, no exercício de outra competência, seja adotada uma medida cautelar, quando a urgência assim impuser. A prudência impõe que, em regra, a execução da medida aguarde decisão definitiva da instância superior.

De outro lado, mesmo depois de esgotado o processo sancionador, a Administração poderá corrigir eventuais ilegalidades perpetradas quando da edição do ato, tanto de ofício quanto mediante provocação do interessado, por meio do exercício do direito de petição (CF, art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”).

Importa ressaltar que, no plano infraconstitucional, a Lei nº 9.784/99 expressamente dispõe que as sanções podem ser revistas, *a qualquer tempo*, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada, vedado seu agravamento (art. 65). A expressão fato novo, presente no dispositivo mencionado, há de ser interpretada com largueza para alcançar qualquer ilegalidade na aplicação da sanção.

## 2. O controle judicial

Seriam estéreis as limitações ao exercício do poder se não houvesse um órgão externo, totalmente desvinculado da Administração Pública e dotado de independência para coibir o desrespeito à ordem jurídica, missão a cargo do Poder Judiciário a quem incumbe de modo inafastável apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV, CF).

É relevante precisar que a expressão “lesão a direito”, contida no texto constitucional, deve ser entendida como a reta aplicação do ordenamento jurídico em face da situação jurídica peculiar do indivíduo e impõe seja aferida a observância de todos os *limites jurídicos* contidos no ordenamento para o exercício da ação estatal.

Consoante exposto ao longo do trabalho, a edição de um ato de cassação válido depende de: a) razoável e proporcional exercício de uma potestade; b) manejada por uma autoridade competente; c) após a conclusão de um processo administrativo sem máculas, no qual foram asseguradas as garantias fundamentais do devido processo legal, especialmente o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa; d) mediante uma declaração expressa e adequadamente motivada; e) tendo por pressuposto fático uma conduta voluntária, que possa ser qualificada como ilícito administrativo e que seja ofensiva a um interesse público tutelado pelo ordenamento.

Todos esses aspectos, pois, estão submetidos a controle judicial.

Merece atenção, no domínio do controle judicial, o tema da presunção de legitimidade dos atos administrativos, invariavelmente invocada em juízo pela Administração como óbice para concessão da tutela pretendida pelo administrado em face de um ato restritivo de direitos.

Discorrendo sobre ele, Maria Sylvia Zanella di Pietro o separa em dois aspectos, quais sejam, o jurídico - presunção de legitimidade - e o fático - presunção de veracidade, anotando que a presunção de que foi observada a lei na edição do ato sede com o questionamento judicial, mas sustenta que permaneceria em juízo a presunção de veracidade em relação aos fatos, embora relativizada, invertendo-se o ônus da prova<sup>386</sup>.

Todavia, como ensina Agustín Gordillo, os atributos dos atos administrativos não existem independentemente do direito, de modo que é necessário observar o ordenamento jurídico, a fim de verificar como estão regulados<sup>387</sup>.

Sendo assim, na ausência de expressa previsão legal, não compete ao particular provar sua inocência, mas sim incumbe à Administração demonstrar que usou legitimamente o poder que lhe foi confiado, de modo que não basta que a Administração Pública invoque em juízo a presunção de veracidade de um ato de cassação, pois a ela incumbe o ônus de trazer aos autos os elementos de prova em que se fundou para afirmar a existência de um ilícito administrativo, os quais deverão ser suficientes para ancorar o decreto extintivo<sup>388</sup>.

---

<sup>386</sup> *Direito Administrativo*, p. 187-188.

<sup>387</sup> *Tratado de Derecho Administrativo*, T.3, Cap. V, p. 1-2. Para Gordillo, a presunção de legitimidade não inverte o ônus da prova, nem libera o poder público de apresentar as provas que sustentam sua ação (*Ibidem*, Cap. V, p. 22).

<sup>388</sup> Outra não é a conclusão de Marçal Justen Filho: "... se o ato administrativo afirma a ocorrência de certo fato, não se pode atribuir ao particular o ônus de provar sua inocorrência – até porque não se produz prova de fatos negativos" (*Curso de Direito Administrativo*, p. 283). Essa é também a posição de Heraldo Garcia Vitta: "...

Ressalve-se, porém, que, se à Administração compete provar a infração, ao particular incumbe alegar e demonstrar os fatos que possam implicar em excludentes da ilicitude e da culpabilidade.

Merece destaque, também, que a Administração vincula-se aos motivos que determinaram a imposição da cassação, razão pela qual, se o pressuposto de fato for inexistente, não estiver provado adequadamente ou for insuficiente em face do pressuposto legal, o ato estará eivado de mácula, sem que seja possível a alteração dos motivos durante o curso do processo judicial, como meio de sanar o vício, o que configuraria verdadeira burla à necessidade de processo administrativo prévio.

Vale anotar que a Administração deve provar não só a realização do suporte fático, mas também o modo como a conduta do particular ofendeu o interesse tutelado pela regra de direito, pois, como já salientado, a finalidade da imposição de uma sanção não é constranger o particular, mas, sobretudo, proteger a coletividade em face de condutas que coloquem em risco a harmonia da convivência social.

Destacamos, em relação ao controle judicial, a importância da apreciação da relação de congruência material entre a conduta praticada pelo particular e a extinção da relação jurídica que lhe é favorável, observando a finalidade na norma sancionadora, a fim de se verificar se foram atendidos os critérios de razoabilidade e de proporcionalidade na imposição da medida.

Em suma, ao Poder Judiciário, quando provocado, incumbe analisar *todos* os limites jurídicos da ação estatal e invalidar o ato administrativo de cassação quando eivado de mácula, donde se verifica a elevada responsabilidade dos integrantes do órgão, que tem por missão assegurar as garantias fundamentais previstas pelo ordenamento aos administrados nas relações travadas com o Estado, a fim de evitar o arbítrio.

## CONCLUSÕES

Embora haja muitas formas de se classificarem e conceituarem os fenômenos jurídicos, este estudo foi permeado pela utilização do critério formal, pois consideramos que esse instrumento possui maior vocação para isolar realidades jurídicas segundo um regime jurídico homogêneo.

A partir desse critério, ao final do presente trabalho, no qual se buscou jogar alguma luz sobre um objeto ainda pouco explorado pela doutrina brasileira, concluímos que o regime da extinção dos efeitos dos atos administrativos em virtude do descumprimento de deveres pelo destinatário possui especificidades que justificam, no direito brasileiro, um tratamento individualizado em face das demais hipóteses de extinção dos atos administrativos, por ter como pressuposto um ilícito administrativo, aspecto que permite caracterizar o ato de retirada que a veicula como sancionador.

Identificamos, todavia, a conveniência de apartar os atos de retirada sancionadores consoante a função em que são editados, separando, os atos de cassação, isto é, aqueles editados pelo Estado no exercício de função administrativa, e as “rescisões judiciais”, decretadas pelo Poder Judiciário, a fim de demarcar dois campos específicos de atuação estatal.

Constatamos, também, que não há rigor terminológico no plano normativo quanto ao vocábulo que designa a realidade em foco, ora chamada de cassação, ora de caducidade, ora de rescisão, ora de demissão e ainda de cancelamento. Porém, tomando em consideração esses possíveis termos, concluímos que o melhor vocábulo para rotulá-la é cassação, conforme, aliás, propõe grande parte da doutrina brasileira.

Com esse corte, a par de sua natureza sancionadora, é possível caracterizar o ato de cassação como espécie de ato administrativo unilateral, concreto, constitutivo (negativo), de administração ativa, secundário, restritivo de direitos do particular e que tem por objeto relações ou vínculos decorrentes de atos administrativos negociais ampliativos de direitos dos administrados (licenças, autorizações, concessões, permissões etc).

Em razão da heterogeneidade de situações jurídicas que podem ser objeto da hipótese extintiva em exame, verificamos que é proveitoso distingui-la em duas espécies, consoante a posição de supremacia da Administração em face do administrado: a) cassações

gerais (ou externas), que têm por objeto vínculos surgidos no âmbito de relações de sujeição geral, isto é, travadas pelo poder público com a generalidade dos administrados; e b) cassações disciplinares (ou internas), que miram vínculos existentes no domínio de relações especiais de sujeição, ou seja, decorrentes de um contato específico e individualizado do particular com a *esfera interna* da Administração.

No âmbito da supremacia geral, concluímos que o poder público somente pode cogitar de editar um ato de cassação quando possuir atribuição explícita para sancionar ou genérica para dispor sobre a relação jurídica. No domínio da supremacia especial, todavia, além das hipóteses de atribuição explícita e genérica, é possível que exista uma atribuição implícita para extinguir relações jurídicas, quando Constituição e a lei não disponham em sentido contrário, pois nesse campo a Administração Pública age numa esfera que lhe é reservada.

À vista da especificidade do fundamento da cassação, que atenua o regime jurídico sancionador em certos momentos, há de se reconhecer certa singularidade desse objeto em relação às demais sanções administrativas, especialmente no que concerne ao comportamento dos princípios da legalidade e da tipicidade, que, embora presentes, apresentam *nuances* nos casos em que o ordenamento confere potestades genéricas ou implícitas para que Administração coloque fim a relações jurídicas favoráveis aos administrados, hipóteses em que a norma sancionadora pode não estar expressa em ato de hierarquia legal.

Não vislumbramos, porém, alterações sensíveis em relação aos demais princípios primordiais do Direito Administrativo sancionador (finalidade, voluntariedade, devido processo legal, segurança jurídica e controle judicial), o que nos leva a concluir que é possível o tratamento unificado do objeto em apreciação. Tal proceder é útil, na medida em que permite irradiar a compostura constitucional desses importantes princípios, ora consagrados na doutrina e na jurisprudência nacional, para todas as espécies de atos de retirada sancionadores, ainda que devam ser apuradas ulteriores especificidades em cada distinto domínio da ação estatal.

Como a cassação é um ato administrativo e, portanto, imposta no exercício de função administrativa, é preciso atentar aos *limites* que autorizam e justificam sua edição, pois a Administração deve buscar rigorosamente a realização do interesse público (primário), conforme estampado no ordenamento jurídico, de modo que deve manejar esse importante instrumento de acordo com seus estritos fins.

No plano subjetivo, o ato de cassação pressupõe uma declaração jurídica formulada por uma autoridade competente, que não possui faculdade para expressá-la, mas sim o dever de fazê-lo, com o intuito de preservar o interesse público colimado pela norma sancionadora e restaurar a legalidade violada pela conduta do particular, quando presentes e comprovados os demais requisitos legais.

O motivo que autoriza a edição de um ato de cassação é a ocorrência de um ilícito administrativo, isto é, uma conduta voluntária, imputável ao administrado, e contrária à prescrita pelo ordenamento. Do ponto de vista analítico, o comportamento que é idôneo para autorizar um ato de cassação deve ser qualificável como típico, ilícito e culpável.

Não é suficiente, todavia, a menção a uma conduta que apenas formalmente se amolde à previsão hipotética, pois é preciso que o comportamento do administrado ofenda, de modo relevante, o bem jurídico tutelado pela Administração, pois a finalidade tipológica da cassação é prevenir situações que sejam idôneas a ocasionar prejuízos à coletividade e não simplesmente restringir a esfera do administrado para impor-lhe um mal. O ilícito que autoriza a edição de um ato de cassação, pois, deve ser suficiente para ocasionar lesão a um interesse público, que esteja sob a proteção do poder público, incumbindo a este, quando possível, conceder ao particular prazo razoável para regularização de sua conduta, medida que melhor se coaduna com o escopo de pacificação social, inerente à toda ação estatal.

Além disso, o ato de cassação, para ser legítimo, deve se impor como consequência necessária, adequada e proporcional à vista do fato ocorrido, levadas em consideração as específicas circunstâncias de sua ocorrência e a finalidade da norma, razão pela qual é defeso sua edição quando existirem instrumentos menos gravosos, suficientes para restaurar a ordem jurídica, pois a compostura constitucional do nosso Estado de Direito não se coaduna com restrições desarrazoadas e desproporcionais da esfera jurídica dos administrados. O ato de cassação pressupõe, portanto, a presença de justo motivo, isto é, um ilícito grave a ponto de justificar o sacrifício do direito do particular.

Na esfera processual, a edição de um ato de cassação não prescinde, *em hipótese alguma*, de prévio processo administrativo, no qual devem ser assegurados, em especial, o direito ao exercício do contraditório e à ampla defesa, o que pressupõe, real cientificação do acusado, mediante comunicação precisa da conduta que lhe é imputada, a fim de que possa exercitar integralmente o seu direito de reagir, com todos os meios e recursos inerentes à plenitude da defesa, especialmente por meio de manifestações nos autos, de requisição e de participação na produção das provas e, ainda, da provocação da instância

superior, por intermédio da via recursal ou do direito de petição, caso não se conforme ao final com a imposição da sanção extintiva.

No âmbito formalístico, o ato de cassação deve ser escrito, expresso e devidamente motivado, contendo todas as razões de fato e de direito que ensejaram sua imposição, as quais devem ser expostas de forma clara, suficiente, congruente e respeitando os precisos limites da imputação.

No domínio das consequências jurídicas, no ordenamento jurídico nacional, a eficácia do ato de cassação só pode ser futura (*ex nunc*), respeitados os efeitos exauridos e os direitos incorporados ao patrimônio do particular, e terá como efeito principal o de ocasionar o rompimento do vínculo entre o particular e a Administração, a impedir, por consequência, o administrado de exercitar os benefícios que dele decorriam, bem como o de devolver ao Estado a disponibilidade sobre o bem, interesse ou serviço objeto da situação jurídica extinta.

Ao Poder Judiciário, de modo inafastável, incumbe a tarefa de apreciar a legitimidade dos atos de cassação, sempre que provocado, de forma a velar pela observância de todos esses limites jurídicos, e invalidar a restrição quando eivada de mácula, seja qual for a gravidade da imputação. Em juízo, cabe à Administração Pública demonstrar a presença dos requisitos legais para o manejo da competência que lhe foi outorgada pelo legislador, o que pressupõe que apresente provas suficientes da ocorrência do ilícito, sem que seja possível sanar eventual vício nessa seara.

## BIBLIOGRAFIA

- ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*, v. 1, Milano: A. Giuffrè, 1966.
- \_\_\_\_\_. *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 3ª ed., Milano: A. Giuffrè, 1960.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Teoria do ato administrativo*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Concessão de serviço público*, 2ª ed., rev., at. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2002.
- ANDRADE, José Robin. *A revogação dos actos administrativos*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 10ª ed. ampl. e at., São Paulo: Malheiros, 2009.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed., 5ª tir., São Paulo: Saraiva, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*, São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed., rev. e at., São Paulo: Malheiros, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed., 6ª tir., São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Ato administrativo e direitos dos administrados*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*, São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, v.1, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do Direito Tributário*, 4ª ed., São Paulo: Noeses, 2007.
- BÉNOIT, Francis Paul. *Le Droit Administratif Français*, L-II, Paris: Daloz, 1968.
- BOBBIO, Noberto. *Teoria da norma jurídica* (tradução: Fernando Pavan Baptista e outro), 3ª ed. rev., Bauru: Edipro, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico* (tradução: Maria Celeste C. L. Santos), 6ª ed., Brasília: UnB, 1995.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, v. I e II, 10ª ed., 9ª reimp., rev. e atual. p. Diogo Freitas do Amaral, Coimbra: Almedina, 2008.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 4ª ed., reimp., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 13ª ed., rev., ampl. e at., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- \_\_\_\_\_. *Processo administrativo federal: comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999*, 3ª ed., rev., ampl. e at., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Instituições de Direito Administrativo Brasileiro*, v. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.
- CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*, 7ª ed., rev. e reel. p. Paulo Alberto Pasqualini, São Paulo: Malheiros, 2007.
- COMADIRA, Júlio Rodolfo. *El acto administrativo: en la ley nacional de procedimientos administrativos*, 1ª ed., 4ª reimp., Buenos Aires: La Ley, 2007.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*, v. II, 2ª ed., at., ampl. e rev., Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 21ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.
- DIEZ, Manuel Maria. *Derecho Administrativo II*, Buenos Aires: Omeba, 1963.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*, 3ª ed., rev., at. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Compêndio de introdução à Ciência do Direito*, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 25ª ed., rev., at. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2008.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de Derecho Administrativo*, v. 1, Buenos Aires: Depalma, 1990.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 1ª ed.: 5ª reimp., São Paulo: Atlas, 1993.
- FERRAZ, Sérgio. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231:1, p. 47-66, jan./mar. 2003.
- \_\_\_\_\_ e DALLARI, Adilson de Abreu. *Processo administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2001.
- FERREIRA DA ROCHA, Silvio Luis. A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 25., p. 43-55, 1999.
- FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*, Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 9ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Disciplina urbanística da propriedade*, 2ª ed., rev. e at., São Paulo: Malheiros, 2005.

- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo* (traducción: Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega Junge), Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FOS, José Antonio García-Trevijano. *Los actos administrativos*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1986.
- FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*, 14ª ed., México: Porrúa, 1971.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, v. I e II, 12ª ed. e 9ª ed., reimp., Madrid: Civitas, 2004.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, v. 1, 5ª ed., Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1970.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.
- GIGENA, Júlio Isidro Altamira. *Acto administrativo*, 1ª ed., Córdoba: Advocatus, 2008.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I e III, 7ª e 6ª ed., Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*, 5ª ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed., rev. e at., São Paulo: Saraiva, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 12ª ed., São Paulo: Dialética, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito* (tradução de João Baptista Machado), 5ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do Direito e do Estado* (tradução de Luis Carlos Borges), 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LAUBADÈRE, André de. *Traité de Droit Administratif*, 6ª ed., Paris: R. Pichon, 1973.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, T-I e II, 2ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1982.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*, 3ª ed. rev. e at., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. *O Direito Administrativo em evolução*, 2ª ed. rev., at. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- \_\_\_\_\_. *A processualidade no Direito Administrativo*, 2ª ed., rev., at. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- \_\_\_\_\_. Ato de governo, *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 1-14, jan. 1994.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª ed. (atual. p. Eurico Andrade de Azevedo e outros), São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. Formação, efeitos e extinção dos atos administrativos negociais, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 74, n. 592, p. 12-14, fev. 1985.

- MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*: São Paulo: Malheiros, 2007.
- MERKEL, Adolfo. *Teoría general del Derecho Administrativo*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.
- MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado, T - I*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis* (tradução: Fernando Henrique Cardoso e outro), 2ª ed., Brasília: UnB, 1995.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, 15ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de Direito Penal, *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 175, mar-abril 2000, p. 53-77.
- NOVELLI, Flávio Bauer, A eficácia do ato administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 60, p. 16-26, abr-jun/1960.
- OLGUÍN JUÁREZ, Hugo. *Extinción de los actos administrativos: revocación, invalición y decaimiento*, Jurídica del Chile, 1961.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2006.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*, 5ª ed. rev., at. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Infrações e sanções administrativas*, 2ª ed., rev., at. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo sancionador*, 3ª ed., rev., at. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Regime jurídico das licenças*, São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- PRADO, Luiz Regis. *Elementos de Direito Penal*, v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, v. 06, Rio de Janeiro, out-1946, p. 41-78.
- RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*, 4ª ed., rev. e at. p. Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*, 5ª ed., rev. e aum., São Paulo: Saraiva, 1994.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor*, Salvador: Podivm, 2009.
- ROMANO, Santi. *Principii di Diritto Costituzionale generale*, Milão: A. Giuffrè, 1946.
- \_\_\_\_\_. I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni, in *Scritti minori: raccolti e pubblicati a cura di Guido Zanobini*, v. II, Milano: A. Giuffrè, 1990.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo I e II*, 5ª e 4ª ed., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1987.

- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª ed. at., Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos*, Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, v. 1 a 4, 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*, 33ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2010.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Almedina, 1998.
- STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*, Athenes-Paris: Lib. Recueil Sirey, 1954.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, 4ª ed., 7ª tir., São Paulo: Malheiros, 2006.
- TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*, v. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do ato administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2002.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*, 16ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2000.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*, 5ª ed., 6ª tir., São Paulo: Saraiva, 1999.
- VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2010.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do Direito positivo*, São Paulo: Max Limonad, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Causalidade e relação no Direito*, 4ª ed. rev., at. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- VIRGA, Pietro. *Il provvedimento amministrativo*, 4ª ed., Milano: A. Giuffrè, 1972.
- VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*, 4ª ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.