

Do Direito de Recurso contra os Atos da Administração

TOMÁS DE VILANOVA MONTEIRO LOPES

O DIREITO de recorrer dos atos da administração é uma das instituições que melhor permitem aferir o grau de evolução dos serviços públicos.

De fato, uma vez que a base dêsse direito é, na generalidade dos casos, a hierarquia, que pressupõe a divisão da competência e o escalonamento da autoridade em diferentes níveis, um certo grau de organização administrativa é requisito fundamental para a existência do aludido direito, com as características que ele apresenta nos tempos modernos.

Como diz BIELSA (*El Recurso Jerárquico* — 2.^a ed., Rosário, 1939), deve considerar-se como axioma que somente uma administração pública de muita substância hierárquica, em sentido formal e substancial, pode assegurar, mediante unidade de ação e de decisão o “controller” da moralidade administrativa e a certeza da competência, por isso que a unidade que é da essência da autoridade executiva torna possível a responsabilidade.

Mas não é apenas do ponto de vista da organização *strictu sensu* que o direito de recorrer dos atos da administração revela o grau de evolução do serviço público; do ponto de vista jurídico ele expressa, muito eloqüentemente, a superação de certas formas, através das quais o absolutismo do poder se foi abrandando até o regime atual do “Estado de Direito”.

As reclamações contra os atos da administração foram, a princípio, consideradas como manifestações de indisciplina, desrespeito à autoridade constituída; depois, cercadas de cautelosas formalidades, passaram a ser a forma usual de pleitear a reforma das decisões, como ato de benevolência do poder; só muito mais tarde foram colocadas sob a égide da lei como um direito assegurado ao cidadão, e um instrumento de controle da legalidade dos atos da administração.

Esta última concepção também exprime, do ponto de vista mais amplo da cultura, um elevado estágio da evolução político-social, aspecto que ADOLFO POSADA não deixou passar despercebido.

Com efeito, o fenômeno da autolimitação do Estado, do qual o direito de recurso contra os atos

da administração é uma das manifestações mais típicas, envolve “o racional pressuposto de que o Estado é capaz de ordenar sua vida, de autolimitar-se, de auto-obrigar-se por ser ele uma personalidade jurídica suscetível de criar seu mundo jurídico”.

Dentro de semelhante concepção, a atividade administrativa é uma função jurídica, adstrita às noções de competência e fim, daí ser a jurisdição um característico fundamental do ato administrativo.

FLORINI (“Teoria de la Justicia Administrativa”, ed. Alfa, Buenos Aires, 1944) numa fórmula feliz e concisa diz que “ao contrário da atividade particular que pode fazer tudo que a lei não proíbe, a administração pública não pode fazer senão o que a lei lhe autoriza”.

*
* *

Há quem sustente que o direito de recorrer dos atos da administração tem seu campo limitado pelos atos administrativos. Mas que se deve entender por ato administrativo?

Sem que nos mova o intuito de apresentar uma definição, diremos que ato administrativo é o ato jurídico que a administração pratica, tendo em vista o exercício de poderes compreendidos na esfera de competência.

Assim entendido, o ato administrativo pode criar, extinguir ou transformar direitos, mas para sua legitimidade exige-se que ele se revista dos requisitos que a lei prescreve para os atos jurídicos em geral.

Sucede, entretanto, que nem todos os atos que a administração pratica satisfazem essa exigência; em muitos casos não chegam sequer a envolver uma declaração de vontade, ou, quando o fazem não dão lugar, por si sós, a um efeito jurídico.

Seriam os atos em tais condições atos administrativos?

A pergunta desperta uma antiga controvérsia, que se teria resolvido sem maior esforço, aceita que fôsse a tese de Jellinek, para quem o ato

administrativo está presente, onde e quando se manifestar a atividade da administração.

Sob esse ponto de vista, pouco importa que se trate de uma concessão de serviço público ou da realização de simples conserto duma rua, pois que nos dois casos se configura a atividade da administração e, portanto, o ato administrativo.

OTTO MAYER, VELASCO e RANELETTI sustentam ponto de vista contrário, por lhes parecer que os atos que não produzem efeitos de direito não se caracterizam como administrativos.

Assim também pensa Roger Bonnard que não considera a função administrativa exclusivamente jurídica e entende que ela pode concretizar-se através de *atos jurídicos* e *atos materiais*.

Essa distinção, a que não faltam sólidos fundamentos de ordem técnica e doutrinária, na prática reveste feição menos complexa, uma vez que os atos materiais não escapam à órbita legal e as situações que deles se podem originar não ficam ao desamparo do direito.

DUGUIT ("Las Transformaciones del Derecho Público", trad. de Posada y Jaen, Madrid, 1926) assim abordou esse ângulo da questão:

"A expressão ato administrativo, em sentido amplo, compreende uma série de operações que têm incontestavelmente caráter administrativo, porém que não têm caráter jurídico, e por esta razão se chamam operações materiais administrativas. Trata-se dos inúmeros atos que os agentes do Estado executam com o fito de assegurar a gestão dos negócios públicos

O número e a complexidade de tais operações aumenta, naturalmente, de dia para dia, à medida que os serviços se tornam mais numerosos e complexos. Não têm essas operações caráter jurídico no sentido de que não se realizam para criar por si mesmas uma situação de direito. Mas como são determinadas por um fim de serviço público, caem sob a ação do direito. Frequentemente são a preparação de um ato administrativo jurídico; constituem as condições de forma exigidas para a validade do aludido ato, do qual por isso mesmo fazem parte. Muito a miúdo também as operações em apêço assumem o aspecto de execução de um ato administrativo jurídico e com este se ligam diretamente. Por fim, essas operações materiais administrativas podem não se referir a nenhum ato administrativo jurídico como preparação ou execução. Ainda assim não são indiferentes ao Direito, porque podem ser a causa de responsabilidade da administração ou dos funcionários frente aos particulares".

MARCELO CAETANO ("Manual de Direito Administrativo" — Lisboa 1937) considera essa classificação insuficiente, por julgar inadmissível a equiparação aos *atos materiais* de certas operações da administração que produzem efeitos jurídicos, sem que consistam em declarações de vontade, mas em declarações de julgamento, de apreciação, de opinião, de conformidade, de regularidade, enfim, em manifestações de inteligência. Por isso admite uma terceira categoria de atos: a dos *atos intelectuais*, nela colocando:

- o *julgamento* de provas em exames e concursos;
- os *relatórios* de visitas, inspeções e sindicâncias administrativas;
- os *pareceres* técnicos e jurídicos;

- as *propostas*, quando não sejam vinculantes;
- os *atestados* de que se verifica determinado fato ou circunstância;
- os *certificados* extraídos dos registros públicos;
- o *registro* de atos, invenções, atividades, para efeitos de garantia jurídica ou de vigilância policial;
- a *inscrição* em listas oficiais, após a verificação de que o inscrito possui os requisitos exigidos na lei (recenseamento eleitoral, contribuições).
- os *autos* de *notícia* das transgressões, ou contravenções, ou outros a que a lei atribua fé (verificação do abandono de lugar, por exemplo);
- a *notificação* ou *intimação* de um ato ao respectivo interessado.

Certamente, dizer como Duguit que um ato não é indiferente ao direito, não equivale a dar-lhe a categoria de ato jurídico. Portanto, mesmo com as simplificações que lhe possam imprimir as situações de fato, o problema subsiste.

Como porém os direitos a serem protegidos não poderiam ficar à mercê de divergências doutrinárias, vai-se tornando cada vez mais acentuada a tendência de se substituir, nos textos de lei a expressão "ato administrativo" por esta outra mais compreensiva e menos controvertida: — "atos de autoridade".

ALCINO SALAZAR ("Conceito de Ato Administrativo" — Rio, 1945), depois de salientar que "em nossa legislação só eventualmente se encontra o termo ato administrativo", cita vários casos em que os nossos legisladores preferiram usar da expressão *ato de autoridade*: Lei n.º 221, de 20-10-1894, completada pelo Decreto n.º 1.939, de 28-8-1908; Decreto legislativo n.º 1.151, de ... 5-1-1904; Constituição Federal de 1934, na parte em que institui o mandado de segurança; lei n.º 191, de 16-1-1936.

Como se observa, pois, entre nós, diversas vezes tem encontrado guarida na lei o princípio de que qualquer ato emanado da administração, seja ele jurídico ou simplesmente material, pode ser objeto de recurso, por parte de quem se julgar prejudicado.

*
* *

A distinção entre atos administrativos jurídicos e atos materiais vem juntar-se uma outra de inquestionável importância, que deriva do caráter discricionário ou não discricionário com que se apresenta a atividade administrativa.

Vêzes há em que a lei confere à administração a faculdade de decidir da oportunidade da determinada providência, em face do interesse público. Nesse caso fica a critério da administração resolver se a providência deve ser tomada e escolher o momento que lhe parecer mais adequado para isso.

Quando no exercício de semelhante faculdade a administração age "discricionariamente".

Outras vezes, porém, a atividade administrativa não tem característica de livre decisão, por isso que deve ser exercida conforme as prescrições da lei, que obrigam a prática ou a abstenção de determinado ato e fixam as condições a serem observadas.

No primeiro caso, a administração *pode* fazer ou deixar de fazer; no segundo, ela *deve* fazer ou deixar de fazer. Eis por que RAFFAELE RESTA ("La Revoca Degli Atti Amministrativi" — Milão, 1935) afirma que "na antítese entre dever e poder considerados como atributos da vontade da administração consiste a diferença entre atividade vinculada e atividade discricionária".

Não é pouco freqüente a forma de atividade mista, na qual aparecem reunidos os caracterís-

ticos de vinculação legal, quanto ao conteúdo dos atos, e de livre decisão, quanto a outros aspectos: v.g. tempo, forma etc.

Em tese, a atividade vinculada porque constitui o simples cumprimento, pela administração, de um preceito legal, e portanto obrigatório, exclui a revogação dos atos que lhe são pertinentes. E' que nesse caso a lesão porventura infligida ao interesse particular não se pode atribuir à atividade da administração, mas à lei que lhe ditou o comportamento, impondo-lhe a obrigação de agir dentro de determinadas condições.

Por isso mesmo há quem sustente que os "atos vinculados" não constituem a rigor atos da administração mas simples imposições da lei, que se concretizam através da atividade administrativa, por ser este o meio de atingirem os seus objetivos sociais.

(continua)