

DIREITO e JURISPRUDÊNCIA

Do Direito de Recurso Contra os Atos da Administração

TOMÁS DE VILANOVA MONTEIRO LOPES

II

E CLARO que semelhante raciocínio pressupõe, no caso particular dos atos vinculados, a estrita observância da lei pelos poderes administrativos. Se êstes, por ação ou omissão, enveredam por outro caminho que não o traçado na lei torna-se viável a revogação, através do mecanismo do controle jurisdicional pleno, isto é, não limitado pelas considerações relativas a questão de mérito, ao contrário do que sempre sucede quando se configura a hipótese da discricionariedade.

O problema prende-se a velha distinção entre normas jurídicas rígidas (*standards*, como se prefere dizer modernamente) e normas jurídicas elásticas. Face as primeiras, a atuação do administrador restringe-se à aplicação material da lei (atuação vinculada), não lhe cabendo promover o aperfeiçoamento da norma, sua suplementação ou seu ajustamento às circunstâncias do caso concreto e às condições do interesse social num dado momento.

A plenitude do controle jurisdicional da atividade vinculada explica-se, precisamente, porque, em tese, essa atividade se reduz à aplicação da lei, é por sua própria natureza limitada, não dando margem à apreciação quanto a oportunidade ou conveniência da solução legal. À administração compete, apenas, aplicar a lei, sem entrar em indagações dessa ordem.

* * *

O direito de recurso contra os atos administrativos implica o conhecimento das condições que êstes devem preencher, já que é a inobservância das mesmas que imprime aos aludidos atos o labéu da ilegitimidade.

Dissemos antes que a atividade administrativa é uma função jurídica, adstrita às noções de competência e fim. Vejamos agora como êsse conceito se desdobra, no exame dos elementos essenciais do ato administrativo.

O ato jurídico, para ser válido, exige agente capaz. A incapacidade do agente assume, no terreno da administração pública, a forma da incompetência, e esta, no dizer de Heilbronner ("Le recours pour excès de pouvoir" — Bourdeaux 1927), constitui "*sans contestation possible, un des vices les plus graves qui puissent entacher un acte administratif*".

Agente capaz é a autoridade que recebe da lei ou dos regulamentos administrativos a competência para a prática do ato. Essa competência pode ser específica ou genérica. No primeiro caso diz respeito a atos individualizados, especificados na lei; no segundo se estabelece em função de categorias de atos não discriminados, mas suscetíveis de enquadramento na norma legal, desde que atendam aos requisitos por esta fixados.

Visando contornar a impossibilidade prática de uma completa e perfeita discriminação dos atos compreendidos na esfera da competência das autoridades administrativas e com o objetivo de evitar os transtornos que as omissões inevitáveis poderiam acarretar, é comum associar-se na lei a competência específica e a genérica, esta última quase sempre sob a forma de dispositivos que conferem poderes para solução dos casos omissos.

De qualquer modo, porém, a competência de quem o pratica é elemento *sine qua non* da legitimidade do ato administrativo. Se essa competência é específica a apreciação do ato torna-se mais simples, já que seus contornos legais estão claramente determinados na lei e não exigem, via de regra, maior esforço de quem pretenda conhecê-los. Se, ao contrário, ela é genérica o problema adquire maior complexidade e um trabalho prévio de interpretação da norma legal se impõe, a fim de que o exercício da competência não se afaste de seus legítimos limites. Aqui já não se trata apenas de saber se determinado ato está entre os que a lei enumera ao traçar a esfera de competência da autoridade, mas de analisá-lo em face de determinados critérios, de pesquisar-lhe o conteúdo e os aspectos formais, para afinal concluir

quanto ao seu enquadramento na categoria prevista pela lei.

Daí se pode concluir que a competência genérica é mais propícia ao abuso de poder que a competência específica, pois além das hipóteses de prejuízo do direito dos particulares por ação ou omissão, envolve, ainda, a possibilidade da usurpação da competência, com seus naturais reflexos na ordem da administração e na segurança das relações jurídicas entre os particulares e o Estado, em virtude de interpretação errônea das normas fixadas na lei para o enquadramento do ato administrativo.

Há a considerar, ademais, no estudo da competência como requisito fundamental para a legitimidade dos atos da administração, o caráter privativo com que ela é geralmente estabelecida. A necessidade de evitar o tumulto e a incerteza que adviriam da indecisão quanto à pessoa competente para a prática dos diferentes atos, gerou o sistema da competência privativa, ao qual o princípio da divisão do trabalho e a hierarquização da autoridade conferiram maior prestígio.

A atribuição de competência a determinada autoridade para a prática de determinados atos é, no fundo, uma questão de organização do exercício do poder e traduz a preferência por uma ordem também determinada e que não pode ser modificada através de simples atos administrativos. Se assim não acontecesse e se, por exemplo, fôsse dado ao detentor eventual de um cargo ou função pública alterar-lhe o regime da competência, a ordem instituída pelo Estado, no exercício de sua soberania e no interesse da estabilidade das relações jurídicas, seria facilmente destruída. Sarria ("Teoria del Recurso Contencioso-Administrativo" — 3.^a ed. — Córdoba — 1943") diz muito bem que os poderes integrativos da competência não são direitos pròpriamente e sim deveres para com a ordem jurídica, fora de cuja órbita nada é lícito.

Daí resulta que as leis determinativas da competência são de direito estrito, como as leis penais. Heilbronner (loc. cit.) acentua que, por essa razão, não pode um funcionário exercer as atribuições de outro, ainda que este lhe seja inferior em hierarquia, uma vez que, no caso, é totalmente inaplicável o adágio de que "quem pode o mais pode o menos".

Esse é o pensamento dominante na doutrina e na jurisprudência administrativas, cuja orientação geral, em matéria de competência *ratione personae*, pode ser assim resumida:

1.º é viciado por incompetência o ato praticado por autoridade inferior, desde que importe no exercício de poderes reservados a autoridade superior, excetuados os casos de delegação que a lei expressamente permitir;

2.º não satisfaz o requisito essencial da competência o ato praticado por autoridade superior, desde que importe

no exercício de poderes reservados a autoridade inferior, salvos os casos de conhecimento da matéria em grau de recurso.

* * *

A lei, como disposição geral e abstrata, para alcançar seus objetivos sociais, tem de ser individualizada. E quando o agente administrativo atua na sua função específica de aplicar a lei, não faz senão confrontar o fato *in abstracto* (previsão legal) com o fato *in concreto* (situação real) e, por êsse meio, individualizar e concretizar a disposição geral e abstrata que a lei encerra.

A decisão administrativa, no dizer de Kelsen ("Teoria Geral do Estado" — trad. de Fernando de Miranda — São Paulo, 1938) é análoga à sentença judicial e como esta "concretiza o fato-condição previsto na regra administrativa geral".

Ora, se considerarmos que a sentença e, análogamente, a decisão administrativa não possui caráter meramente declaratório, por isso que podemos considerá-la como sendo uma "norma jurídica individual" e, portanto, um processo de criação do direito, melhor se compreenderá a idéia de que o ato administrativo será imperfeito se lhe faltar um fim conforme ao interesse do serviço público.

Dessa premissa emerge um critério para distinguir as hipóteses de usurpação e de desvio do poder, já que uma e outro se prendem, de modo direto, à noção da finalidade do ato administrativo. Haverá usurpação de poder sempre que a vontade do agente refletir um fim estranho ao serviço público; haverá desvio do poder sempre que essa vontade refletir um fim que, embora pertinente ao serviço público, esteja fora da esfera da competência do agente.

O que se deve perquirir nesse particular é o resultado final do ato, a consequência última com vistas à qual foi êle praticado; o interesse público, para cujo serviço a administração existe e para cuja proteção a lei provê os meios adequados.

"Em verdade", diz Menegale Guimarães ("Contribuição à Teoria do Processo Administrativo" — in Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, n.º 19),

"a idéia do interesse público aviva-se na consciência do administrador na fase executiva de sua atividade. Já a decisão que se vai executar traz o sêlo de tal interesse; mas, então, é que se porá à prova a atenção que o administrador lhe terá dispensado. Na execução da decisão administrativa, teremos oportunidade de verificar se, ao escolher tais e tais meios tendentes a realizar fins do Estado, o administrador atentou, como deverá, no interesse de seus jurisdicionados. Poderá dar-se que, de fato, o administrador foi zeloso e prudente enquanto decidiu e, no entanto, ao executar a decisão, fere o interesse público. Decidindo ou executando, tem o interesse geral de lhe estar

sob os olhos. Como, porém, nessa ou em qualquer esfera, interesse tal é suscetível de lesão, e já que a todo interesse, que seja legítimo, deve corresponder adequada proteção, outra idéia se associa, aqui, à idéia do interesse público: é a idéia de proteção ao interesse dos administrados.

Uno substancialmente, o interesse público abrange, em sua conceituação formal, o interesse social, o interesse político e o interesse jurídico. E' na proteção deste que o processo jurídico da administração se desenvolve."

* * *

Não basta, porém, que o ato administrativo seja praticado por agente capaz e tenha um fim legítimo; necessário se faz, ainda, que êle obedeça, quanto à forma, a determinadas condições.

Vêzes há em que a lei especifica o ato (decreto, portaria, etc.) apropriado a uma dada situação; neste caso não pode o administrador adotar ato diverso, ainda que tendente ao mesmo efeito. Assim, por exemplo, será nula por defeito insanável de forma a demissão do funcionário público mediante simples despacho administrativo, uma vez que para êsse tipo de penalidade a lei exija decreto do Chefe do Poder Executivo.

Há a considerar, também, as formalidades essenciais que a lei, por vêzes, impõe para garantia da autenticidade dos atos administrativos ou de sua perfeita formalização (lavratura de têrmos, juramentos, compromisso, publicidade, etc.), formalidades essas sem cuja observância os aludidos atos não serão perfeitos.

Certos atos devem ser antecedidos de outros, numa seqüência necessária e, portanto, inalterável pelo administrador. A aplicação de multas fiscais, por exemplo, pressupõe a verificação de infração, a notificação da parte para ciência e apresentação da defesa. Se não se verificasse, previamente, a infração o ato da autoridade administrativa seria arbitrário, por isso que não haveria fundamento para aplicação da penalidade, ou, se nos quisermos reportar a considerações há pouco expendidas, porque o fato previsto *in abstracto* na lei não se teria apresentado *in concreto*. Se, por outro lado, não se notificasse a parte, para ciência do fato e apresentação de defesa, o procedimento administrativo ainda seria arbitrário por atentar contra o princípio de que ninguém será condenado sem que se lhe dê a conhecer o motivo da acusação e se lhe assegure amplo direito de defesa.

O exemplo acima citado deixa entrever a natureza e importância dos motivos que podem conduzir à nulidade ou anulação do ato administrativo, por defeito de forma.

Certamente nem sempre as leis de caráter administrativo traçam as normas processuais a serem obedecidas pelo administrador, mas nem por isso fica êste desobrigado de pautar sua atuação por determinados princípios.

Ê que no silêncio da lei especial cabe a aplicação subsidiária das leis referentes aos casos análogos e até mesmo a das regras consuetudinárias.

* * *

O exercício do direito de recurso contra os atos da administração está sujeito a certas limitações, porque se assim não fôsse daria lugar a situações contrárias aos interesses da ordem jurídica.

A primeira condição que se exige para que possa alguém usar do referido recurso é a capacidade jurídica, ou seja, a aptidão para exercer direitos e contrair obrigações.

A lei civil distingue os casos de incapacidade absoluta e de incapacidade relativa, ao dizer que:

a) são absolutamente incapazes: os menores de 16 anos, os loucos de todo gênero; os surdos-mudos que não puderem exprimir sua vontade; os ausentes declarados tais por ato do juízo; (Cod. Civ. art. 5.º);

b) são incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer. os maiores de 16 e menores de 21 anos; as mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal; os pródigos; os silvícolas.

Observe-se, porém, que a incapacidade jurídica não implica a privação dos direitos, mas tão só a impossibilidade de exercê-los pessoalmente. Por isso mesmo é ainda a própria lei que, através dos institutos do pátrio poder, da tutela, da curatela e da autorização marital ou judicial, supre a incapacidade e assegura aos indivíduos por esta atingidos o exercício dos direitos que lhes são próprios.

Ao lado do pátrio poder, da tutela e da curatela que constituem casos típicos de representação legal obrigatória admite-se a representação voluntária através do mandato, o qual se opera "quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses". (Cod. Civ. art. 1288). A representação voluntária só é permitida às pessoas maiores ou emancipadas, no gozo dos direitos civis e, portanto, aptas a constituírem procuradores.

Os recursos contra os atos da administração podem, pois, ser interpostos pelo próprio indivíduo, por seus representantes legais obrigatórios, ou por procuradores investidos de poderes especiais, obedecendo-se em qualquer dos casos ao que preceitua a lei civil.

(continua)