

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FCH
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Joabe Silva Rosa

ESTABILIZAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO E A
VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO À JURIDICIDADE

Belo Horizonte

2017

Joabe Silva Rosa

**ESTABILIZAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO E A
VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO À JURIDICIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade FUMEC - Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, para o curso de Mestrado em Direito, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia

Orientadora: Professora Doutora Helena Colodetti Gonçalves Silveira

Co-orientador: Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona de Freitas

Belo Horizonte

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R788e Rosa, Joabe Silva, 1982-
Estabilização do ato administrativo inválido e a
vinculação do poder público à juridicidade / Joabe Silva
Rosa. – Belo Horizonte, 2017.
118 f. ; 29,7 cm

Orientadora: Helena Colodetti Gonçalves Silveira
Co-orientador: Sérgio Henriques Zandona Freitas
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
Saúde, Belo Horizonte, 2017.

1. Atos administrativos - Brasil. 2. Segurança jurídica
- Brasil. 3. Direito administrativo - Brasil. I. Título. II.
Silveira, Helena Colodetti Gonçalves. III. Freitas, Sérgio
Henriques Zandona. IV. Universidade FUMEC,
Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde.

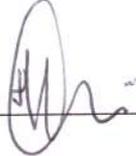
CDU: 35.077.2



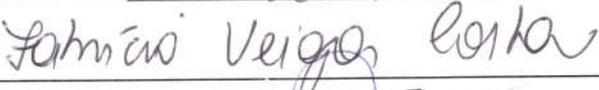
NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof^ª. Dra. Helena Colodetti Gonçalves Silveira _____ 

Prof^ª. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias _____ 

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa _____ 

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandoná Freitas _____ 

MESTRANDO: JOABE SILVA ROSA

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

"MANUTENÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS INVÁLIDOS: Vinculação do Poder Público à Juridicidade"

NOTA: (95) _____ 

ASSINATURA ORIENTADOR: _____ 

DATA DA DEFESA: 16/02/2017

Para David, Nilma, Daniele e para o pequeno Miguel,
razão de tudo.

AGRADECIMENTO

Por vezes não me sinto à altura de desenvolver certas tarefas. Confesso que na maior parte das vezes gosto de ler, ouvir, pensar, observar e guardar o que compreendo escondido comigo. Então, para mim nunca foi fácil alinhar meus argumentos e expô-los diante de professores e colegas.

Mas por alguma razão me encontrei diante desta tarefa: redigir uma dissertação de mestrado. E confesso que não foi nada fácil ultrapassar as primeiras cinco linhas. Também não foi fácil consultar várias obras bibliográficas a fim de encontrar um ponto de reflexão com base em que eu pudesse ousar manifestar um ponto de vista acadêmico-científico.

E é então, diante dessas minhas limitações, que vejo a imensa necessidade de demonstrar minha gratidão a algumas pessoas, no universo de muitas, que por pontuais posturas e manifestações tornaram esta tarefa possível.

Assim, com toda sinceridade e com imensa alegria, agradeço:

A Deus, por me conceder um mínimo de equilíbrio.

Ao meu pai, meu maior exemplo de humanidade e simplicidade. Homem que merece ser honrado.

À minha mãe, eterna incentivadora.

À minha irmã, por ser minha parceira de todos os momentos e um exemplo a ser seguido.

À minha amiga Fernanda, por facilitar, de várias formas, minha jornada e por me tranquilizar em momentos de incertezas

Ao amigo Tiago, por me acolher em Belo Horizonte como um irmão.

Aos amigos da Câmara de Timóteo: Haroldo, Fátima, Marcela, Cristina, Maria Eni, Lílian, Sandra e Maíza, pelo carinho, apoio, incentivo e compreensão.

À Prof^a. Helena Colodetti, pela terna acolhida, paciência, boa vontade e profissionalismo com que me conduziu na realização deste estudo, sobretudo por me despertar interesses adormecidos em outros ramos do Direito por mim antes negligenciados, e por realmente se preocupar com o bom desfecho deste trabalho.

Ao Prof. Zandona, pelo papel acalentador, pelo incentivo, auxílio e significativa contribuição no desenvolvimento da pesquisa.

À Prof^a. Maria Tereza, por suas valiosas lições, excelentes indicações bibliográficas e por nutrir em nós, seus alunos, um espírito crítico.

Aos professores e demais profissionais da FUMEC, sempre gentis e de prontidão para me ajudar.

À Prof^a. Patrícia Finelli, por sua contribuição imensurável no que toca aos aspectos formais de um trabalho desta natureza. Revisora atenta, dedicada, clara e objetiva. Profissional exemplar!

Serei sempre agradecido a vocês!

“Velar pela Constituição não é somente fazer leis que estabeleçam a repressão daqueles que as infringem; é muitas vezes clamar pela verdadeira interpretação constitucional, estabelecer a boa jurisprudência, firmar precedentes para o futuro.”

Rui Barbosa (1898, p. 110)

RESUMO

O presente trabalho investiga a hipótese de manutenção do ato administrativo inválido na ordem jurídica, para preservação de seus efeitos. A fim de cumprir esse objetivo, realizou-se breve reflexão sobre a teoria geral do ato jurídico, identificando o ato administrativo como sua espécie. Compreendido o alcance da expressão ato administrativo, bem como suas principais peculiaridades, a pesquisa estuda a invalidade do ato administrativo e consequente necessidade de recomposição da ordem de legalidade (autotutela administrativa). A dissertação também cuida de analisar a perspectiva da juridicidade na interpretação dos atos administrativos e a influência da constitucionalização do Direito Administrativo. Mediante pesquisa e análise bibliográfica acerca do tema, demonstra-se que a recomposição da legalidade poderá acontecer, ordinariamente, com a invalidação do ato administrativo ou com sua convalidação. Contudo, extraordinariamente, aceita-se a manutenção do ato administrativo inválido por meio de fundamentação argumentativa, diante do caso concreto, com uso da ponderação de princípios, em que pode ser constatada a prevalência dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da boa-fé em detrimento da legalidade estrita.

Palavras-chave: Ato administrativo. Juridicidade. Legalidade. Segurança jurídica. Autotutela administrativa.

ABSTRACT

This paper investigates the hypothesis of the maintenance of an invalid administrative act in the legal order, for the preservation of its effects. In order to fulfill this objective, a brief reflection is carried out on the general theory of the legal act, identifying the administrative act as its species. Understanding the scope of the expression administrative act, as well as its main peculiarities, the research studies the invalidity of the administrative act and consequent necessity of recomposition of the order of legality (administrative self-supervision). The paper also aims to analyze the perspective of juridicity in the interpretation of administrative acts and the influence of the constitutionalisation of Administrative Law. By research and bibliographical analysis on the subject, it is demonstrated that the recomposition of legality can occur, usually, with the invalidation of the administrative act or with its validation. However, extraordinarily, it is accepted the maintenance of the administrative act invalid by means of an argumentative reasoning, in the concrete case, using principle-weighting, in which it can be verified the prevalence of the constitutional principles of legal certainty and good faith in strict legality.

Keywords: Administrative act. Juridicity. Legality. Legal security. Administrative self-supervision.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIACÕES

| | |
|--------|---|
| ADPF | – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental |
| Art. | – Artigo |
| CC/02 | – Código Civil de 2002 |
| CR/88 | – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 |
| ICMBio | – Autarquia Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade |
| Inc. | – Inciso |
| RE | – Recurso Extraordinário |
| REsp | – Recurso Especial |
| STF | – Supremo Tribunal Federal |
| TCU | –Tribunal de Contas da União |

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 12 |
| 2 ATO ADMINISTRATIVO | 18 |
| 2.1 Atos da Administração e atos administrativos | 18 |
| 2.2 Breve comentário sobre o surgimento da expressão “ato administrativo” | 19 |
| 2.3 Fato jurídico | 24 |
| 2.3.1 Fato administrativo..... | 25 |
| 2.4 Ato jurídico..... | 26 |
| 2.5 Atributos específicos que distinguem o ato administrativo do ato jurídico de direito privado..... | 28 |
| 2.6 Conceito de ato administrativo | 30 |
| 2.7 Perfeição, validade, vigência e eficácia do ato administrativo..... | 35 |
| 2.7.1 Perfeição (existência) | 35 |
| 2.7.2 Validade | 36 |
| 2.7.3 Vigência..... | 37 |
| 2.7.4 Eficácia..... | 38 |
| 2.8 Elementos do ato administrativo | 38 |
| 2.8.1 Conteúdo | 39 |
| 2.8.2 Forma..... | 39 |
| 2.9 Pressupostos do ato administrativo | 40 |
| 2.9.1 Objeto | 40 |
| 2.9.2 Pertinência à função administrativa..... | 42 |
| 2.9.3 Sujeito..... | 42 |
| 2.9.4 Motivo..... | 42 |
| 2.9.5 Requisitos procedimentais | 45 |
| 2.9.6 Finalidade | 46 |
| 2.9.7 Causa..... | 46 |
| 2.9.8 Formalização | 47 |
| 2.10 Aspectos vinculados do ato administrativo..... | 47 |
| 2.10.1 Conceitos jurídicos indeterminados | 48 |
| 2.11 Discricionariedade | 51 |
| 3 RESTAURAÇÃO ORDINÁRIA DA ORDEM DE LEGALIDADE | 55 |
| 3.1 Ato administrativo inválido..... | 55 |

| | |
|--|------------|
| 3.1.1 Autotutela | 56 |
| 3.1.2 As diversas classificações das invalidades dos atos administrativos..... | 57 |
| 3.1.3 Atos administrativos meramente irregulares | 60 |
| 3.1.4 Atos administrativos anuláveis | 61 |
| 3.1.5 Atos administrativos nulos..... | 61 |
| 3.1.6 Atos administrativos inexistentes..... | 63 |
| 3.2 Invalidação | 64 |
| 3.2.1 Prazo razoável..... | 65 |
| 3.3 Conversão | 66 |
| 3.4 Redução ou reforma | 67 |
| 3.5 Convalidação | 68 |
| 3.5.1 Formas de convalidação..... | 69 |
| 3.5.2 Atos convalidáveis e atos inconvalidáveis..... | 70 |
| 4 MANUTENÇÃO DO ATO NULO PARA PRESERVAÇÃO DE SEUS EFEITOS | |
| JURÍDICOS | 75 |
| 4.1 Neoconstitucionalismo e o papel dos princípios | 75 |
| 4.2 Ponderação | 83 |
| 4.3 Vinculação administrativa à juridicidade..... | 87 |
| 4.4 Segurança jurídica..... | 91 |
| 4.5 Manutenção de atos nulos para preservar relações jurídicas com amparo na juridicidade | 100 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 107 |
| REFERÊNCIAS | 110 |

1 INTRODUÇÃO

Observa-se que a Administração Pública, submetida que está ao princípio da legalidade, tem o dever de rever seus atos e, acusando a existência de vícios, tomar providências para saná-los a fim de recompor a ordem de legalidade (autotutela administrativa). Portanto, constatado vício no ato administrativo, a ordem jurídica remete ao administrador o dever de saná-lo, seja pela retirada do ato viciado do mundo jurídico, com sua invalidação e extinção de seus efeitos, seja por meio da convalidação desse ato, quando há substituição do ato viciado por um novo, sem o vício e com efeitos retroativos para justificar as relações jurídicas estabelecidas.

O estudo dos atos inquinados de ilegalidade necessita, então, ser cuidadosamente elaborado, refletindo-se sobre o grau dos vícios apresentados, a fim de caracterizar os atos como meramente irregulares, nulos, anuláveis ou inexistentes (BANDEIRA DE MELLO, 2015) e, em consequência, apontar as hipóteses em que há: possibilidade de convalidação do ato viciado; necessidade de invalidação do ato; impossibilidade de invalidação pelo decurso de prazo suficiente para a existência da prescrição; e, por fim, impossibilidade de invalidação e de convalidação, mas necessidade de manutenção do ato viciado e seus efeitos, em decorrência de análise de juridicidade do ato viciado.

Neste cenário, a convalidação se revela meio mais eficiente para a ordem de legalidade, uma vez que preserva os efeitos jurídicos decorrentes do ato, resguardando os princípios jurídicos da segurança jurídica e da boa-fé (ZANCANER, 2001).

Todavia, haverá situações em que a convalidação do ato administrativo inválido não será viável, por ser impossível a reprodução do ato sem o vício, mas, ao mesmo tempo, a retirada do ato inválido não se mostrará melhor alternativa para a restauração da ordem de legalidade. Em tais hipóteses, o Direito precisará apresentar uma justificativa para a manutenção do ato viciado, já que deseja preservar seus efeitos.

Para tanto, será útil observar o que é retratado na doutrina de Miguel Reale (1980, p. 61), que adverte haver no campo do direito público a preocupação com os efeitos que resultam do decurso do tempo, capaz de, em alguns casos e juntamente com outros fatores, ensejar a subsistência do ato inválido para conservação de seus efeitos, o que se aproxima da análise de juridicidade desenvolvida por Gustavo Binbenbim (2008, p. 190).

Pretende-se identificar e analisar hipóteses em que o vício do ato seja tal que inviabilize sua convalidação, mas, em função das relações jurídicas estabelecidas, seus efeitos mereçam ser preservados, sendo, assim, inapropriada a invalidação do ato.

Nesses casos, excepcionais, a restauração da ordem de legalidade não ocorrerá pela convalidação ou pela invalidação do ato, mas pelo reconhecimento de que o ato nulo deva permanecer existindo e produzindo efeitos, porque extirpá-lo com fundamento na legalidade estrita poderia resultar em insegurança jurídica e violação de direito de terceiros de boa-fé: é a análise do ato em face da juridicidade, nos moldes depreendidos da obra de Binjenbojm (2008).

Portanto, sob o viés da legalidade estrita, o ato maculado com vício insanável será nulo, insusceptível de convalidação. Mas diante da análise de juridicidade é possível compreender um ato ilegal como válido e apto a continuar produzindo seus efeitos.

Diante do cenário apresentado, escolheu-se como tema para esta dissertação o estudo da manutenção do ato administrativo inválido, quando tal medida se justificar para a preservação das relações jurídicas decorrentes de seus efeitos.

O interesse por esse tema surgiu da percepção das transformações teóricas no campo do Direito Administrativo no que se refere a sua constitucionalização, que impactou a abordagem do princípio da supremacia do interesse público. Este passou a não ser mais reconhecido como justificativa para a livre atuação da Administração Pública¹, mas fruto de ponderações que poderão revelar prevalência de interesse geral ou de interesses individuais, falando-se, portanto, numa desconstrução do referido princípio, conforme expõe Binjenbojm em sua obra.

Outrossim, o mesmo fenômeno da constitucionalização (neoconstitucionalismo) tornou possível desmistificar o princípio da legalidade, tal como concebido no esforço de demarcação do Direito Administrativo como ramo distinto das ciências jurídicas, que tinha como grande estandarte a interpretação tradicional da legalidade administrativa como vinculação positiva à lei (BINENBOJM, 2008, p. 34).

Com o surgimento do neoconstitucionalismo, o intérprete não mais deve se ater apenas ao exame de legalidade em sentido estrito, mas também de juridicidade, abordando a análise das normas em face das leis e princípios jurídicos constitucionais, sendo possível fixar, pois, o Texto Constitucional como centro da vinculação administrativa à juridicidade, o que fundamenta a possibilidade de inanição do princípio da legalidade estrita em face de outros princípios jurídicos em uma análise concreta (BINENBOJM, 2008, p.137).

E é neste contexto de mudanças que o estudo das nulidades dos atos administrativos apodera-se de especial relevo e desperta novas reflexões.

¹ Neste trabalho, se utilizará a expressão Administração Pública, ou simplesmente Administração, para se referir ao “conjunto de órgãos e serviços do Estado”, conforme entendimento de Hely Lopes Meirelles (2011, p. 85).

A clássica distinção entre atos nulos, anuláveis e, para alguns, inexistentes e irregulares não é capaz de por si só explicar as consequências dos vícios e o alcance dos efeitos do ato ilegal. A providência ordinária de restauração da legalidade, por meio da invalidação do ato ou através de sua correção (convalidação), tampouco é bastante para atender às novas demandas.

A restauração da ordem de legalidade ocorrerá, ordinariamente, pela invalidação do ato que extirpar da ordem jurídica a ilegalidade encontrada, pela retirada do ato viciado e fundamentada no princípio da legalidade; ou pela convalidação do ato viciado, ocorrendo a produção de outro ato sem o vício para substituí-lo, com efeito *ex tunc*.

Por meio da convalidação, além de se resguardar o princípio da legalidade, atender-se-ão aos princípios da segurança jurídica, boa-fé e economicidade. Por tais razões, a convalidação do ato, quando possível, será sempre preferível (ZANCANER, 2001, p. 57).

Entretanto, haverá hipóteses em que a convalidação do ato viciado não se demonstrará possível, casos em que a retirada do ato e seus efeitos da ordem jurídica, em que pese obedecer ao estabelecido pela legalidade em sentido estrito, afronte a segurança jurídica e boa-fé de terceiros. Ou seja, o Direito Administrativo Constitucional reclama hermenêutica jurídica capaz de justificar os atos administrativos em face da juridicidade e não apenas em obediência ao princípio da legalidade estrita.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende esclarecer a possibilidade jurídica de manutenção de ato inválido e seus efeitos diante de um juízo de juridicidade capaz de demonstrar, caso a caso, a preeminência de outros princípios jurídicos sobre o princípio da legalidade em sentido estrito.

Entre várias, a principal indagação que se pretende responder ao final deste trabalho é a seguinte: em face da constitucionalização do Direito Administrativo, que reconstrói a concepção da legalidade em sentido estrito (BINENBOJM, 2008), qual leitura jurídica é possível fazer diante da existência de ato nulo, com vício insanável, mas que na perspectiva da análise do ato administrativo face à juridicidade não comporte a invalidação com extinção de seus efeitos?

Pretende-se apresentar fundamentos para afirmar que a análise do ato administrativo diante de um juízo de juridicidade, cujo vetor de análise é a Constituição, possibilita reconhecer a validade de um ato com vício de legalidade e, por conseguinte, a perduração de seus efeitos na ordem jurídica, mediante a utilização de fundamentação pautada na ponderação e argumentação jurídica.

O objetivo geral desta pesquisa é identificar o fundamento da permanência do ato administrativo inválido na ordem jurídica, de maneira que se preservem as relações jurídicas decorrentes de seus efeitos.

Os objetivos específicos são:

- 1) Identificar e analisar os conceitos relativos à teoria da nulidade dos atos jurídicos, especialmente em sua aplicação no Direito Administrativo, à luz da doutrina contemporânea;
- 2) Analisar os fenômenos da invalidação e convalidação do ato administrativo como formas de restauração da ordem de legalidade;
- 3) Identificar as hipóteses em que o ato administrativo nulo necessite ser preservado, para possibilitar a manutenção dos efeitos enraizados na órbita jurídica dos administrados, notadamente com aplicação do princípio da segurança jurídica, sob o viés de interpretação à luz da juridicidade, considerando, ainda, o advento do neoconstitucionalismo;
- 4) Comparar os aspectos controvertidos debatidos pela doutrina acerca do tema proposto, buscando também aproximações entre as teorias.

O marco teórico eleito para a presente pesquisa é a ideia de juridicidade tal como apresentada na obra de Gustavo Binbenbim (2008), que compreende que a análise do ato administrativo inválido sob o viés da juridicidade pode justificar sua permanência, mesmo quando maculado pelo vício de ilegalidade. Isso porque tal análise poderá revelar hipóteses em que a manutenção de ato ilegal na ordem jurídica prestigie outros princípios constitucionais como a segurança jurídica e a boa-fé de terceiros.

Desse modo, diante do caso concreto, a legalidade estrita poder ser superada por outros princípios constitucionais, por meio da ponderação de princípios, reconhecendo-se assim a vinculação do Poder Público a toda a ordem jurídica e colocando o princípio da legalidade em mesmo plano de outros princípios constitucionais.

A respeito do marco teórico eleito, trata-se de um substrato inicial para reflexão, possibilitando à pesquisa o traço de sistematização do conhecimento (GUSTIN; DIAS, 2013, p. 40).

Assim, a título de exemplo, propõe-se comprovar a afirmação de Reale (1980, p. 61) de que, na esfera do direito público, há possibilidade jurídica de subsistência do ato inválido para conservação de seus efeitos, diferentemente do que ocorre no direito privado. Em complementação ao entendimento desse autor, analisa-se o posicionamento de Gustavo Binbenbim (2008, p. 190) de que não basta a análise do ato apenas quanto à legalidade estrita;

segundo ele, deve-se observar os demais princípios constitucionais, que, no caso concreto, podem justificar a permanência de um ato inválido, produzindo efeitos no plano jurídico.

A relevância do tema decorre da necessidade prática de solucionar questões em que atos administrativos inválidos, cuja convalidação se mostre inviável, necessitem permanecer na ordem jurídica, justificando seus efeitos, sob pena de sua retirada abalar ainda mais o Direito, violando outros princípios constitucionais, como a segurança jurídica, boa-fé e economicidade.

Quanto à metodologia adotada, a presente pesquisa utilizará primordialmente a pesquisa bibliográfica, especialmente de livros e artigos científicos, e documental.

A fonte principal de consulta será a legislação brasileira relacionada direta ou indiretamente com o instituto da invalidade dos atos administrativos, jurisprudência pertinente ao tema, além das obras de autores do campo da ciência jurídica em ramos diversos, tais como o Direito Administrativo, o Direito Constitucional e a Hermenêutica Jurídica.

A vertente metodológica de pesquisa utilizada é de natureza crítico-metodológica, tendo o Direito como uma rede complexa de linguagens e de significados, enfatizando uma abordagem dogmático-jurídica, ao direcionar os estudos objetivando a compreensão das relações normativas nos vários campos do Direito mencionados.

Os tipos de investigação utilizados são o exploratório, com apropriação de bibliografia, coleta de decisões judiciais, para compreensão da ordem jurídica relativa ao objeto da pesquisa; e o comparativo, demonstrando semelhanças e diferenças entre normas e instituições do ordenamento jurídico brasileiro, a fim de verificar as consequências da manutenção de atos administrativos nulos para preservar seus efeitos jurídicos.

Os dados utilizados são de natureza primária (jurisprudência e legislação) e secundária (publicações científicas e técnicas sobre os temas abordados).

A pesquisa desenvolvida é apresentada nesta dissertação em cinco capítulos, incluindo esta introdução.

No capítulo 2 realiza-se um estudo do surgimento da expressão ato administrativo na história do Direito, desenvolvendo-se uma reflexão sobre a teoria geral do fato jurídico, com o fim de compreender o ato administrativo como espécie de ato jurídico com atributos específicos, e estudando os atributos, elementos, pressupostos e demais características do ato administrativo.

O capítulo 3 estuda o ato administrativo inválido, aborda as diversas classificações sobre a invalidade do ato administrativo: meramente irregulares, anuláveis, nulos e inexistentes, e trata ainda da restauração da ordem de legalidade. Portanto, é nesta parte do

trabalho que se investigam as formas tradicionalmente apontadas pela doutrina como aptas a sanar a invalidade do ato: a invalidação, a conversão, a redução ou reforma e a convalidação.

O capítulo 4 enfrenta a questão da necessidade de manutenção do ato inválido para preservar os efeitos jurídicos dele decorrentes. Neste ponto é realizado um estudo sobre a constitucionalização do Direito Administrativo, apresentando a possibilidade de prevalência do princípio da segurança jurídica sobre o da legalidade estrita (juridicidade), que, argumentativamente demonstrada, pode embasar a manutenção do ato inválido na ordem jurídica.

Por fim, no capítulo 5, apresentam-se as conclusões do trabalho, buscando confirmar ou refutar as hipóteses traçadas nesta introdução, indicar propostas para fundamentar a manutenção de atos nulos em vigor para preservação de seus efeitos e lançar bases para continuidade dos estudos sobre o tema.

2 ATO ADMINISTRATIVO

O presente capítulo, em um primeiro momento, preocupa-se em delimitar o alcance da expressão ato administrativo, distinguindo-a dos atos da administração. Após, cuida-se de traçar breves linhas acerca do surgimento histórico, tanto na literatura quanto no ordenamento jurídico, da expressão “ato administrativo”. Em seguida, serão abordados os atributos dos atos administrativos que os distinguem dos atos de direito privado. Há ainda necessidade de efetuar um estudo sobre a teoria do ato jurídico para, então, trabalhar a concepção de ato administrativo, destacando a grande divergência doutrinária sobre sua conceituação, elementos e pressupostos, bem como os aspectos vinculados do ato administrativo, com reflexão sobre os conceitos jurídicos indeterminados, e, em linhas gerais, a ideia de discricionariedade no ato administrativo.

O estudo realizado neste capítulo demonstra que o ato administrativo foi concebido em um contexto de afirmação do Direito Administrativo, razão pela qual a legalidade apresentase como principal princípio na análise do ato administrativo.

A importância desta parte do trabalho é servir de base para a compreensão de como o advento da juridicidade possibilita a modificação da análise de validade do ato administrativo, não mais o observando em face da legalidade em sentido estrito, mas o visualizando diante das normas constitucionais.

2.1 Atos da Administração e atos administrativos

Araújo apresenta a noção de “ato da Administração” (1997, p. 174) como gênero que abarca os “atos de administração” e “atos jurídicos da Administração”. Portanto, o autor ressalta que o ato praticado pela Administração Pública pode ser jurídico ou não jurídico:

[...] todas as atividades desempenhadas pela Administração podem ser englobadas na designação genérica de Atos da Administração. Tais atividades podem ser jurídicas ou não jurídicas (ARAÚJO, 1997, p. 173).

No entendimento do autor, as atividades não jurídicas seriam espécies denominadas atos de administração, revelando-se como atividades materiais, com efeitos concretos, para a realização da atividade administrativa. Por outro lado, o ato jurídico realizado no âmbito da Administração, que diz respeito à matéria administrativa, poderá ser qualificado com ato administrativo (ARAÚJO, 1997).

Em sentido similar, Bandeira de Mello observa a distinção que deve ser estabelecida entre atos administrativos e atos da Administração. De acordo com ele, os atos da administração são aqueles que, não obstante praticados pela Administração Pública, não merecem a mesma qualificação dos atos administrativos (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 391-393).

O autor elenca como atos da Administração aqueles regidos pelo Direito Privado, tais como os atos de locação, em que a Administração se submete às normas de direito privado, salvaguardando os princípios constitucionais atinentes à Administração Pública, que deverão ser observados também². Outro exemplo citado por ele são os atos materiais³, tal como a ministração de aula por professor em escola pública. Ressalta o autor que tal atividade nem sequer se caracterizaria como ato jurídico (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 392).

Por fim, aponta os “atos políticos ou de governo” como aqueles atos discricionários com observância direta à Constituição, em exercício de função política; desse modo, seriam atos da Administração, mas não atos administrativos (BANDEIRA DE MELLO, 2015).

Da mesma forma, Carvalho Filho (2014, p. 99) identifica o ato político como ato governamental, com submissão diretamente à Constituição e não à lei, como ocorre nos atos administrativos.

De forma semelhante como descreve Araújo (1999), Carvalho Filho (2014, p. 99) esclarece que a expressão “ato da administração” é mais ampla que a de “ato administrativo”, revelando toda atuação realizada pela Administração Pública, ou seja, enfatizando a origem da manifestação da vontade.

Feito este primeiro esclarecimento, pontua-se que o presente trabalho pretende se aprofundar no estudo dos atos jurídicos da administração.

2.2 Breve comentário sobre o surgimento da expressão “ato administrativo”

A expressão “ato administrativo” surge em textos normativos do final do século XVIII, na França, quando o Estado cuidou de regulamentar o contencioso administrativo, separando-o da apreciação judicial (DI PIETRO, 2014, p. 200).

A primeira definição doutrinária dessa expressão encontra-se “[...] no Repertório Merlin, de Jurisprudência, na sua edição de 1812, onde ato administrativo é definido como

² Assim também é a lição de Bastos (2002, p. 145). Em sentido contrário, argumentando que a Administração não pratica atos privados, é a lição de Faria (2011, p. 258).

³ No mesmo sentido, Bastos (2002, p. 143).

‘ordenança ou decisão de autoridade administrativa, que tenha relação com a sua função’” (DI PIETRO, 2014, p. 200)⁴.

José Cretella Júnior, com fundamento em Otto Mayer, explica que o vocábulo “ato” era empregado à época com denotação técnica para a ciência do Direito, notadamente no Direito Civil e do processo. Acrescenta o autor que a expressão ato administrativo surge para “[...] substituir outras mais antigas, como ‘atos do fisco’, ‘atos do rei’, ‘atos da coroa’” (CRETELLA JÚNIOR, 2001, p. 115).

Paulo Otero explica que Montesquieu esboçava a existência de três modelos de governo: o despotismo, a monarquia e a república. Segundo Montesquieu, o despotismo representava uma forma de governo sem qualquer norma que regulamentasse o agir do Estado. A monarquia concentrava o poder nas mãos de uma pessoa, mas esta teria um regramento a seguir. O monarca se submetia às leis, portanto, seu poder era limitado pelo parlamento. Este sim detinha a soberania para editar normas. Na experiência britânica estudada por Montesquieu, revela-se que o parlamento foi cunhado como “instituição política suprema”, capaz de produzir a lei que era a fonte primeira do ordenamento jurídico. Segundo o autor, “O Direito de origem parlamentar deixa de conhecer quaisquer limites e torna-se o fundamento de actuação de todo o poder” (OTERO, 2003, p. 46). O monarca e o Judiciário existiam apenas para cumprir a lei criada pelo parlamento. Por fim, aponta Montesquieu a república, que se traduz na forma de governo em que o povo teria o poder soberano e, portanto, criaria suas leis (OTERO, 2003, p. 47). Por tais razões, conclui Otero, o princípio da legalidade está ausente no Estado despótico e passa a fazer parte do Estado moderno, na monarquia; assim:

Se o arbítrio é a base do despotismo, a legalidade é o fundamento das outras formas de governo, daí que o Estado despótico, apesar de poder conhecer a existência de leis, enquanto actos de autoridade, se caracteriza, todavia, pela ausência de um verdadeiro princípio da legalidade (OTERO, 2003, p. 47).

No contexto inglês do final do século XVII é que residem, segundo Otero (2003, p. 45), “[...] as primeiras formulações dos alicerces do princípio da legalidade administrativa do moderno Estado de Direito”. E é nesse contexto que Montesquieu observou a necessidade de existência de limites aos titulares do poder para se garantir a liberdade política, e, em última análise, a liberdade dos cidadãos (OTERO, 2003, p. 47-48).

Ainda analisando a obra de Montesquieu, explica Otero:

⁴ Do mesmo modo afirmam Odete Medauar (2015, p. 168), Bandeira de Mello (2015, p. 383) e Cretella Júnior (2001, p. 115).

O poder legislativo é identificado como sendo a expressão da vontade geral do Estado, enquanto o poder executivo se traduz na execução desta mesma vontade geral, afirmação esta que permite alicerçar uma concepção da legalidade administrativa em que as leis, expressando a vontade geral e concretizando a razão humana, ‘são olhos do príncipe, vendo ele por elas’ e cuja execução fiel consubstancia uma garantia de liberdade (OTERO, 2003, p. 51).

A noção de ato administrativo, historicamente, apenas faz sentido se compreendida juntamente com a separação de funções do Estado, ou seja, ligada à concepção de separação de poderes e de submissão do Estado ao Direito (DI PIETRO, 2014, p. 201).⁵

Na medida em que se fortalece a ideia de submissão do Estado a um direito posto, evidenciado no destacamento da supremacia parlamentar como “instituição política suprema”, criador da norma, os atos administrativos devem se subsumir ao texto legal, encontrando na lei seu limite.

A construção do conceito de ato administrativo ocorreu na França, quando houve o distanciamento dos atos jurídicos da Administração da apreciação pelo Poder Judiciário. E o Estado francês, até os dias de hoje, mantém rígido sistema de separação de Poderes, possuindo o ato administrativo foro de apreciação em tribunais administrativos (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2014, p. 545-546).⁶ É inclusive vedado aos tribunais conhecerem dos atos da Administração.

Trata-se de interpretação feita a partir da teoria da separação dos poderes de Montesquieu. Dessa mesma teoria tem origem outro sistema que, não obstante reconhecer necessária a separação dos poderes, não afasta o julgamento das causas administrativas pelo Poder Judiciário, tal como o sistema inglês, americano, brasileiro, argentino, entre outros.

Assim, na França, a partir da Lei nº 16, de 24 de agosto de 1790, as funções judiciárias tornaram-se diferentes e separadas das funções administrativas. Os juízes estavam proibidos de intervir nas atividades dos corpos administrativos, sob pena de prevaricação. Tal prescrição normativa foi mantida na Constituição Francesa de 1971, enrijecendo-se o sistema de contencioso administrativo criado.

Nesta concepção, o contencioso administrativo francês:

É exercido pelo Conselho de Estado a que, somente, escapa a competência para julgar os litígios decorrentes de atividades públicas com caráter privado, litígios que envolvem questões de Estado e capacidade das pessoas, de representação penal, e litígios que se refiram à propriedade privada (PAULA, 1979, p. 273).

⁵ No mesmo sentido, Meirelles (2011, p. 51) e Bigolin (2007, p. 30).

⁶ Noticia-se, entretanto, que o sistema de contencioso administrativo francês vem perdendo forças ao argumento da frágil imparcialidade do “administrador juiz”, conforme alerta Edylcéa Nogueira de Paula (1979, p. 273).

Por tais razões, reconhece-se como gênese do Direito Administrativo, como ramo autônomo do Direito, com estruturação de suas normas e princípios, o advento das revoluções liberais, nos séculos XVIII e XIX. Na França, a Revolução Francesa e a separação do contencioso administrativo destinado a julgamento pelo Conselho de Estado resultaram na criação de larga jurisprudência sobre questões administrativas, que fortaleceu a própria noção de Estado, como leciona Odete Medauar:

O direito administrativo começou a se formar nas primeiras décadas do século XIX [...] As concepções político-institucionais que afloravam, nessa época, propiciavam o surgimento de normas norteadoras do exercício dos poderes estatais, pois tinham clara conotação de limitação e controle do poder e de garantia dos direitos individuais (MEDAUAR, 2007, p. 31).

Nesse contexto, o ato administrativo surge como instrumento da exteriorização da atuação do Estado de Direito, que não mais se encontra no paradigma de Estado centralizador do poder nas mãos do soberano, a monarquia absolutista, fundamentada na teoria do direito divino dos reis, cujo poder seria ilimitado.

Influenciado pelos ideais iluministas da Revolução Francesa, concebe-se um novo Estado, idealizado com limites ao uso do poder, por meio da separação dos poderes e submissão à lei. Na lição de Medauar:

Assim, as ideias relativas ao Estado de direito que emergiam nas primeiras décadas do século XIX tornaram-se fator propício para a formação do direito administrativo. O mesmo se pode dizer quanto à teoria da separação de poderes: a atribuição da função executiva a um específico setor estatal facilitou a formação de um direito da Administração, com individualidade própria (MEDAUAR, 2007, p. 31).

Em que pese não ser objeto do presente estudo aprofundar-se na gênese do Direito Administrativo, é importante, também, consignar a crítica feita por Binjenbojm, com apontamento das razões para a criação do contencioso administrativo no contexto francês. O autor advoga que:

[...] a invocação do princípio da separação dos poderes foi um simples pretexto, mera figura retórica, visando a atingir o objetivo de alargar a esfera de liberdade decisória da Administração, tornando-a imune a qualquer controle judicial (BINENBOJM, 2008, p. 13).

Desse modo, aponta o autor, o Direito Administrativo emerge como direito da Administração, repleto de garantias ao Estado e não ao administrado, uma vez que aquele, além de gerir, criou regras aplicáveis ao contencioso administrativo, ou seja, atraiu para si o

juízo de suas questões, conferindo-lhe caráter de definitividade (BINENBOJM, 2008, p. 14-15).⁷

Apesar da crítica de Binjenbojm, a ideia do instituto do ato administrativo se revela como um agir que complementa o comando normativo editado pelo Poder Legislativo.

O ato administrativo será compreendido como espécie de ato jurídico, na medida em que impacta a ordem jurídica, mas se distingue do ato jurídico de direito privado por apresentar características muito próprias e que serão adiante estudadas (ARAÚJO, 2005, p. 29).

Debruçar-se, pois, sobre o estudo do ato administrativo é, destarte, refletir sobre o agir do Estado, suas peculiaridades e, de certa forma, seus limites.

O Estado moderno, tal como a noção desenvolvida na Teoria Geral do Estado, aponta quatro elementos que caracterizam sua existência, sendo eles: o território, o povo, a soberania e a finalidade (DALLARI, 2011, p. 79). Assim, o Estado seria “[...] a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território” (DALLARI, 2011, p. 122).

Em que pese não ser o escopo deste estudo pormenorizar todos os elementos que caracterizam o Estado moderno, para desenvolver o tema pretendido, é imperioso identificar no conceito de soberania jurídica a justificativa para as especificidades verificadas no ato administrativo.

A noção de soberania é inaugurada na obra de Jean Bodin, “Les Six Livres de la Republique”, em 1576, sendo conceituada por Dallari como “[...] um poder absoluto e perpétuo [...] não é limitada nem em poder, nem pelo cargo, nem por tempo certo” (2011, p. 31). Mas adverte o autor que é com Jean-Jacques Rousseau, em 1762, na obra “O contrato social”⁸, que a noção de soberania tem sua titularidade deslocada da pessoa do governante para o povo (DALLARI, 2011, p. 21).

Portanto, a manifestação do Estado feita nos atos administrativos se reveste de juridicidade e se apresenta como ato jurídico peculiar, porque o Estado, ao atuar, exerce sua soberania agindo com o consentimento de todos (DI PIETRO, 2014, p. 207).

Em última análise, o Estado, quando pratica um ato jurídico, realiza a finalidade pública, ou seja, objetiva exercer a vontade do povo e o faz por estar legitimado por este,

⁷ Entre as críticas feitas pelo autor, destacam-se: a quebra da isonomia com a propagação da ideia de supremacia do interesse público sobre o particular; a criação de contencioso administrativo sem as mesmas garantias processuais de tribunais judiciais. Ou seja, a Administração julga suas próprias demandas com regras que ela mesmo cria. Segundo o autor, trata-se de estratégias para perpetuar ideais absolutistas de verticalidade das decisões do Estado (BINENBOJM, 2008, p. 14-15).

⁸ Nota do autor: ROUSSEAU, J.-J. O contrato social. In: _____. *Oeuvres complètes*. Paris: Gallimard, 1757. t. III. (Collection “Pléiade”).

mediante delegação de poderes que são conferidos aos representantes do povo. Estes, portanto, elaboram as normas que vão regular a atividade de todos, inclusive do Estado. Assim, o agir do Estado se dá em conformidade com a norma, revestindo-se de peculiaridades específicas diante da natureza ímpar deste sujeito de Direito Soberano.

Todavia, a despeito de a conceituação do ato administrativo como espécie de ato jurídico coincidir e contribuir com o crescimento da autonomia do Direito Administrativo, como ramo de Direito Público, a ânsia por distingui-lo do ato privado típico da seara civilista o distanciou da teoria geral do ato jurídico (ARAÚJO, 2005, p. 29).

Por tais razões, é importante traçar breves considerações acerca da teoria geral do fato jurídico, com o objetivo de compreender melhor onde o instituto ato administrativo se posicionará, definindo-o em seção subsequente.

2.3 Fato jurídico

Os fatos jurídicos advêm do mundo dos fatos, e é a norma jurídica a responsável por selecionar aqueles que entrarão no mundo jurídico, na medida em que elege quais deles terão importância para ocupar o ordenamento jurídico (PONTES DE MIRANDA, 1977, p. 183).

Na lição do professor Edimur Ferreira de Faria (2011, p. 253), “[...] a ocorrência do fato é condição essencial à realização do direito”, sendo dispensável a manifestação da vontade para sua constatação.

Celso Antônio Bandeira de Mello, no mesmo sentido que Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, aduz que o que caracteriza a existência do fato jurídico é que o Direito atribui efeitos jurídicos a determinados acontecimentos, podendo se tratar de “[...] um evento material ou uma conduta humana, voluntária ou involuntária, preordenada ou não a interferir na ordem jurídica” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 380).

O autor esclarece ainda que não é o agir humano, objetivando produzir determinados efeitos jurídicos, o correto critério para distinguir atos jurídicos dos fatos jurídicos. Para tanto, faz menção a vários casos. Por exemplo, o ato inteiramente vinculado (aquele cuja vontade do agente que o realiza se traduz como irrelevante) praticado por funcionário em “estado de loucura”. Segundo Bandeira de Mello, se o ato for produzido da única forma prevista pela lei, tratar-se-á de ato jurídico válido, a despeito da incapacidade de quem o produziu (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 380-382).⁹

⁹ Em sentido contrário: “Ato jurídico é toda ação ou omissão do homem que produz efeitos na órbita do direito” (CRETELLA JÚNIOR, 1966a, p. 15).

Tal posição é comungada com Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, que advertem:

[...] se o conteúdo do ato adapta à Lei, resultará normalmente indiferente pesquisar os vícios de vontade ou estado psicológico do agente expressos no ato. [...] Mas a o argumento da singularidade da posição da Administração vale apenas na medida em que se refira a um ato vinculado, cujo conteúdo se limita a singularizar, no caso concreto, o efeito exaustivamente predeterminado pela Lei [...] (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2014, p. 560).

O fato jurídico constitui, portanto, fenômeno que ocorre sem necessidade do elemento vontade humana e que apresenta relevância jurídica constatada por sua positivação no Direito. Em sentido amplo, fato jurídico corresponde a qualquer fato natural ou humano que tem algum relevo para a sociedade. Destarte, fato jurídico é o gênero que se divide em fatos jurídicos voluntários (os atos jurídicos) e fatos jurídicos involuntários (fatos jurídicos em sentido estrito).

Os atos jurídicos, espécie de fatos jurídicos em sentido amplo, serão estudados mais à frente neste trabalho.

Os fatos jurídicos em sentido estrito, por sua vez, dividem-se em fatos ordinários, como o nascimento, que dá início à personalidade jurídica de um sujeito¹⁰; assim como o decurso do tempo, considerado fato jurídico capaz de ensejar a prescrição¹¹ ou a decadência; e em fatos jurídicos extraordinários, que se dão com o caso fortuito e a força maior, como a tempestade que destrói bens públicos se revela fato jurídico natural que teria o efeito de prejudicar diretamente o patrimônio do ente público.

Desse modo, em sentido estrito, a expressão fato jurídico pode ser compreendida como o acontecimento para o qual o Direito atribui alguma consequência jurídica (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 380). Ou, na lição do professor Florivaldo Dutra de Araújo (2005, p. 30), um “[...] fenômeno apto a criar, modificar ou extinguir relações jurídicas”.

2.3.1 Fato administrativo

Diferente de fato jurídico, todavia, é a noção de fato administrativo, que corresponde à ideia de atividade material no exercício da função administrativa.

¹⁰ “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002).

¹¹ “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206” (BRASIL, 2002).

O fato administrativo tem maior amplitude que o fato jurídico, na medida em que este requer alteração na ordem jurídica, enquanto aquele pode indicar mero “movimento na ação administrativa”, como, exemplifica José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 98), afirmando haver fato administrativo quando a Administração realiza a dispersão de manifestantes.

Ademais, explica Carvalho Filho (2014, p. 98), até mesmo um evento natural poderá ensejar um fato administrativo, como ocorreria se uma enchente inutilizasse equipamentos da Administração. Observa-se que, neste exemplo, como o fato jurídico “enchente” deu razão a efeitos para a Administração Pública, será qualificado como fato administrativo.

Miguel Seabra Fagundes (1979, p. 36) se distancia da denominação de fatos administrativos quando classifica os atos administrativos que não modificam situações jurídicas como atos administrativos sem efeitos jurídicos.

2.4 Ato jurídico

No Direito positivo brasileiro, o Código Civil de 1916 (CC/16) conceituava o ato jurídico como o ato lícito que objetivasse adquirir, modificar, transferir, resguardar ou extinguir direitos¹².

O Código Civil em vigor, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, (CC/02), a seu turno, não cuidou de repetir a definição legal para o instituto, deixando para a literatura tal incumbência, apontando apenas os elementos estruturais do negócio jurídico (espécie de ato jurídico, como se demonstrará a seguir): agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei¹³.

A literatura trata o ato jurídico como espécie do gênero fato jurídico. Na lição de Bandeira de Mello, o ato jurídico se manifesta por meio de um enunciado, diferenciando-se do fato jurídico, que apenas ocorre e, por essa razão, recebe da norma valoração jurídica. É o que se depreende de sua obra:

Toda vez que estiver perante uma dicção prescritiva de direito (seja ela 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 prescrito ao qual o Direito atribua consequências jurídicas estar-se-á perante um fato jurídico (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 382).

¹² “Art. 81. Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico” (BRASIL, 1916).

¹³ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei” (BRASIL, 2002).

Traçando-se um paralelo: fato jurídico em sentido amplo seria um acontecimento, material ou humano, voluntário ou involuntário, capaz de fazer surgir efeitos jurídicos; ao passo que ato jurídico seria um agir humano do qual decorrem consequências jurídicas, ou, na lição de Bandeira de Mello, “um comando jurídico”, uma vez que o autor não aceita a vontade humana como elemento capaz de fazer distinção entre fato e ato jurídico.

No entendimento de Araújo (2005, p. 30), os atos jurídicos podem ser divididos em: negócio jurídico, ato jurídico *stricto sensu*¹⁴ e ato ilícito.

Os negócios jurídicos são “[...] manifestações de vontade sem outros limites que não os pressupostos de legalidade (no Código Civil: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não proibida)”¹⁵ (ARAÚJO, 2005, p. 31).

Já os atos jurídicos em sentido estrito não possuem essa liberalidade, típica dos negócios jurídicos. Portanto, constatado o substrato fático enunciado na norma, o sujeito deve realizar a ação (ARAÚJO, 2005). São exemplos de atos jurídicos em sentido estrito o casamento¹⁶, a união estável¹⁷, a interrupção da prescrição¹⁸, o reconhecimento de paternidade¹⁹ e a fixação de domicílio²⁰.

O ato ilícito apresenta como principal característica a desconformidade do ato com o Direito²¹. Assim, “[...] melhor seria classificar o ilícito como ato jurídico, no sentido de ser manifestação de vontade relevante para o direito, ainda que não conforme a ele” (ARAÚJO,

¹⁴ Araújo menciona a existência de corrente que reconhece os atos jurídicos *stricto sensu* juntamente com os negócios jurídicos (ARAÚJO, 2005, p. 31).

¹⁵ Conforme nota 10.

¹⁶ “Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (BRASIL, 2002).

¹⁷ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

¹⁸ “Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual; II - por protesto, nas condições do inciso antecedente; III - por protesto cambial; IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor; VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor” (BRASIL, 2002).

¹⁹ “Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro do nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes” (BRASIL, 2002).

²⁰ “Art. 74. Muda-se o domicílio, transferindo a residência, com a intenção manifesta de o mudar. Parágrafo único. A prova da intenção resultará do que declarar a pessoa às municipalidades dos lugares, que deixa, e para onde vai, ou, se tais declarações não fizer, da própria mudança, com as circunstâncias que a acompanharem” (BRASIL, 2002).

²¹ “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

2005, p. 32), tal como a lesão a patrimônio de terceiro e o uso de nome de terceiro sem a devida autorização.

O presente trabalho se preocupa com a análise do ato jurídico *stricto sensu*, uma vez que este abriga o ato administrativo – em concordância com o entendimento de Araújo (2005) –, sendo imperioso diferenciá-lo do ato jurídico de direito privado, o que será feito ao longo deste capítulo.

A análise realizada acima é de fundamental relevo para situar o ato administrativo na teoria geral do ato jurídico e demonstrar suas similitudes e diferenças em relação ao ato jurídico de direito privado.

2.5 Atributos específicos que distinguem o ato administrativo do ato jurídico de direito privado

Da ideia de soberania do Estado, tratada no item 2.1 deste trabalho, é possível compreender que os atos administrativos possuem especificidades se comparados aos atos praticados pelas pessoas jurídicas de direito privado, na medida em que o Estado agirá sempre em nome da coletividade, visando alcançar finalidades públicas.

Na obra de Faria (2011, p. 256-257) encontra-se importante exposição de autores que procuram estabelecer distinção teórica entre o ato jurídico civil e o ato jurídico administrativo. O autor destaca, entre as principais diferenças, o fato de que no âmbito do direito privado a liberdade das partes, desde que não afronte o ordenamento jurídico, deverá prevalecer. Ao contrário, na seara do Direito Administrativo, o agente apenas poderá praticar atos determinados ou autorizados e nos exatos limites da lei.

Outra peculiaridade citada por Faria é o fato de o ato administrativo poder ter a característica de ser autoexecutável, diversamente dos atos praticados por particulares, que, em regra, dependem de intervenção do Poder Judiciário para este mister (FARIA, 2011, p. 258).

Por fim, destaca o autor que o ato jurídico privado viciado reclama decretação de nulidade, enquanto o ato jurídico administrativo comporta a correção do ato através da convalidação, quando tal providência se revelar possível (FARIA, 2011, p. 258).

Na lição de Bandeira de Mello (2015, p. 379), as características específicas que distinguem os atos administrativos dos atos jurídicos de direito privado dizem respeito “[...] às condições de sua válida produção e [...] à eficácia que lhe é própria”. Isso porque a Administração Pública visa à realização de interesses coletivos, portanto, para cumprir este

mister, ela se utiliza de meios jurídicos próprios para distinguir suas relações jurídicas daquelas que ocorrem nas relações de direito privado.

No trabalho de Meire Aparecida Furbino Marques, percebe-se o cuidado em demonstrar as peculiaridades atinentes aos atos administrativos que se sujeitam ao regime jurídico de direito público, caracterizando-se por terem presunção de legitimidade. A autora parte do princípio de que o ato administrativo foi editado em respeito ao ordenamento jurídico, bem como a presunção de veracidade *juris tantum*, de imperatividade, de exigibilidade e autoexecutoriedade (MARQUES, 2016, p. 94).

Como se percebe, o levantamento dos atributos específicos que distinguem os atos administrativos dos atos de jurídicos de direito privado tem grande variação na literatura.

Bandeira de Mello (2015, p. 427-430), por exemplo, lista a presunção de legitimidade, a imperatividade, a exigibilidade e a executoriedade como atributos do ato administrativo. Araújo (2005, p. 32-38), por sua vez, reconhece como seus atributos a relação de administração, o interesse público, o poder extroverso (imperatividade) e a autoexecutoriedade.

Adotando-se a nomenclatura trazida por Araújo (2005), entre tantas outras que poderiam ser eleitas para os fins deste trabalho, passa-se a caracterizar as qualidades específicas do ato administrativo, segundo o entendimento desse autor.

Assim, o ato administrativo ocorre, invariavelmente, numa relação jurídica de administração. Isso significa que ele é realizado tendo como norte uma finalidade pública previamente estabelecida pelo ordenamento jurídico. Desse modo, afasta-se a possibilidade de o ato administrativo cumprir uma vontade do agente ou órgão que o pratica.

Protege-se, portanto, o aspecto teleológico do ato administrativo, que não se identifica com a vontade do agente, mas com a vontade do Estado, disposta no ordenamento jurídico. Por tal razão, o “[...] administrador público tem o permanente dever de prestar contas de seus atos, já que, conforme a máxima do Estado de Direito democrático, todo o poder emana do povo” (ARAÚJO, 2005, p. 33-34).

A relação de administração se evidencia no fato de que o administrador, quando pratica um ato, realiza uma função, ou seja, age por determinação legal e presta contas sobre seu ato. Está implícita a ideia de que todo ato pressupõe uma norma que apresente finalidade própria (ARAÚJO, 2005, p. 34).

O segundo atributo apontado por Araújo é o interesse público, certamente, intimamente ligado ao primeiro. Para o autor, enquanto no direito privado objetiva-se a satisfação de interesses particulares, no direito público, a Administração Pública deverá

realizar seus atos buscando obrigatoriamente atingir um fim público, que, como dito, vem estabelecido no ordenamento jurídico (ARAÚJO, 2005, p. 35).

O terceiro atributo é chamado de poder extroverso. Segundo o autor, trata-se da qualidade de imperatividade que o ato administrativo possui, sendo capaz de unilateralmente constituir obrigações a terceiros. Todavia Araújo ressalva que esse atributo apenas se faz presente em atos impositivos de obrigações, ausente, portanto, em atos enunciativos de direitos ou que ampliam direito dos administrados (ARAÚJO, 2005, p. 36).

Por fim, Araújo reconhece como quarto atributo do ato administrativo a autoexecutoriedade, cujo fundamento é a supremacia do interesse público, capaz de justificar a possibilidade conferida à Administração Pública de prover a execução forçada das pretensões jurídicas expressas em seus atos (ARAÚJO, 2005, p. 37). Também nesse caso, o autor ressalta que tal prerrogativa da Administração Pública apenas se viabiliza se estiver expressamente prevista em lei e se revelar solução indispensável e necessária para cumprir a finalidade do ato.

2.6 Conceito de ato administrativo

O ato administrativo, como visto nos itens anteriores, é uma espécie de ato jurídico, distinguindo-se deste por apresentar atributos específicos. Como se trata de instituto para o qual não há definição jurídico-positiva no Direito brasileiro, há diversos conceitos elaborados pelos doutrinadores.

É importante destacar a distinção feita por Fagundes entre os atos administrativos em sentido material e formal. Explica o autor: “No sentido material, ou seja, sob o ponto de vista do conteúdo e da finalidade, os atos administrativos são aqueles através dos quais o Estado determina situações jurídicas individuais ou concorre para sua formação” (FAGUNDES, 1979, p. 26).

Em sentido material, portanto, serão os atos praticados no exercício concreto da função administrativa, seja pelo Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo, bem como os atos praticados por delegatários do serviço público. E por função tipicamente administrativa entende-se aquela que “[...] caracteriza-se por prover de maneira imediata e concreta as exigências individuais ou coletivas para a satisfação dos interesses públicos preestabelecidos em lei” (DI PIETRO, 2014, p. 202).

Fagundes (1979, p. 30) esclarece que do ponto de vista formal, ou orgânico, todo ato do Poder Executivo é considerado ato administrativo, mesmo que não possua conteúdo de ato administrativo. Ou seja, o critério aqui é definido por quem realiza o ato.

Hely Lopes Meirelles constrói um conceito de ato administrativo tendo por base a definição legal estabelecida pelo Código Civil de 1916 (CC/1916), em seu art. 81²². Segundo ele:

[...] o conceito de ato administrativo é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, do qual se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública.

[...] toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria (MEIRELLES, 2011, p. 154).

Bandeira de Mello, a seu turno, formula um conceito mais amplo, trazendo outros elementos para caracterizar o ato administrativo:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça às 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 (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 393).

O autor também distingue ato administrativo de ato legislativo e ato judicial. Segundo ele, o ato legislativo se diferencia do ato administrativo precipuamente por receber validade diretamente da Constituição, sendo caracterizado por se materializar por meio de “[...] normas gerais, normalmente abstratas, que inovam na ordem jurídica”, enquanto o ato administrativo é editado no nível infralegal (excepcionalmente por via infraconstitucional), concretizando o estabelecido de modo geral e abstrato pela lei, passível de verificação pelo Poder Judiciário. Por outro lado, o ato jurisdicional resolve controvérsias com definitividade, enquanto a interpretação da lei feita pela Administração é passível de revisão pelo Poder Judiciário (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 393).

Os administrativistas espanhóis García de Enterría e Fernández (2014, p. 547) conceituam o ato administrativo como “[...] ato jurídico unilateral da Administração distinto do Regulamento²³ e que consiste justamente em uma declaração”.

²² “Art. 81. Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico” (BRASIL, 1916).

²³ Os regulamentos no Direito espanhol são secundários à legislação, complementando-a, sendo considerados norma escrita e podendo inovar no ordenamento jurídico, dentro de limites legais. Já o ato administrativo executa um comando normativo (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2014).

Já Carvalho Filho (2014, p. 101) explica que o ato administrativo envolve três características: a vontade, que parte de um agente do Estado ou de uma pessoa que reúna as prerrogativas do Estado; o conteúdo do ato, que visa concretizar fins públicos; e sua regência pelo direito público.

Adotando um viés objetivo e sublinhando a exclusão dos atos privados da Administração e dos fatos administrativos, o autor conceitua ato administrativo como “[...] a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 101).

Em sentido similar é a definição de Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, para quem o ato administrativo é:

[...] a subjetivação formal da vontade do Estado que, editada teleologicamente pela Administração, gera efeitos jurídicos consequentes da incidência do Direito Objetivo, em matéria administrativa (GUALAZZI, 1977, p. 369).

Celso Ribeiro Bastos consigna, também, um conceito objetivo para o ato administrativo, evidenciando que o que importa não é o órgão que pratica o ato, mas sim o conteúdo deste:

O ato jurídico que produza efeitos num caso concreto, praticado pela Administração Pública, enquanto Poder Público, isto é, fazendo valer sua autoridade, porém, atendendo aos interesses determinados pela lei e individualizado por características próprias.

Praticam-no, igualmente, as autarquias, as entidades paraestatais e os agentes credenciados da Administração, prestadores de serviços concedidos ou permitidos (BASTOS, 2002, p. 145).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 205) conceitua o ato administrativo como “[...] a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”. Seu conceito é mais estrito que o de Bandeira de Mello, inclusive por desconsiderar os atos normativos expedidos pelo Poder Executivo (DI PIETRO, 2014, p. 204).

Araújo destaca em seu conceito:

Ato administrativo é a manifestação de vontade do Estado ou de quem lhe faça às vezes, expedida em nível infra legal, sob regime de direito público e sujeito a controle de legalidade por órgão jurisdicional, com a finalidade de criar situações jurídicas individuais ou concorrer para a formação destas (ARAÚJO, 2005, p. 53).

Faria, a seu turno, conceitua o ato administrativo como:

A declaração unilateral da Administração Pública, manifestada por agente competente, com vistas ao interesse público, criando, mantendo, modificando ou extinguindo relações jurídicas ou ainda impondo deveres ao administrado e a si própria, com força de imperatividade (FARIA, 2011, p. 261).

O autor ainda atenta para o fato de existir quase um consenso na doutrina sobre a necessidade de haver vontade, como condição essencial, para formação do ato. E cita como exceção o entendimento de Bandeira de Mello, para quem a vontade pode inexistir em certos atos, como nos atos inteiramente vinculados, em que a vontade do agente é irrelevante para a perfeição do ato (FARIA, 2011, p. 261).

No mesmo sentido de Bandeira de Mello entendem García de Enterría e Fernández (2014, p. 560): “[...] se o conteúdo do ato se adapta à Lei, resultará normalmente indiferente pesquisar os vícios da vontade ou estado psicológico do agente expressos no ato”. Os autores aduzem que o elemento vontade pode ser insignificante em se tratando de atos vinculados, tendo outro peso quando se tratar de atos discricionários.

O último conceito destacado é o do administrativista argentino Roberto Dromi, para quem o ato administrativo é “[...] toda declaração unilateral efetuada no exercício da função administrativa, que produza efeitos jurídicos individuais em forma direta” (DROMI, 2001, p. 248, tradução livre)²⁴. Trata-se, portanto, de um conceito objetivo que também não considera quem realiza o ato, mas sim seu conteúdo, podendo ser emanado do Poder Administrativo, Legislativo, Judiciário ou até de um ente público não estatal (DROMI, 2001, p. 250).

O autor exemplifica a possibilidade de o ato administrativo ser expedido por pessoas não estatais com casos positivados na legislação argentina, como se vê na:

[...] expropriação por causa de utilidade pública por parte do concessionário de serviços administrativos (art. 2º, §2º, Lei 21.499); a emissão de títulos acadêmicos expedidos por universidades privadas que gozam de validade equivalente aos concedidos por instituições estatais e com o mesmo efeito (lei 24.521, art. 26, 27 e 29, inc. f) (DROMI, 2001, p. 250, tradução livre).²⁵

Dromi desenvolve seu conceito explicando compreender o ato administrativo como uma exteriorização intelectual por meio da linguagem falada, escrita ou até por símbolos convencionais (DROMI, 2001, p. 249).

O autor ainda enfatiza que, como expressão da vontade do Estado, o ato administrativo tem a qualidade de ser unilateral, mesmo havendo hipóteses de atos para cuja formação se

²⁴ No original: “Toda declaración unilateral efectuada em el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales em forma directa”.

²⁵ No original: “[...] la expropiación por causa de utilidade pública, por parte del concessionario de servicios administrativos (art. 2º, §2º, ley 21.499); la emisión de títulos académicos expedidos por universidades privadas que gozan de validez equivalente a los otorgados por institutos estatales y con su mismo efecto (ley 24.521, arts. 26, 27 e 29, inc. f)”.

faça necessária manifestação do administrado, aderindo ou solicitando a providência, por exemplo. Em tais casos, apenas haveria diferenciação de forma (DROMI, 2011, p. 250).

Outrossim, segundo Dromi, alguns atos dependem de intervenção de mais de um órgão administrativo para sua formação e esta dinâmica não afetaria a qualidade de unilateralidade do ato administrativo, mas apenas o classificaria como um ato complexo (DROMI, 2011).

A unilateralidade seria, pois, uma característica fundamental do ato administrativo que denota a independência da atuação do ente público em suas manifestações de vontade, notadamente por se tratar de um agir que se dá em nome da coletividade.

Por fim, Dromi recorda que nem toda atividade administrativa produz efeitos jurídicos, tal como se percebe nos fatos da administração, do mesmo modo que algumas atividades administrativas não se realizam por atos administrativos, mas decorrem de fatos administrativos ou se concretizam por meio dos contratos administrativos (DROMI, 2001, p. 251).

Analisando os vários conceitos citados acima, pode-se concluir que os conceitos de ato administrativo apresentados caracterizam o ato administrativo como declaração, ou manifestação de vontade da Administração, ou seja, emanção que tem o condão de impactar na ordem jurídica algum resultado.

Meirelles apoia-se na definição legal trazida para o ato jurídico no Código Civil então em vigor (CC/1916), acrescentando-lhe, como dito, que a vontade administrativa deverá se traduzir em uma busca pela finalidade pública.

No conceito informado por Bandeira de Mello, nota-se a necessidade de enfatizar que a declaração emanada pode partir do Estado ou de quem lhe faça as vezes, caracterizando-o como um ato que complementa o comando legal, portanto, infralegal, e reconhecendo que o ato administrativo poderá sofrer controle de legitimidade pelo Poder Judiciário.

Carvalho Filho (2014), Di Pietro (2014) e Araújo (2005) se aproximam muito do conceito apresentado por Bandeira de Mello (2015), reconhecendo tratar-se da exteriorização da vontade da Administração ou de seus delegatários e dando relevo ao fato de que o ato administrativo deverá se submeter ao regime de direito público. Di Pietro e Araújo ainda consignam em suas conceituações a possibilidade de controle judicial dos atos.

Na definição de Bastos (2002), percebe-se a preocupação do autor em sublinhar que o ato praticado pela Administração emana de sua autoridade, mas deve objetivar interesses determinados pela lei, reconhecendo a possibilidade de ser praticado por autarquias, entidades paraestatais e os concessionários e permissionários.

Fagundes (1979) preocupa-se em destacar a diferença entre ato administrativo formal e material, explicando que o ato administrativo material é aquele que se caracteriza pelo aspecto finalístico, de seu conteúdo, sendo emanção do Estado que gera situações jurídicas individuais, enquanto o ato administrativo formal é aquele que tem origem no Executivo, ainda que materialmente não o seja.

Faria (2011) também traz em seu conceito o elemento vontade mediante declaração da Administração, considerando que o ato deve sempre visar à finalidade pública e apontando o atributo da imperatividade como forma de distanciar seu conceito da definição de ato jurídico de direito privado.

Por fim, observa-se que a doutrina de Dromi (2001) não se afasta do que entre nós é lecionado sobre a conceituação do ato administrativo, destacando, apenas, a característica da unilateralidade do ato administrativo.

2.7 Perfeição, validade, vigência e eficácia do ato administrativo

Nesta seção, serão evidenciadas as diferentes análises possíveis de acordo com o plano enfatizado do ato administrativo. Compreende-se que o plano da perfeição do ato refere-se à aferição da presença de elementos essenciais à sua formação jurídica e seus pressupostos de existência (BANDEIRA DE MELLO, 2015). A validade diz respeito à adequação do ato às normas jurídicas que o regem. A eficácia, a seu turno, demonstra a possibilidade ou não de um ato produzir seus efeitos, enquanto a vigência aponta o período de duração do ato.

2.7.1 Perfeição (existência)

O ato administrativo é considerado perfeito quando é completo o processo necessário à sua formação, ou seja, o ato passa a ter existência quando “[...] reúne elementos essenciais para a sua formação (competência do agente, objeto ou conteúdo, forma, motivo, finalidade)” (BASTOS, 2002, p. 153).

Para Bandeira de Mello (2015), a existência do ato administrativo reclama a presença de seus elementos (conteúdo e forma) e de seus pressupostos de existência (objeto e pertinência do ato ao exercício da função administrativa), os quais serão analisados ainda neste trabalho.

Na lição de Bruno Aurélio:

[...] a existência de um ato administrativo dependerá da exteriorização de um conteúdo, vez que não há que se falar em ato sem esse elemento. Ademais, o objeto ao qual o ato se refere deverá ser materialmente existente e juridicamente possível, pois sem isso seu conteúdo não passará de uma declaração vazia, juridicamente desprovida de efeitos; portanto, um não ato (AURÉLIO, 2011, p. 30).

Prossegue o autor explicando que, para que o ato exista, deverá apresentar-se na forma estabelecida pela norma, não se referindo aqui à ideia de formalidade, que será adiante enfrentada, mas tão somente à forma descrita pela norma para a prática do ato, destacando que a ausência de forma resulta na inexistência jurídica do ato, enquanto o vício de formalidade representa defeito no plano de validade, susceptível, inclusive, de superação (AURÉLIO, 2011, p. 31).

Quanto à pertinência à função administrativa, incorporada por Aurélio da doutrina de Bandeira de Mello, refere-se à possibilidade de identificar o ato jurídico analisado como ato imputável ao Estado, regido, pois, por regime jurídico administrativo, qualidade que o faz existir como ato administrativo (AURÉLIO, 2011, p. 32).

2.7.2 Validade

Por outro lado, o ato é válido se observa a ordem jurídica vigente, ou seja, quando os elementos essenciais à sua existência estão em conformidade com a lei (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 395).

Na lição de Marcello Caetano:

Um acto administrativo, para revestir valor jurídico, há de ter sido produzido de harmonia com as normas a que a Administração está submetida na sua actividade. A força jurídica de um acto administrativo vem-lhe da lei que permite a sua prática e condiciona o seu conteúdo. De modo que nem todos os actos existentes são válidos. O acto só é válido quando reúne os requisitos legalmente exigidos para a produção dos seus efeitos específicos, isto é, quando se conforma com o padrão traçado pela lei para o tipo a que corresponde. Só então tem valor na ordem jurídica. Daí a necessidade de separar as condições de existência de um acto dos respectivos requisitos de validade (CAETANO, 1997, p. 465).

O ordenamento jurídico é construído e compreendido por um sistema de hierarquia de normas, cujo mais alto grau, responsável por fundamentar a validade de todo ordenamento jurídico, corresponde à Constituição de República de 1988 (AURÉLIO, 2011, p. 33). Portanto, um ato poderá ter existência jurídica, mas descumprir algum comando normativo, caracterizando-se como um ato inválido.

A sanção para o descumprimento do comando normativo, em regra, é a invalidade do ato por meio da produção de outro ato administrativo ou de uma decisão judicial (AURÉLIO, 2011, p. 33).

Aurélio adverte que no sistema jurídico brasileiro os atos administrativos têm a prerrogativa de gozar da presunção de legitimidade. Devido a essa prerrogativa, os atos administrativos são presumidamente editados segundo as prescrições normativas. Todavia é certo se tratar de presunção *juris tantum*, portanto, passível de ser combatida para demonstrar sua ilegalidade (AURÉLIO, 2011).

A validade do ato administrativo diz respeito então à sua conformidade com o ordenamento jurídico, notadamente quanto à “[...] competência do emissor, o motivo e requisitos de emissão, a finalidade, a causa e as formalidades de constituição” (AURÉLIO, 2011, p. 34).

A análise do plano de validade do ato administrativo tem importância destacada, uma vez que é a constatação de invalidade do ato administrativo que faz surgir para o intérprete do Direito a necessidade de restauração da ordem de legalidade, em defesa do princípio da legalidade estrita.

Os caminhos para essa restauração se mostram cada vez mais diversos, sobretudo quando se depara com hipóteses de questionamento acerca da aplicação dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé no momento da análise do ato administrativo inválido. Todavia sobre esta celeuma se tratará mais adiante, no desenvolver do trabalho.

2.7.3 Vigência

A vigência do ato administrativo é o período de duração do ato, contado de sua entrada em vigor até sua extinção do mundo jurídico, ou seja, o prazo em que o ato está apto a produzir efeitos (MEDAUAR, 2015, p. 174).

O momento de entrada em vigor do ato tem início com a publicidade do ato, seja com sua publicação em diário oficial, afixação em quadro de aviso de repartição ou notificação pessoal, conforme estabelecido na norma a que se refere o ato.

Assim sendo, a assinatura do ato, momento prévio à sua publicação, revela-se um ato preparatório do ato, que só terá a vigência iniciada com sua publicação.

2.7.4 Eficácia

O ato administrativo será considerado eficaz quando apto a produzir seus efeitos, sem pendência de realização de evento posterior, condição suspensiva, termo inicial ou um ato de autoridade superior (BANDEIRA DE MELLO. 2015, p. 396). Portanto, o ato eficaz é aquele que se mostra apto a produzir seus efeitos (efeitos próprios para o qual o ato foi editado), não carecendo de evento posterior.

Não se confunde a eficácia do ato com sua validade. Isso pode ser compreendido sem dificuldades quando se afirma que um ato inválido, por apresentar presunção de legitimidade, poderá produzir efeitos até sua invalidade ser detectada e outro ato pronunciar a retirada do ato viciado (AURÉLIO, 2011, p. 36).

Nessa ordem de ideias, poderá haver, então:

- a) Ato administrativo perfeito, válido e eficaz;
- b) Ato administrativo perfeito, válido e ineficaz, que depende de evento futuro, termo, condição ou ato de autoridade superior para produzir seus efeitos;
- c) Ato administrativo perfeito, inválido e eficaz, que está em desacordo com o ordenamento jurídico, mas apto a produzir efeitos em decorrência à presunção de legitimidade dos atos administrativos (atributo do ato);
- d) Ato administrativo perfeito, inválido e ineficaz, que está em desacordo com o ordenamento jurídico, mas apto a produzir efeitos em decorrência da presunção de legitimidade dos atos administrativos (atributo do ato), todavia dependendo de termo ou condição para produzir seus efeitos;
- e) Ato administrativo imperfeito. Neste caso, não existe ato jurídico.

2.8 Elementos do ato administrativo

Segundo relata Araújo, a doutrina mais tradicional sobre o tema remete à existência de cinco elementos do ato administrativo,²⁶ sendo eles: “[...] sujeito (autor do ato), forma (exteriorização do ato), objeto (conteúdo do ato), motivo (situação de direito ou de fato que permite ou obriga à prática do ato) e finalidade (bem jurídico a ser atingido pelo ato)” (ARAÚJO, 2005, p. 53).

²⁶ Corroborando a existência de cinco elementos como condição de validade do ato administrativo, por todos, Faria (2011, p. 262). O autor, entretanto, prefere chamá-los de requisitos do ato administrativo.

Todavia Araújo, seguindo a doutrina de Bandeira de Mello, assevera que seria equivocado denominar sujeito, motivo e finalidade como elementos do ato, uma vez que eles não o compõem, mas sim são a ele extrínsecos (ARAÚJO, 2005, p. 54). Portanto, os dois autores admitem como elementos do ato apenas o conteúdo e a forma, ambos, de fato, substâncias do ato (ARAÚJO, 2005; MELLO, 2015, p. 399).

Ressaltando-se que, neste trabalho, adotam-se as lições de Araújo (2005) e Bandeira de Mello (2015) de que é elemento do ato apenas aquilo que de fato o consubstancia, passa-se ao estudo dos elementos do ato administrativo.

2.8.1 Conteúdo

O conteúdo é a alteração na ordem jurídica processada pelo ato, aquilo sobre o que ele dispõe (ARAÚJO, 2005, p. 54; BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 401). Nas palavras de Bandeira de Mello (2015, p. 402), “[...] é o próprio ato, em sua essência”²⁷.

Compreende-se, assim, que o conteúdo do ato é a modificação fática no mundo jurídico operada por determinado ato. Do mesmo modo: “O conteúdo do ato administrativo, vê-se, é aquilo para que o ato se preordena ou a que se destina. Em última análise, é a modificação do ordenamento jurídico” (GASPARINI, 2004, p. 66).

A título de exemplo, no ato administrativo de licença para construção, o conteúdo do ato é a permissão para legítima edificação do imóvel. De igual forma, na multa de trânsito o conteúdo do ato é a punição do infrator.

2.8.2 Forma

A forma do ato é sua exteriorização, que geralmente é escrita, mas pode ser realizada por meio de gestos manuais, como no caso dos atos praticados por agente de trânsito que sinaliza para condutor de veículo automotor emitindo alguma ordem²⁸ (ARAÚJO, 2005, p. 54).

²⁷ Bandeira de Mello (2015, p. 403) faz distinção entre conteúdo e objeto, conforme se anotará em momento oportuno neste trabalho. Desse modo, reconhece o objeto como pressuposto de existência do ato administrativo.

²⁸ “Anexo I – Dos conceitos e Definições. [...] GESTOS DE AGENTES – movimentos convencionais de braço, adotados exclusivamente pelos agentes de autoridades de trânsito nas vias, para ordenar, indicar o direito de passagem dos veículos e pedestres ou emitir ordens, sobrepondo-se ou complementando outra sinalização ou norma contate deste Código” (BRASIL, 1997).

Faria (2011, p. 265) explica que a forma escrita é a regra para atender à publicidade dos atos, ao princípio da moralidade administrativa, bem como para facilitar a atuação dos órgãos de controle.

Segundo a doutrina de Bandeira de Mello (2015, p. 402), trata-se do “[...] revestimento exterior do ato; portanto o modo pelo qual este aparece e revela sua existência”.

Há que se distinguir forma e formalização, sendo esta uma exigência específica para a apresentação do ato (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 402), enquanto a forma é “[...] condição essencial para a perfeição do ato” (FARIA, 2011, p. 265).

Portanto, salvo nos casos em que o ato é admitido pela forma não escrita, a ausência de sua exteriorização por tal maneira acarretará sua inexistência, como ocorreria no exemplo citado por Faria (2011) de nomeação de servidor por ato verbal.

2.9 Pressupostos do ato administrativo

Como observado anteriormente, neste trabalho se adotam as lições de Bandeira de Mello (2015) e Araújo (2005), para os quais o ato administrativo apenas se constitui por dois elementos (conteúdo e forma) intrínsecos ao ato.

Assim sendo, o ato administrativo apresentará, em seu estudo, pressupostos de existência e de validade (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 400). Embora os pressupostos não sejam elementos encontrados na estrutura do ato administrativo, deverão ser observados para sua existência e validade.

Os pressupostos de existência são: o objeto e a pertinência à função administrativa. Por sua vez, os pressupostos de validade são: o sujeito (pressuposto subjetivo), o motivo (pressuposto objetivo), os requisitos procedimentais (pressuposto objetivo), a finalidade (pressuposto teleológico), a causa (pressuposto lógico) e a formalização (pressuposto formalístico) (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 403-419).²⁹

2.9.1 Objeto

Weida Zancaner reforça a corrente que afirma que o ato administrativo possui dois elementos (conteúdo e forma), e identifica o objeto como pressuposto de existência do ato, fazendo, assim, distinção entre conteúdo e objeto:

²⁹ Contudo, cabe consignar aqui a diversa enunciação de Araújo (2005, p. 55), que aponta como pressupostos do ato administrativo: o sujeito, o motivo e a finalidade.

[...] os elementos do ato são: conteúdo e forma. Por sua vez, constitui pressuposto de existência do ato seu objeto, o que implica dizer que um ato há de ter conteúdo e forma para existir. Necessário, também, para analisá-lo, sob o ângulo de perfeição, examinar seu pressuposto de existência, isto é, seu objeto. Com efeito, é mais que um pressuposto de validade. Sem ele o ato nem existirá, de direito (ZANCANER, 2001, p. 35).

Bandeira de Mello (2015), acompanhando a doutrina de Zancaner, também diferencia objeto de conteúdo do ato. O objeto do ato é, na síntese do autor, “[...] aquilo sobre o que o ato dispõe” e “[...] sem objeto – material e juridicamente possível – não pode surgir ato jurídico algum” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 403). Por essa razão, o autor justifica a distinção feita entre conteúdo do ato (elemento) e objeto do ato (pressuposto de existência), de forma semelhante à apresentada por Zancaner.

Na lição de Diógenes Gasparini (2004, p. 67), “Objeto é alguma coisa sobre a qual incide o conteúdo do ato administrativo”. Portanto, concepção que se identifica com a de Bandeira de Mello e Zancaner.

Faria adota diverso posicionamento ao identificar objeto com o conteúdo do ato, incorporando lição de Meirelles. Segundo ele:

A posição de Hely Lopes Meirelles parece ser mais apropriada, considerando que o ato administrativo cria, modifica, extingue direito ou relação jurídica atinente a pessoas, coisas ou atividades sujeitas ao comportamento ou interferência da Administração Pública. Ora, a criação ou alteração do direito ou da situação jurídica é o objeto do ato administrativo e o conteúdo é o resultado desta atuação administrativa. Desse modo, no ato de nomeação de servidor para o exercício de cargo público, o objeto é a nomeação. A alteração no mundo jurídico, decorrente da nomeação, ou melhor, o resultado concreto e prático obtido com a nomeação é o conteúdo. Daí a identificação do objeto com o conteúdo, sustentada por Hely Lopes Meirelles (FARIA, 2011, p. 264-265).

Desse modo, para Faria o objeto do ato é a criação ou alteração de direito ou de relação jurídica, enquanto o conteúdo do ato é o resultado prático do ato.

Por outro lado, Bastos é exemplo de quem prefere tratar objeto e conteúdo como sendo vocábulos análogos, conceituando um e outro como “[...] aquilo que o ato determina, ou seja, o que o ato cria, modifica, resguarda ou extingue na ordem jurídica”, portanto, para este autor, um elemento do ato (BASTOS, 2002, p. 146).

Na análise aqui esposada, mais convincente se mostra a posição já analisada de Zancaner, que explica a distinção entre objeto e conteúdo.

2.9.2 Pertinência à função administrativa

A pertinência à função administrativa é apontada por Bandeira de Mello (2015, p. 404) como pressuposto de existência do ato administrativo. O que defende o autor é a caracterização da existência do ato administrativo diferente do ato jurídico, pura e simplesmente.

Portanto, para que o ato seja qualificado como ato administrativo, este deverá ter conexão com as funções típicas da Administração Pública (BANDEIRA DE MELLO, 2015).

2.9.3 Sujeito

O sujeito é pressuposto subjetivo de validade do ato³⁰ e se caracteriza por ser o apontamento do emissor do ato administrativo, portanto, exterior ao ato (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 404), devendo “[...] possuir, além da capacidade genérica exigida para a prática dos atos jurídicos, a específica competência para tanto, prevista nas leis de organização administrativa” (ARAÚJO, 2005, p. 55).

A primeira verificação quanto à validade do ato diz respeito à capacidade jurídica do agente que o pratica (FARIA, 2011, p. 262-264).³¹

Há necessidade de se observar a competência do órgão para a realização do ato administrativo, visto que é a norma que confere competências a responsável por estabelecer limites que balizarão a atuação do agente administrativo, sob pena de incorrer em ilícitos administrativos, tais como o abuso de poder (FARIA, 2011).

Faria ressalva as possibilidades legítimas de um órgão realizar atribuições que não estejam arroladas como sendo de sua competência, no caso de avocação de competência por superior hierárquico, ou na delegação de competência para imediatos (FARIA, 2011, p. 263).

2.9.4 Motivo

O motivo é pressuposto objetivo e externo de validade do ato, e ocorre no mundo dos fatos. Verificada sua existência, autoriza ou exige a realização do ato administrativo (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 405).

³⁰ Faria (2011, p. 262) localiza o sujeito como sendo o agente competente, catalogando-o como requisito do ato administrativo.

³¹ De modo diverso, aceitando a prática de atos por agente juridicamente incapaz em hipóteses excepcionais, Bandeira de Mello (2015, p. 382).

No mesmo sentido, Antônio Carlos de Araújo Cintra:

Entendemos, portanto, como motivos do ato administrativo, o conjunto de elementos objetivos de fato e de direito que lhe constitui o fundamento. Isto significa que, para nós, os motivos do ato administrativos compreendem, de um lado, a situação de fato, que lhe é anterior, e sobre a qual recai a providência adotada, e, de outro lado, o complexo de normas jurídicas por ele aplicada àquela situação de fato (CINTRA, 1979, p. 97).

O motivo poderá ou não ser previsto na norma, todavia, quando ausente previsão legal, ele deverá ser demonstrado de modo implícito no ordenamento jurídico, sob pena de viciar o ato, “[...] vale dizer: prestantes serão os motivos que revelem pertinência lógica, adequação racional ao conteúdo do ato, ao lume do interesse prestigiado na lei aplicanda” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 405).

É preciso lembrar que os motivos do ato administrativo não são livres como são os motivos dos atos privados. A liberdade encontrada no âmbito particular não pode ser compreendida na seara pública, porque o ato administrativo deve sempre perseguir o interesse público (FAGUNDES, 1979, p. 29). Ademais, uma vez determinado o motivo do ato, este se torna vinculado ao ato, sendo sua razão de validade (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 405; FARIA, 2011, p. 273).

Tal concepção é retirada da “teoria dos motivos determinantes”, segundo a qual, invocado um motivo para a prática do ato, este apenas será válido se os motivos de fato aconteceram (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 412).

Portanto, a razão informada como determinante para produção do ato administrativo não é fruto da vontade do agente, mas contida na norma ao menos de forma implícita e, relatada sua ocorrência na motivação do ato, vincula a atuação do agente.

Sobre este ponto, ressalta Faria (2011, p. 291) que a ausência de indicação do motivo ou o apontamento de motivo falso vicia o ato administrativo, condenando-o à invalidação pela esfera administrativa ou judicial.

Por outro lado, motivo não se confunde com motivação e móvel. A motivação é a expressão dos motivos e outros pressupostos legais para realização do ato; já a motivação é um requisito procedimental, sendo, então, regra para os atos administrativos (ARAÚJO, 2005, p. 55).

A motivação é, portanto, procedimento para indicação do motivo, constituindo, por essa razão, um acessório em relação principal (motivo). Nesse sentido, motivar o ato é tornar o elemento motivo tangível, tal como o ato já o é (FARIA, 2011, p. 267).

Medauar, estudando a evolução do instituto do ato administrativo, aponta que a motivação era tida como não obrigatória, apenas sendo exigida quando expressamente a norma assim o dispusesse. Todavia, “[...] a partir de meados da década de 70 essa tendência vem se invertendo, no sentido da predominância da exigência de motivação dos atos administrativos” (MEDAUAR, 2015, p. 172).

Faria (2011, p. 268) endossa tal posição, alertando que a tendência moderna é a de tornar a motivação um dever para quase a totalidade dos atos administrativos, mesmo quando a lei não expressamente o exija. Segundo o autor, tal prática torna mais eficiente o controle dos atos administrativos, coibindo abusos dos agentes públicos.

Di Pietro (2014, p. 220) também comunga do entendimento de que a motivação deve ser regra nos atos administrativos para garantir a legalidade dos atos.

Ademais, Faria cita contribuição de Rafael Bielsa, segundo o qual todos os atos administrativos devem ser motivados, notadamente os discricionários:

Toda Administração subordina-se ao direito em um regime republicano deve dar conta dos atos, porque sujeitos à revisão jurisdicional, por tribunal contencioso administrativo ou judiciário, não seria possível examinar-lhes a legalidade para consolidá-los, nem em caso contrário, para anulá-los, se não explicassem os motivos (BIELSA *apud* FARIA, 2011, p. 268-269).³²

Em estudo comparado sobre a motivação nos atos administrativos em outros Estados, Faria informa que no Direito francês o dever de motivar cumpre apenas aos atos em que a lei o exigir de forma expressa, sendo certo que o descumprimento de tal determinação legal acarreta a nulidade do ato, havendo, entretanto, casos em que se reconheça o dever implícito de motivar o ato (FARIA, 2011, p. 269).

O autor faz menção, ainda, à inexistência de normas expressas sobre a obrigatoriedade de motivação na Inglaterra, onde nem mesmo as decisões judiciais deverão ser motivadas; ao contrário da tendência norte-americana de exigir expressa motivação nos atos administrativos (FARIA, 2011, p. 270).

Conclui Faria que, em nosso país, o dever de motivar encontra-se implícito na CR/88 e decorre da necessidade de demonstrar, na prática de atos discricionários, notadamente, que a moral administrativa e a impessoalidade, por exemplo, valores protegidos pela ordem constitucional vigente, foram devidamente observados. E menciona que as Constituições dos

³² Nota do autor: BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 1955.

estados de São Paulo e Minas Gerais já explicitam, em seu texto normativo, a obrigação de motivar os atos administrativos praticados por seus agentes (FARIA, 2011, p. 272).³³

Há ainda como argumentar a necessidade de motivação dos atos administrativos tendo como fundamento que as decisões administrativas dos Tribunais devem ser motivadas, diante do que impõe a CR/88, em seu art. 93, inc. X³⁴; da mesma forma seriam as decisões tomadas no exercício típico da função administrativa pelos agentes da Administração (GASPARINI, 2004, p. 65).

Andreas Krell analisa a motivação nos casos em que há discricionariedade para o agente administrativo, enfatizando a necessidade de demonstrar o uso racional da autonomia conferida pela norma, justificando a escolha tomada:

O exercício da liberdade de decisão administrativa também está intimamente adstrito ao dever de motivação dos seus atos. A lei concede determinado grau de autonomia discricionária ao agente administrativo com o fim que este exerça a sua função da melhor forma possível; a qualidade “ótima” da decisão, no sentido de ser a escolha mais correta e satisfatória, deve ser demonstrada mediante a exposição formal dos respectivos motivos, isto é, dos fundamentos jurídicos e fáticos e das devidas justificativas de enquadramento. A estrutura dessa motivação deve revelar nitidamente que houve uma consideração objetiva dos diferentes aspectos do interesse público em jogo (KRELL, 2013, p. 86).

Em contrapartida, móvel é o desejo, intenção, ou vontade do agente que realiza o ato (ARAÚJO, 2005, p. 55); nos dizeres de Bandeira de Mello (2015, p. 407), a “[...] representação subjetiva, psicológica, interna do agente”.

No entendimento de Bandeira de Mello (2015), é importante analisar o móvel nos atos administrativos de competência discricionária, quando se perquirirá sobre a existência de favoritismo e perseguições na atuação do agente capazes de tornar inválido o ato.

2.9.5 Requisitos procedimentais

Bandeira de Mello (2015, p. 412) aponta os requisitos procedimentais como pressupostos objetivos de validade do ato, caracterizando-os como “[...] atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato”.

Trata-se, pois, de ato que, por previsão legal, deve ser realizado antes de outro ato, seja por meio da Administração Pública, seja por particular.

³³ “[...] a do Estado de Minas Gerais de 1989, no art. 13, § 2º, estabelece: ‘O agente público motivará o ato administrativo que praticar, explicitando-lhe o fundamento legal, o fático e a finalidade’” (FARIA, 2011, p. 272).

³⁴ “Art. 93 [...] X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros” (BRASIL, 1988).

Segundo Bandeira de Mello (2015, p. 413), enquanto o motivo é condição que se revela como fato jurídico, os requisitos procedimentais seriam caracterizados como condição que se materializa por meio de atos jurídicos.

2.9.6 Finalidade

A finalidade é apontada como pressuposto teleológico³⁵ e entendida como o objetivo perseguido com o ato, fundamentada em norma jurídica e dirigida a atingir o interesse público (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 413).

Compreende-se que cada ato possui finalidade própria, incorrendo em “desvio de finalidade” ou “desvio de poder” seu uso para realizar fins diversos ao previsto em lei (ARAÚJO, 2005, p. 56). Já para Bandeira de Mello (2015, p. 416), “[...] o desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência” é o que configura a existência do “desvio de finalidade” ou “desvio de poder”; concepção esta diferente da apresentada por Araújo, para quem o ato será viciado se possuir móvel inadequado.

A finalidade é implícita ou explícita na norma, ou seja, o fim público é aquele estabelecido pelo legislador e não outro eleito pelo agente que pratica o ato. Não compete então ao agente realizar uma escolha, tendo em vista que estará vinculado à finalidade da norma (FARIA, 2011, p. 266).

2.9.7 Causa

A causa é pressuposto lógico do ato administrativo e se revela como “vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 416). Assim, mesmo que o agente possa escolher uma opção para ser o motivo, este deverá ter relação de pertinência com o ato produzido, sobretudo considerando-se a finalidade do ato.

Desse modo, é no âmbito da causa que se torna possível a análise de razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da norma jurídica, inclusive pelo Poder Judiciário (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 416-417).

³⁵ Diferentemente da catalogação de Bandeira de Mello, grande parte da doutrina identifica a finalidade do ato administrativo como requisito ou elemento do ato e não seu pressuposto. Por todos, cita-se Faria (2011, p. 265-266).

2.9.8 Formalização

Bandeira de Mello (2015, p. 419) considera a formalização pressuposto formalístico de exteriorização do ato administrativo exigido pela norma.

A forma é a exteriorização do ato, e a formalização é a aparência, o modo específico de apresentação do ato, “uma dada solenização requerida para o ato” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 402). Em regra, a formalização é a escrita, todavia alguns atos deverão ser expressados por gestos ou por via oral, tais como aqueles praticados por guardas de trânsito (BANDEIRA DE MELLO, 2015).

A formalização objetiva trazer uniformização à prática de determinados atos, como ocorre quando a norma estabelece que determinado ato será veiculado por meio de portaria. Portanto, compreende-se que o descumprimento desse comando normativo, em grande parte das vezes, não trará prejuízo ao administrado, sendo considerado mera irregularidade (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 420).

2.10 Aspectos vinculados do ato administrativo

Para que um ato se caracterize como vinculado, deverá ser descrito por uma norma com todos seus pressupostos e elementos apreciáveis de maneira vinculada, como ocorre, por exemplo, no caso de servidor que requer aposentadoria, competindo a quem aprecia o pedido tão somente analisar a subsunção dos fatos à norma, uma vez que todos os pressupostos e elementos do ato já se encontram descritos na lei (ARAÚJO, 2005, p. 60).

Na lição de Bandeira de Mello (2015, p. 438), a vinculação estará presente quando o agir estiver previamente tipificado em “termos de objetividade absoluta”, portanto, sem qualquer margem de escolha para a Administração.

Krell adverte que:

Na verdade, as atribuições da Administração Pública jamais serão totalmente vinculadas ou discricionárias, uma vez que “na prática é impossível e inconveniente prever até o último detalhe aquilo que o órgão deve fazer”, restando aos funcionários sempre algum pequeno espaço de liberdade na sua decisão. Do mesmo jeito, é inconcebível um poder discricional pleno de um órgão administrativo que seja (de antemão) inacessível a qualquer tipo de controle judicial na base dos princípios constitucionais. Por isso, é mais adequado falar de um escalonamento desses atos que abrange o espaço entre um mínimo de poder discricionário e um nível máximo de espaço de decisão administrativa autônoma (KRELL, 2013, p. 28-29).

Explica o autor que é a densidade mandamental encontrada na norma, de acordo com as expressões linguísticas utilizadas, que caracterizará o ato com mais ou menos aspectos

vinculados e discricionários. Quanto maior o aspecto vinculado da norma utilizada, maior será o controle da interpretação realizada pelo agente administrativo. Em contrapartida, a norma que confere ao administrador maior amplitude para sua decisão, com maior discricionariedade para escolha, sofrerá um controle dito negativo, ou seja, que aponte se há erro na concretização do mandamento legal (KRELL, 2013).

2.10.1 Conceitos jurídicos indeterminados

É muito comum que a norma jurídica apresente em seu texto expressões cuja interpretação desperte dúvida quanto à precisão de seu alcance ou até mesmo de seu significado. Isso ocorrerá em expressões frequentemente usadas, como “bons costumes”, “boa-fé” e “interesse público”.

É na Alemanha que a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados tem maior crescimento, principalmente após a experiência nazista. Para romper com decisões individuais da Administração, a doutrina alemã passou a considerar que os conceitos jurídicos indeterminados seriam susceptíveis de sindicância pelo Poder Judiciário (KRELL, 2013, p. 43).

Relata Krell (2013) que na jovem República Federal da Alemanha, notadamente após a promulgação da Lei de Bonn (1949), houve grande ênfase ao princípio da reserva da lei e à garantia constitucional de plena proteção judicial, resultando, inicialmente, na interpretação de que o uso de conceitos jurídicos indeterminados não denotaria competência discricionária.

Credita-se ainda a proeminência dessa teoria em solo alemão à descrença nas decisões administrativas e extrema confiança no Judiciário, sobretudo pelo surgimento de modernos meios de hermenêutica capazes de contribuir para a revisão judicial das decisões administrativas, “como a jurisprudência de interesses, a interpretação teleológica, a interpretação conforme a Constituição etc.” (KRELL, 2013, p. 44).

Segundo Krell, a partir dos anos 50 do século XX, os alemães passaram a fazer uma diferenciação entre interpretação e poder discricionário:

Aquilo que em outros sistemas foi considerado discricionariedade, na doutrina alemã passou a ser visto como hipótese de interpretação legal, passível de controle pleno do Judiciário. A teoria do estrito controle dos conceitos indeterminados das leis administrativas veio atribuindo aos tribunais um extenso poder de substituição das valorações efetuadas pela Administração (KRELL, 2013, p. 48).

Entretanto, noticia o autor que essa doutrina administrativista alemã demasiadamente abrangente foi criticada, perdendo forças para uma doutrina atual que não mais elabora uma

distinção rígida entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade. Todavia ressalva que o Tribunal Federal Administrativo alemão e a doutrina mais renomada ainda mantêm a visão tradicional (KRELL, 2013, p. 49).

No Brasil, grande parte da doutrina reconhece a discricionariedade em normas que contenham em seu texto conceitos fluidos ou elásticos (KRELL, 2013, p. 61). Entretanto cresce a corrente doutrinária que aduz não haver discricionariedade na aplicação de norma que apresente conceito jurídico indeterminado, tratando-se, na verdade, de atividade interpretativa capaz de revelar a única decisão correta ao caso concreto (KRELL, 2013, p. 62).³⁶

Portanto, a questão dos conceitos jurídicos indeterminados divide os doutrinadores quanto a ter aspecto discricionário ou vinculativo para o ato administrativo (MARQUES, 2016, p. 67-87).

Defendendo a discricionariedade na norma que traz em si conceito jurídico indeterminado, posiciona-se Germana de Oliveira Moraes, para quem:

Os conceitos indeterminados são ‘discricionários’ quando, além de compreenderem a complementação do tipo aberto, encerrarem um conflito axiológico, uma ponderação valorativa dos interesses concorrentes, à luz do interesse público privilegiado pela norma jurídica (MORAES *apud* MARQUES, 2016, p. 69).

Para Marques (2016, p. 60), a análise da norma que contenha o conceito jurídico indeterminado deverá ser realizada diante do caso concreto, momento em que, considerando todos os fatores que circundam a aplicação da norma, alcançar-se-á o exato sentido pretendido por ela.

Araújo advoga que a interpretação de tais expressões indeterminadas de forma livre e exclusiva pelo administrador, tirando-lhe a possibilidade de apreciação judicial, é “o mesmo que dar ao administrador um ‘cheque em branco’, preenchível a seu bel-prazer” (ARAÚJO, 2005, p. 73).

Para o autor, não haveria como confundir a existência de norma que traga em seu bojo conceito jurídico indeterminado com outra que apresente aspecto de discricionariedade. Isso porque a norma com conceito jurídico indeterminado apresenta um conceito que, abstratamente analisado, é vago e impreciso, mas diante do caso concreto comporta

³⁶ Nesse sentido leciona Araújo (2005). Em âmbito judicial desponta o controle de constitucionalidade por “excesso legislativo ou administrativo”. Decorre de uma lei ou ato administrativo desarrazoado, ferindo, assim, o devido processo legal substantivo sendo, portanto, inconstitucional. Assim, o poder discricionário do legislador encontra limite na finalidade da competência legislativa. “[...] a validade da norma de lei, ato emanado do Legislativo, igualmente se vincula à observância da finalidade contida na norma constitucional que fundamenta o poder de legislar” (TÁCITO, 2002, p. 8).

interpretação que lhe indique o melhor sentido para sua aplicação. Por esse motivo, Araújo (2005) reconhece a possibilidade de revisão dessa interpretação da norma em vias judiciais.

De outro modo, continua Araújo (2005), a norma que apresenta aspecto discricionário revela, durante o exercício de interpretação, mais de uma possibilidade de atuação, facultando ao agente que praticará o ato mais de uma opção de escolha, todas perfeitamente válidas. Nesse caso, uma reavaliação da conduta adotada revelaria transgressão do princípio da separação de poderes, na medida em que o Judiciário estaria vilipendiando a competência do Poder que praticou o ato (ARAÚJO, 2005).

Destarte, para Araújo, na interpretação das normas com conceitos jurídicos indeterminados não haveria discricionariedade, uma vez que o conceito indeterminado passaria a ser determinável frente ao caso concreto (ARAÚJO, 2005, p. 73).

De modo diverso, admitindo haver discricionariedade em se tratando de norma que contenha em si conceito jurídico indeterminado, o entendimento de Krell:

Parece mais coerente, portanto, ver o uso de conceitos jurídicos indeterminados bem como a concessão de discricionariedade como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação. Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles. A extensão da liberdade discricionária atribuída à Administração mediante o uso de conceitos indeterminados depende, preponderantemente, do tipo de conceito utilizado pelo texto legal (KRELL, 2013, p. 66).

Segundo Krell (2013, p. 87), os conceitos indeterminados, no momento de sua interpretação, apresentarão “áreas claras”, em que há certeza da aplicação do conceito aos fatos surgidos, “áreas escuras”, em que o agente reconhece claramente que os fatos não se enquadram à hipótese legal, e as “áreas cinzentas”, onde haverá diferentes interpretações possíveis:

Na terminologia da filosofia analítica da linguagem, fala-se dos três “candidatos” dos conceitos jurídicos indeterminados: os positivos, os negativos e os candidatos neutros, estando estes últimos situados na referida zona de incerteza. A aplicabilidade (ou não) do conceito legal aos seus candidatos neutros não pode ser deduzida mediante um juízo silogístico “certo”. A sua incidência não é cognoscível para o aplicador através de uma operação lógico-dedutiva, sendo a vaguidade justamente a antítese da cognoscibilidade. Consequentemente, é o próprio intérprete do conceito que deve determinar a sua aplicabilidade na sua zona de incerteza, através do exercício de sua vontade (KRELL, 2013, p. 88).

Neste ponto, ressalta o autor que há discricionariedade na zona de incerteza; frente a mais de uma hipótese possível de interpretação, a escolha por uma dela se dará pelo exercício de vontade do agente (KRELL, 2013).

Portanto, o autor refuta a teoria tradicional germânica que propugna a ideia de haver, nos casos de conceitos jurídicos indeterminados, a possibilidade de se construir, por meio de um processo intelectual, uma única decisão correta. E defende, em contraposição, que compete ao Judiciário verificar, não se o resultado da aplicação de um conceito jurídico indeterminado foi “o correto”, mas se foi adequadamente motivado e justificado, tornando-se ‘sustentável’” (KRELL, 2013, p. 89-90).

Voltando ao tema da discricionariedade, cumpre fazer menção à lição de Binjenbojm. O autor argumenta que a clássica distinção entre atos vinculados e atos discricionários perde força, passando a compreender um sistema de graus de vinculação à juridicidade (BINENBOJM, 2008, p. 25). Ele advoga que quanto maior a vinculação do administrador à juridicidade, maior será a controlabilidade judicial de seus atos (BINENBOJM, 2008, p. 208).

Portanto, para Binjenbojm, a interpretação e aplicação da lei devem ser consideradas com a incidência direta dos princípios constitucionais, reduzindo o espaço de escolha do intérprete. Segundo ele, “deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a *costurar* todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo” (BINENBOJM, 2008, p. 36).

Arremata Binjenbojm, de maneira semelhante a Krell (2013), que na apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados revela-se substancial aferir as “circunstâncias fáticas do caso concreto em cotejo com os princípios constitucionais e legais da Administração Pública” (BINENBOJM, 2008, p. 224). Assim, o que importa é constatar se o ato praticado com base em conceito jurídico indeterminado foi fundamentado de tal forma a se demonstrar sustentável perante a ordem jurídica.

2.11 Discricionariedade

O tema da discricionariedade nos atos administrativos é extremamente complexo e divide a doutrina em várias interpretações. Todavia, não há como debruçar-se sobre tema referente aos atos administrativos sem realizar uma leitura desses pensamentos diversos e compreender toda a discussão em torno do conceito de discricionariedade.

Informa Araújo (2005, p. 611) que, no ato discricionário, a interpretação da norma revela a existência de mais de uma solução possível e legítima para sua prática, municiando, pois, o agente administrativo com pelo menos duas opções válidas a seu agir. O autor defende que:

[...] a discricção caracteriza dado aspecto do ato administrativo sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a transparecer que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de um número determinado ou indeterminado de opções que se caracterizam como indiferentes jurídicos, pelo que a consideração axiológica da melhor alternativa se fará por meio de outros critérios que não o de direito (ARAÚJO, 2005, p.85).

O conceito apresentado por Araújo afasta as hipóteses de atos que apresentem conceitos jurídicos indeterminados, ao afirmar que a discricionariedade, para existir, depende de previsão de mais de uma opção válida ao administrador, revelada na própria análise do texto normativo. Portanto, resta ao administrador a liberdade para agir e escolher a opção que eleger mais adequada, entre as abertas pela norma no caso concreto, sendo todas consideradas justas pelo Direito (ARAÚJO, 2005, p. 73).

Um pouco distante da posição de Araújo parece Bandeira de Mello quando assim se manifesta:

Na discricionariedade, pelo contrário, a norma reguladora carece desta precisão por que:

[...]

b) ou a situação é descrita por palavras que recobrem conceitos vagos, dotados de certa imprecisão e por isso mesmo irredutíveis à objetividade total, refratários a uma significação unívoca inquestionável (por exemplo: suponha-se uma norma nestes termos: “Os que se comportarem de modo *indecoroso* deverão ser expulsos do cinema” – o pressuposto *comportamento indecoroso* resente-se de alguma fluidez) (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 442).

Ora, o que sublinha Araújo é que o conceito vago, na análise do caso concreto, não geraria opções ao intérprete, na medida em que, como no exemplo dado por Bandeira de Mello, uma situação ou é indecorosa ou não o é. Mesmo que se trate de conceito jurídico indeterminado, competiria ao intérprete da norma definir, em cada caso que se lhe apresente, se há ou não a falta de decoro.

Bandeira de Mello (2015, p. 443) alerta que certos conceitos vagos, diante do caso concreto, dão margem a dúvida; nessa hipótese haveria sim discricionariedade, porque se a interpretação não revela certeza, compete ao agente escolher qual decisão tomar entre as que se revelem possíveis.

Assim, Bandeira de Mello conceitua os atos praticados no exercício da competência discricionária como os que conferem “certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 438).

Ademais, alerta o autor que inexistente ato com absoluta discricionariedade, uma vez que os atos administrativos serão vinculados, ao menos, para a doutrina majoritária, quanto ao fim

e à competência. Sempre deve haver na norma a indicação de quem é competente para praticar o ato e este, a seu turno, deverá objetivar algum interesse público (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 439).

Todavia Bandeira de Mello diverge dessa posição majoritária para aduzir que é possível a discricionariedade quanto ao fim. Em que pese compreender que o fim será sempre um interesse público, para o autor, definir o que seja interesse público encerra uma atividade discricionária.

Jean Rivero pontua que:

Se as exigências da legalidade se estendessem a todos os elementos da atividade administrativa, esta seria puramente passiva; o papel da Administração reduzir-se-ia à elaboração mecânica de actos particulares impostos pela norma geral; toda a liberdade de apreciação, toda a iniciativa lhe estariam proibidas. Na realidade não é assim; a submissão da Administração ao direito deixa subsistir a seu favor uma zona de liberdade; é o poder discricionário (RIVERO, 1981, p. 93).

Por tal razão, Rivero (1981, p. 94) ressalta a necessidade de haver um equilíbrio entre atividades discricionárias e vinculadas exercidas pela Administração. Isso porque o excesso de competências vinculadas resultaria em uma administração inflexível às circunstâncias particulares e mutáveis do cotidiano, ao passo que o excesso de competências discricionárias tenderia ao arbítrio da autoridade, portanto, à insegurança do administrado.

Faria (2011, p. 288) defende que os elementos sujeito (capacidade), forma e finalidade são sempre vinculados, restando ao agente público a possibilidade de exercer liberdade de escolha para os elementos conteúdo e motivo.

O autor ainda pontua que, no âmbito da competência discricionária, cabe ao agente público fazer juízo de conveniência e oportunidade quanto aos elementos conteúdo e motivo, sendo esse campo o denominado mérito administrativo, no qual o Judiciário estaria impedido de adentrar, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes (FARIA, 2011, p. 289). Ressalta Faria que tal competência discricionária é dada ao agente do ato administrativo, uma vez que o legislador reconhece que será diante do caso concreto que se poderá decidir pela conveniência e oportunidade para a prática do ato administrativo.

Em sentido mais rigoroso posiciona-se Binenbojm. Segundo o autor, na discricionariedade há um espaço onde falta legitimação. Em tal hipótese não há pura e simplesmente liberdade de atuação do agente público, mas um dever de fundamentar suas opções com base nas leis e na Constituição (BINENBOJM, 2008, p. 39).

Após o estudo do ato administrativo, compreensão de seus elementos e pressupostos e desenvolvimento dos principais temas a respeito de sua estrutura, o próximo capítulo abordará

o ato administrativo com vício de legalidade, identificando hipóteses ordinárias de restauração da ordem de legalidade em decorrência da autotutela administrativa.

Os atos viciados serão tratados como meramente irregulares, anuláveis, nulos e inexistentes. E, de acordo com o vício apresentado, o ato suportará, ordinariamente, sua invalidação ou convalidação.

3 RESTAURAÇÃO ORDINÁRIA DA ORDEM DE LEGALIDADE

O ato administrativo inválido desafia providência administrativa ou judicial que restaure a ordem de legalidade. Na verdade, como ele rompe com a legalidade estrita, a consequência imediata é, em regra, a necessidade de retirada do ato inquinado por vício de legalidade, seja mediante sua invalidação, conversão, redução ou convalidação do ato administrativo (MARTINS, 2008, p. 275).

Neste capítulo serão tratadas as formas ordinárias de recomposição da ordem de legalidade, reconhecendo-se, mais uma vez, que o tema encontra dissenso doutrinário.

3.1 Ato administrativo inválido

O ato administrativo perfeito, considerado como aquele que tem existência e que completou as etapas de sua formação, pode carecer de validade, quando produzido em desconformidade com alguma exigência normativa (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 473).

A legitimidade do ato administrativo decorre da lei, implicação do princípio da legalidade estrita, segundo o qual a Administração só pode fazer aquilo que é autorizado ou determinado pela norma. Por essa razão, a não observância dos comandos legais retira do ato administrativo os fundamentos de validade (ARAÚJO, 1997, p. 183).

Portanto, o ato inválido antes de tudo existe porque seu ciclo de formação encontra-se satisfeito, mas se encontra em desconformidade com a ordem jurídica por descumprir algum preceito legal, incomodando o sistema e reclamando, assim, uma providência de adequação.

A repulsa ao ato viciado é tamanha que há na literatura quem reconheça a invalidação do ato como uma sanção aplicável ao ato produzido em desconformidade com a ordem de legalidade (AMARAL, 1978, p. 63). Nesse sentido, Dromi (2001, p. 292) afirma que a nulidade seria o antibiótico da juridicidade capaz de sanear o vício detectado.

Importante citar a distinção de invalidades na esfera privada e pública esboçada por Giovanni Bigolin:

[...] no direito privado a ênfase sobre a vontade das partes contribui apresentando cada ato como definidor de sua própria ordem jurídica e, por isso, as principais nulidades são aquelas que demandam de uma imperfeição dos mesmos elementos que constituem o ato. Por outro lado, as nulidades administrativas não dependem de qual elemento do ato está viciado, senão da importância da infração à ordem jurídica (BIGOLIN, 2007, p. 40).

Bigolin sublinha que o vício que macula o ato administrativo requer maior esforço por parte do intérprete, que, uma vez o constatando, deverá realizar uma avaliação da lesividade do vício à ordem jurídica a fim de decidir sobre a providência que será tomada.

Zancaner leciona que a restauração da ordem de legalidade poderá ocorrer por meio da invalidação do ato administrativo inquinado com vício de legalidade, ou por sua convalidação:

O princípio da legalidade visa a que a ordem jurídica seja restaurada, mas não estabelece que a ordem jurídica deva ser restaurada pela extinção do ato inválido. Há duas formas de recompor a ordem jurídica violada, em razão dos atos inválidos, quais sejam, a invalidação e a convalidação (ZANCANER, 2001, p. 53).

Desse modo, a invalidação do ato restabelece a ordem jurídica excluindo o ato viciado e, por conseguinte, seus efeitos. A convalidação, a seu turno, serve para reproduzir um ato de vício sanável corrigindo o vício, e será objeto de estudo mais detido ainda nesta dissertação.

A constatação de invalidade do ato administrativo gera para a Administração, portanto, necessidade de providenciar a restauração da ordem de legalidade. Tal necessidade decorre do desdobramento dos princípios da legalidade e do dever de autotutela.

3.1.1 Autotutela³⁷

Para compreender a autotutela, é preciso vislumbrar a Administração Pública como responsável por efetivar o Direito buscando o bem comum da coletividade. Também é imperioso afirmar que, para atingir tal objetivo, a Administração deverá obedecer às normas jurídicas, sob pena de ter sua conduta considerada como ilegítima (MEIRELLES, 2011, p. 2014).

A Administração reveste-se do poder de tutelar a validade dos atos que ela mesma realiza, denominando-se de regime jurídico da autotutela o conjunto de normas de direito público que estabelecem o dever de verificação de seus próprios atos (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 109).

Compreende-se que pela autotutela a Administração tem o dever de anular ou revogar seus atos por iniciativa própria, quando inoportunos, no primeiro caso, ou quando inquinados de vício, no segundo (CRETELLA JÚNIOR, 1972, p. 110-111).

³⁷ Deixa-se aqui de tecer considerações acerca da autotutela que exerce a Administração sobre seus bens, para conservá-los (DI PIETRO, 2014, p. 70).

A autotutela, pois, é decorrência do princípio da legalidade. A lei que sujeita os atos administrativos também obriga o agente produtor de tais atos que lhes verifique a regularidade (DI PIETRO, 2014, p. 700).

Ressalta-se que, em regra, a autotutela é realizada de ofício pela Administração, mediante sua autoexecutoriedade. Todavia a doutrina moderna assevera que, quando o ato viciado repercutir em interesses individuais, haverá necessidade de cumprir o contraditório e ampla defesa, perdendo força, assim, o caráter de autoexecutoriedade. Tal exigência, mesmo que excepcional, visa impedir decisões imediatas e arbitrárias por parte da Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2014, p. 231).

Nesse sentido também se posiciona Bigolin, quando aduz que “o exercício da autotutela administrativa esbarra, portanto, nos limites do devido processo legal, e dos subprincípios a ele inerentes, tais como o contraditório e a ampla defesa” (BIGOLIN, 2007, p. 27).

Carvalho Filho (2014, p. 232) cita como exemplo a Lei de Licitações, que determina o contraditório para o desfazimento de processo licitatório.³⁸ Com tal medida, o administrado terá oportunidade de questionar e demonstrar que as razões para invalidação ou revogação da licitação são insuficientes. Seja porque o suposto vício é passível de convalidação, com refazimento do ato sem a mácula de ilegalidade, seja porque o vício é meramente uma irregularidade que não gera invalidação, ou porque os motivos para revogação de fato não existem.

Quanto à possibilidade de invalidação e exercício da autotutela pela Administração Pública, o tema já se encontra pacificado no Supremo Tribunal Federal nas Súmulas 346 e 473. Para evitar a repetição, a fim de tratar melhor o assunto, apresentam-se ambas as súmulas no item 4.1, que versa sobre a invalidade do ato administrativo.

3.1.2 As diversas classificações das invalidades dos atos administrativos

A classificação de invalidades encontra grande divergência na literatura administrativista. Tal fato pode ser atribuído à ausência de sistematização expressa nesse sentido em textos normativos, conforme leciona Fagundes ao afirmar que “a deficiência e a falta de sistematização dos textos de Direito Administrativo embaraçam a construção da teoria das nulidades dos atos da Administração Pública” (FAGUNDES, 1979, p. 46).

³⁸ “Art. 49. [...] § 3º: No caso de desfazimento do processo licitatório, ficam assegurados o contraditório e a ampla defesa” (BRASIL, 1993).

No mesmo sentido, Bigolin (2007, p. 32) sustenta que a teoria da invalidação dos atos administrativos pode ser considerada uma das categorias mais confusas do Direito pátrio em função da ausência de legislação específica regulamentando a matéria, bem como pelo descompasso percebido no âmbito da doutrina.

A grande celeuma repousa na possibilidade ou não de transposição da teoria das nulidades do Direito Civil quando da análise de atos viciados no âmbito do Direito Administrativo.

Em síntese, há alguns autores que defendem não ser possível a divisão dos atos administrativos viciados em atos nulos e anuláveis, tal como no âmbito do direito privado, que reconhece nulidades absolutas e relativas (nulidades e anulabilidades). Segundo esta corrente haveria impossibilidade de aplicação da nulidade por não haver direito público disponível. Portanto, como o ato administrativo versa sobre interesse público, o vício nesse ato acarretaria sempre a nulidade absoluta, merecendo a censura da invalidação. Nesse sentido é o ensinamento de Meirelles:

O ato administrativo é legal ou ilegal, válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio legal, válido ou meio válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou anulabilidade, como pretendem alguns autores que transplantam teorias do Direito privado para o Direito público sem meditar na inadequação aos princípios específicos da atividade estatal. Pode haver a convalidação, desde que não haja lesão ao interesse público nem prejuízos a terceiros. Pode haver também a correção de mera irregularidade que não torna o ato nem nulo nem anulável, mas simplesmente defeituoso ou ineficaz até sua retificação (MEIRELLES, 2011, p. 211).

Outra parte da doutrina defende a possibilidade de aplicação da teoria de nulidades do Direito Civil ao Direito Administrativo, classificando as invalidades em atos nulos e atos anuláveis.

Nesse sentido, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1969, p. 583) assevera que a apropriação da teoria civilista de nulidades deverá ser realizada com ressalvas, considerando-se a peculiar natureza dos atos administrativos.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 474) trabalha com a existência de um gênero denominado de atos inválidos, que comporta os atos nulos, anuláveis e inexistentes. O autor ainda aponta as características dos atos meramente irregulares, que não são considerados inválidos. Esta posição parece mais completa e condizente com a realidade do direito público, motivo pelo qual será aqui adotada e estudada mais adiante.

O referido autor adverte que não há graus de invalidade, mas o que se observa é uma gradação da reação do Direito ao tipo de vício constatado. Assim, para ele, seria possível

estabelecer a distinção entre atos nulos, anuláveis, meramente irregulares e inexistentes (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 473).

A título de ilustração, no estudo das nulidades no Direito argentino, Dromi adverte que “a consequência que deve ser atribuída ao ato viciado não depende de suposição apriorística, mas da importância que em cada caso tenha o vício cometido” (DROMI, 2001, p. 291, tradução livre)³⁹. E, considerando os vícios segundo a gravidade ou importância da ilegalidade em face do caso concreto, classifica-os como vícios muito graves, graves, leves e muito leves (DROMI, 2001, p. 292).

O autor ainda informa que no Direito argentino as nulidades administrativas são enumeradas em lei segundo sua gravidade, alertando, todavia, que o rol de nulidades não seria taxativo, nem rígido, na medida em que é possível à Administração declarar a existência de outros vícios não mencionados (DROMI, 2001, p. 293).

Visão que merece ser mencionada também é a de Sérgio Ferraz (2003). Segundo ele, o mais útil seria classificar os atos viciados em convalidáveis e inconvalidáveis, refutando a concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015), que traz a noção de atos irregulares e inexistentes, ao argumento de que bastaria catalogá-los como convalidáveis ou inconvalidáveis (FERRAZ, 2003, p. 61).

Certo é que o ato administrativo inválido exigirá uma providência para restauração da legalidade, por meio de produção de outro ato jurídico que poderá ser produzido pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário (MARTINS, 2008, p. 274). Nesse sentido, o ato será invalidado pela própria Administração Pública quando constatada a invalidade através de mecanismos de controle interno, decorrentes da autotutela administrativa.

Assim, diante do ato nulo, a própria Administração tem, em regra, o dever de operar sua invalidação por meio de edição de outro ato administrativo. Diga-se em regra, uma vez que serão estudadas, ainda neste trabalho, hipóteses em que a doutrina e jurisprudência admitem a manutenção de atos inválidos e insusceptíveis de convalidação (portanto, como se verá, atos nulos), com fundamento na juridicidade.

Por fim, é preciso consignar que não serão abordados neste trabalho os atos revogáveis⁴⁰, aqueles que não apresentam qualquer afrontamento à legalidade, mas sim são retirados da ordem jurídica exclusivamente pela Administração Pública, por critério de

³⁹ No original: “La consecuencia que hay que assignar al acto viciado no depende de supuestos apriorísticos, sino de la importancia que em cada caso tenga el vicio cometido”.

⁴⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua a revogação como “a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 461).

conveniência e oportunidade, ou seja, mérito administrativo (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 461).

3.1.3 Atos administrativos meramente irregulares

Os atos meramente irregulares apresentam “vícios materiais irrelevantes”, incapazes de comprometer a publicidade dos atos, segurança ou conteúdo destes (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 482). Desse modo, o vício considerado meramente uma irregularidade do ato administrativo não tem o condão de invalidá-lo.

Dromi (2001, p. 297) denomina atos com vícios muito leves como aqueles cujo sentido pode ser verificado com um esforço maior de interpretação, e também os produzidos sem dolo do administrado, concluindo que tais vícios não geram a invalidade do ato. Em seu entendimento, o ato com vício muito leve poderá ser corrigido com sua modificação por meio de esclarecimento, editado pelo mesmo órgão que expediu o ato irregular (DROMI, 2001, p. 299).

A irregularidade demonstra, pois, descumprimento de regra de formalização interna do ente administrativo, sem implicações a terceiros e, portanto, não repercute na validade do ato, por se compreender que a contrariedade ao Direito é menos gravosa. Portanto, “há irregularidade no ato, mas não há invalidade” (MARTINS, 2008, p. 270).

Zancaner (2001, p. 91) denomina o ato irregular de absolutamente sanável e propugna a ideia de que tais atos devam ser, necessariamente, expressamente convalidados.

De maneira diversa, Martins (2008, p. 270) advoga que os atos irregulares não necessitam ser convalidados ou anulados. Ou seja, não é preciso sequer corrigi-los. Isso porque se parte do pressuposto de que o ato irregular, para assim ser caracterizado, não pode causar dano a terceiros.

Na obra de Martins encontram-se alguns exemplos de atos irregulares, tais como o erro ortográfico que não dificulta a compreensão do ato, sendo apenas um equívoco formalístico. Outro vício formalístico apontado pelo autor é quando há determinação de que comunicações internas de um órgão se façam por meio de memorandos e entre órgãos distintos por meio de ofício. O descumprimento de tais determinações não geraria vício capaz de invalidar o ato, tampouco a necessidade de convalidação do ato equivocadamente produzido. O que de fato ocorre é uma mera irregularidade que não traz qualquer prejuízo à Administração (MARTINS, 2008, p. 271).

Entretanto adverte Martins (2008, p. 272): “Com efeito: como regra geral, o vício de formalização não-interferente nos direitos individuais dos administrados, não-prejudicial ao seu direito de defesa, de informação ou de fiscalização, gera tão-somente a irregularidade”. A preocupação de Martins é deixar claro que o erro formal que de certa maneira interfere no direito do administrado, sobretudo em seu direito à informação, defesa ou de fiscalização é capaz sim de invalidar o ato.

Portanto, o ato meramente irregular deve ser aquele que não alcance a órbita jurídica do administrado, sendo apenas caracterizado por um vício formalístico que não gere prejuízo a terceiros.

3.1.4 Atos administrativos anuláveis

Anuláveis são os atos que apresentam vícios sanáveis, portanto, a restauração da ordem de legalidade, em tais casos, comportará a convalidação do ato (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 485).

Como será melhor desenvolvido em tópico adiante, a convalidação traduz o refazimento do ato corrigindo-se o vício apresentado para que produza efeitos retroativos. Desse modo, o que está em jogo é, na verdade, a possibilidade de correção do vício ou não. Sendo possível a correção, o ato será qualificado como anulável. Do contrário estar-se-á diante de um ato nulo ou inexistente (BANDEIRA DE MELLO, 2015).

Assim, segundo Bandeira de Mello (2015, p. 490), caracterizam-se como atos anuláveis “a) os que a lei assim os declare; b) os que podem ser novamente praticados sem vício”. De modo similar, na doutrina de Dromi (2001, p. 292), os atos passíveis de anulação correspondem aos que apresentam vícios leves.

3.1.5 Atos administrativos nulos

Diferentemente são os atos nulos. Estes são atos cuja convalidação se mostra impossível, ou seja, não há viabilidade de reprodução do ato com a correção do vício, restando apenas, em regra, a possibilidade de invalidação do ato, com sua retirada da ordem jurídica para a restauração da ordem de legalidade, ou de conversão, como adiante se explicará (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p.496).

A invalidação gera, a princípio, efeitos *ex tunc*, retroagindo para alcançar os efeitos gerados desde a produção do ato e poderá ser arguida de ofício pelo magistrado ou sob provocação do Ministério Público (BANDEIRA DE MELLO, 2015).

A divergência doutrinária em relação aos atos nulos é quanto aos efeitos produzidos por eles que atingem a esfera do terceiro de boa-fé. Nesse sentido, Bandeira de Mello advoga a tese de que:

[...] nos atos unilaterais restritivos da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos *ex tunc*, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das consequências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 492).

Veja-se que a preocupação do doutrinador centra-se na conservação dos efeitos do ato viciado, considerando-se a boa-fé ou não do administrado. Bandeira de Mello reconhece a extirpação desses efeitos a partir do pronunciamento da nulidade, nos casos em que se tenha reconhecida a boa-fé do administrado. E defende sua tese ao argumento de que o ato administrativo goza de presunção de veracidade e legitimidade, razão que deveria servir de proteção ao administrado de boa-fé (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 492).

Bandeira de Mello (2015), a título de exemplo, expõe a hipótese do cidadão nomeado em virtude de concurso público posteriormente considerado inválido. Nesse caso, sendo a invalidez fruto de vício insanável, a solução seria reconhecer os serviços prestados e a remuneração percebida até o pronunciamento da nulidade, portanto, atribuindo efeito *ex nunc* à decisão. O autor ainda reconhece o direito do administrado de ser indenizado em caso de invalidação de ato que tenha movido o terceiro de boa-fé a realizar despesas, sob pena de haver enriquecimento ilícito da Administração (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 493).

É exemplo de ato nulo, inconcebível de convalidação, a remoção de servidor público para outro órgão do ente público ao qual presta serviço motivado por perseguição política. Nesse exemplo, a finalidade do ato administrativo não é o interesse público. Desse modo, configurado o desvio de finalidade, o ato é inquinado de ilegalidade com vício nulo, insanável. Portanto, a única medida possível para restaurar a ordem de legalidade seria a invalidação do ato de remoção.

3.1.6 *Atos administrativos inexistentes*

Noticia Gualazzi (1977) que é Cretella Júnior (1966a) quem alerta para a necessidade de distanciar, tecnicamente, os conceitos de ato inexistente e ato nulo, em que pese o efeito prático para o Direito ser semelhante.

Outrossim, adverte Reale que é necessário compreender que o ato juridicamente inexistente não se confunde com o ato extrajurídico. Isso porque “alguma referibilidade há entre ele e o Direito, alguma pretensão, embora infundada existe para que se faça mister uma tomada negativa de posição” (REALE, 1980, p. 50). Para o autor, falta ao ato inexistente algum elemento constitutivo e, por tal razão, o ato permanece juridicamente embrionário (REALE, 1980, p. 51).

Na lição de Bandeira de Mello, os atos inexistentes se enquadram na categoria de atos que pela gravidade dos vícios apresentados seriam imprescritíveis e insusceptíveis de convalidação, correspondendo a uma nulidade constitucional:

Consistem em comportamentos que correspondem a condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade intrínseca e, como tais, resguardados por princípios gerais de Direito que informam o ordenamento jurídico dos povos civilizados (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 481).

O autor exemplifica com a ordem de alguém para explorar trabalho escravo. Nessa hipótese, o ato fere o ordenamento jurídico, colidindo com princípios de Direito que instruem a ordem jurídica, tal como a dignidade da pessoa humana e a valoração do trabalho, sendo, então, incapaz de convalidação (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 482).

Heraldo Garcia Vitta (2000, p. 264-265) reconhece como atos inexistentes aqueles tipificados como crimes, não sendo necessário, todavia, o reconhecimento judicial da prática do crime, mas tão somente a constatação de que o ato administrativo revela também conduta tipificada como criminosa.

De igual forma, o ato com objeto ilícito, embora não configure conduta criminosa, enquadra-se como ato inexistente. Como exemplos o autor cita a licença para funcionamento de hotel como casa de prostituição, o ato administrativo sem objeto e o ato realizado com usurpação de função, como aquele que, sendo de competência de prefeito, é editado por governador (VITTA, 2000).

Dromi (2001) explica que no Texto Constitucional argentino há previsão de nulidades que, pela gravidade que representam, independem de ter sua invalidade pronunciada em declaração judicial, carecendo de presunção de legitimidade; são os chamados vícios muito

graves. No direito público, tais nulidades correspondem aos atos inexistentes, que, como explicado por Bandeira de Mello (2015), apresentam vícios insanáveis e imprescritíveis (DROMI, 2001, p. 293).

3.2 Invalidação

A invalidação é a medida mais grave para recompor a ordem de legalidade, porque retira do mundo jurídico o ato viciado e interrompe a produção de seus efeitos. Na verdade, conforme demonstrado em item anterior, os efeitos da invalidação do ato podem ser *ex tunc*, retroagindo até a data de sua edição, ou *ex nunc*, cessando os efeitos apenas a partir do momento da declaração de invalidade, neste último caso em homenagem à boa-fé de terceiro alcançado pelo ato inválido (MARTINS, 2008, p. 275).

O tema encontra-se sumulado pelo Supremo Tribunal Federal da seguinte forma:

Súmula nº 346. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos (BRASIL, 1964).

Súmula nº 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (BRASIL, 1969).

Os textos sumulados falam da possibilidade de a Administração declarar nulos seus próprios atos e anular os atos ilegais dos quais não se originam direitos. Portanto, trata-se de atos inválidos. Neste estudo, a anulação é entendida como invalidade, adotando-se a nomenclatura de Bandeira de Mello (2015) para compreender tanto os atos nulos quanto os anuláveis.

A Súmula 473 refere-se também à possibilidade de revogação dos atos administrativos, medida esta que diz respeito ao mérito administrativo; é, portanto, aplicada a atos válidos, mas por algum motivo considerado desnecessário pela Administração Pública. Reitera-se que a revogação do ato administrativo não é objeto deste estudo, por não ser medida aplicável a atos inválidos.

Voltando à reflexão sobre a invalidade dos atos administrativos, a decretação de invalidação do ato nulo se dará mediante outro ato administrativo, ou por meio de ato judicial, que o extirpará do mundo jurídico. Todavia, diverge a literatura a respeito da obrigatoriedade ou não de invalidar.

Primeiramente, é importante apontar a sutil distinção feita por Martins (2008) a respeito da invalidade do ato administrativo e a invalidação do ato administrativo. Segundo o

autor, a invalidade diz respeito à constatação de vício no ato que desafia medida corretiva pela emanção de outro ato administrativo ou de ato jurídico. Já invalidar o ato administrativo consiste em uma das formas de retirada do ato inválido, por outro ato que o exclui do mundo jurídico. Outras formas seriam a conversão, redução ou convalidação (MARTINS, 2008, p. 274).

Forte debate na literatura refere-se à faculdade ou obrigatoriedade de invalidar. Alguns autores, tais como Reale (1980, p. 60), Binenbojm (2008, p. 70-71), Bigolin (2007, p. 103), advogam a tese de que, constatado vício de legalidade insanável, ao administrador compete verificar frente ao caso concreto se a invalidação se revela melhor providência, considerando, inclusive, a repercussão da retirada do ato viciado, sopesando sua manutenção mesmo que ferindo a legalidade estrita, mas em homenagem à preservação de outros princípios constitucionais⁴¹.

Consigna-se, também, a posição de Zancaner, para quem o dever de invalidar é imperioso face à constatação de vício insanável no ato administrativo (ZANCANER, 2001, p. 46).

Este assunto será desenvolvido no próximo capítulo, quando se enfrentará o tema da crise da legalidade estrita sob o ponto de vista do princípio da juridicidade.

3.2.1 Prazo razoável

Constatada a invalidade insanável no ato administrativo, é cediço que a regra é sua retirada do ordenamento jurídico. Contudo a segurança jurídica reclama que a permanência do ato nulo por prazo razoável, sem providências no sentido de sua retirada, possa gerar na sociedade relações jurídicas que não devam mais ser modificadas. Isso porque a ordem jurídica requer estabilidade e certeza nas relações, e a possibilidade eterna de invalidação de

⁴¹ Raciocínio similar é utilizado pelo Supremo Tribunal Federal quando na análise de constitucionalidade de normas realiza a modulação dos efeitos da decisão. A modulação dos efeitos encontra-se prevista na Lei n. 9.868/99 (art. 27), determinando a observância da segurança jurídica e excepcional interesse social restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Notícias Alexandre de Moraes que: “O Supremo Tribunal Federal decidiu que 'o sistema pátrio comporta a modulação de efeitos, sem que isso signifique violação ao texto constitucional', afirmando que 'a sua adoção decorreria da ponderação entre o Estado de Direito na sua expressão legalidade e na sua vertente segurança jurídica'. Ressaltou, ainda, 'que o procedimento da modulação seria bifásico, escalonado e progressivo: o julgamento que se faz sobre o mérito da constitucionalidade e aquele referente à modulação de efeitos', ou seja, 'ocorreriam duas apreciações autônomas e distintas, sendo que a segunda - a qual envolveria a questão da modulação - tem como pressuposto a declaração prévia de inconstitucionalidade” (MORAES, 2014, p. 777).

atos administrativos pode dar ensejo a sentimento contrário. Em razão disso, conclui-se que a invalidação estaria submetida a prazo prescricional (SUNDFELD, 1990, p. 890).⁴²

Todavia não há no ordenamento jurídico nacional definição expressa de todos os prazos para a Administração exercer seu dever de invalidar os atos viciados. Assim, a doutrina traça diferentes formas de lidar com o tema.

É comum observar na literatura a menção a prazo razoável (ARANHA, 1997, p. 64). Isso é compreensível, na medida em que a razoabilidade do prazo transcorrido entre a edição do ato inválido, a perpetuação de seus efeitos com deflagração de inúmeras relações jurídicas e a constatação da invalidade devem ser mensuradas à luz do caso concreto.

Ora, a tolerância do Poder Público inerte pode dar ensejo à consolidação de diversas situações jurídicas permeadas pela confiança implícita ao ato editado pela Administração Pública. E não há como negar que, em determinados casos, invalidar o ato nulo poderia ferir direitos subjetivos do administrado de boa-fé (ARANHA, 1997).

Assim, compreende-se que a imperatividade do dever de invalidar atos insanáveis encontra obstáculo no decurso de prazo razoável, uma vez que este é capaz de gerar a estabilização de situações jurídicas, dada a proeminência do princípio da segurança jurídica. Na hipótese, por exemplo, de servidor nomeado para cargo criado por lei posteriormente declarada inconstitucional, o decurso do tempo pode reclamar a perpetuação da situação jurídica solidificada.

O tema da segurança jurídica se desenvolverá com mais cuidado em capítulo subsequente, quando se fará também menção à possibilidade de estabilização de relações jurídicas em decorrência deste princípio.

3.3 Conversão

Leciona Martins (2008, p. 275) que haverá conversão “na edição de um ato administrativo que tem por efeito a transformação de um viciado em outro ato, de forma que o ato viciado seja saneado”.

Adiante, o autor faz distinção entre a conversão e a convalidação, explicando que ambas as figuras jurídicas retiram o ato viciado da ordem jurídica e passam a ser o substrato que legitima os efeitos produzidos por ele, apresentando efeitos *ex tunc*. Alerta, contudo, que o ato efetivado pela conversão terá conteúdo diferente do ato viciado, o que não ocorre na convalidação (MARTINS, 2008).

⁴² Entendendo que a invalidade se submete a prazo decadencial, Zancaner (2001).

Martins utiliza como exemplo a nomeação de indivíduo para cargo efetivo sem sua aprovação em concurso público. Tal ato, claramente viciado, porque os cargos efetivos devem ser providos por meio de concurso público⁴³ e não por livre nomeação, poderia ser corrigido pela conversão em nomeação para cargo em comissão, evitando-se, assim, sua invalidação (MARTINS, 2008, p. 276).

No mesmo sentido encontra-se a figura da conversão na obra de Bandeira de Mello, que ensina que “na conversão o ato produz, retroativamente, efeitos próprios de outro ato: aquele que seria possível” e adverte que a conversão não se faz possível para os atos inexistentes (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 487).

Logo, a conversão do ato administrativo não se confunde com a invalidação porque objetiva manter os efeitos produzidos pelo ato viciado, tampouco se confunde com a convalidação, porque seu conteúdo é diferente do ato convertido, uma vez que este não pode ser repetido sem o vício que o tornou inválido. É, pois, a produção do ato possível para substituir um inválido mantendo seus efeitos.

3.4 Redução ou reforma

A redução ou reforma do ato administrativo consiste na edição de novo ato invalidando a parte viciada do ato original. É possível quando o vício não comprometeu todo o ato administrativo e há como evitar a perda do ato em sua completude. Portanto, o ato redutor substitui o ato original retirando a mácula encontrada e repetindo parte do ato não viciada, preservando, dessa forma, os efeitos pretendidos.

Martins aponta como exemplo a redução de lançamento tributário, quando o município lança IPTU sobre área superior ao que corresponde à realidade. Nesse caso, não há necessidade de novo lançamento, bastando a edição de ato que decote a área a maior, permanecendo válida a parte correta (MARTINS, 2008, p. 278).

⁴³ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;” (BRASIL, 1988).

3.5 Convalidação

A convalidação do ato administrativo é um instrumento de estabilização de relações jurídicas pela edição de novo ato desprovido de vício, que retira o ato inválido assumindo seus efeitos. Opera-se, portanto, com efeito retroativo (*ex tunc*).

Decorre, como a invalidação, da obrigatoriedade da Administração em legitimar seus atos pelo princípio da legalidade estrita. Mediante a autotutela, que corresponde ao dever da Administração de rever seus atos e corrigir as irregularidades encontradas, a convalidação surge como alternativa para recompor a ordem de legalidade e, ao mesmo tempo, preservar os efeitos produzidos pelo ato originalmente viciado. Percebe-se, então, se tratar de medida que, quando possível de ser realizada, prestigia os princípios da boa-fé e da segurança jurídica (CAMPOS; ROSA, 2015).

Na lição de Bandeira de Mello:

A convalidação é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos. Este suprimento pode derivar de um ato da Administração ou de um ato do particular afetado pelo provimento viciado.

Quando promana da Administração, esta corrige o defeito do primeiro ato mediante um segundo ato, o qual produz de forma consonante com o Direito aquilo que dantes fora efetuado de modo dissonante com o Direito. Mas com uma particularidade: seu alcance específico consiste precisamente em ter efeito retroativo. O ato convalidador remete-se ao ato inválido para legitimar seus efeitos pretéritos. A providência corretamente tomada no presente tem o condão de valer para o passado (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 486).

Trata-se de instrumento de restauração da ordem de legalidade mais eficaz, uma vez que é capaz de manter, na totalidade, os efeitos do ato convalidado, prestigiando a boa-fé do administrado e a segurança jurídica (MARTINS, 2008, p. 279).

Há autores, como Di Pietro (2014, p. 258) e Bandeira de Mello (2015, p. 486), que apontam para a possibilidade de convalidação por meio de ato do administrado, no caso de o ato depender de manifestação de sua vontade, que é expedida apenas após a edição do ato, convalidando-o.

A convalidação tem previsão expressa na lei que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999). Nesta norma, determina-se que o ato convalidável é aquele que apresente defeito sanável⁴⁴.

44 “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração” (BRASIL, 1999).

3.5.1 Formas de convalidação

Bandeira de Mello aponta para a existência de três formas de convalidação: ratificação, confirmação e saneamento. Segundo ele, a ratificação ocorre com a repetição do ato praticado pela autoridade que produziu o ato anterior viciado, corrigindo-se o vício (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 487).

De maneira diversa entende Márcia Cristina Nogueira Ciampaglia, que identifica como ratificação o ato de convalidação quando o vício verificado é de competência de autoridade que opera a correção do ato (CIAMPAGLIA, 2014, p. 96). A autora admite a confirmação como espécie de gênero convalidação, embora reconheça que o ato de confirmação não saneia o vício do ato originário, como nas demais espécies de convalidação. Para ela, nesse caso, apenas há a repetição do ato com a expressa intenção de manter seus efeitos (CIAMPAGLIA, 2014).

Já na classificação de Bandeira de Mello, a confirmação ocorreria quando o ato de convalidação é praticado por outra autoridade. Ele aponta como espécie de convalidação o saneamento, quando o ato convalidador resulta de um agir do particular (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 487).

Martins (2008, p. 279), por sua vez, reconhece apenas a ratificação e a confirmação como espécies de convalidação. Em seu entender, o saneamento apontado por Bandeira de Mello como espécie de convalidação é, na verdade, pressuposto para a convalidação. Ou seja, o ato do particular pode servir de fundamento para a edição de ato administrativo que opere a convalidação e, portanto, efetue a correção do ato irregular. Mas o ato de convalidação, como norma jurídica administrativa, nunca será praticado diretamente pelo administrado (MARTINS, 2008, p. 281-282).

No entendimento aqui defendido, parece mais claro o raciocínio que considera o ato de saneamento praticado pelo administrado como pressuposto para a realização de ato administrativo de convalidação e não como espécie de convalidação.

De igual modo, observa-se na literatura consultada grande divergência terminológica quanto ao que seriam espécies do gênero convalidação. Seja qual for o nome atribuído ao ato de convalidação, compreende-se que este deverá essencialmente substituir o ato inválido, operando com efeitos retroativos. Não se trata de validação do ato inválido, mas de reconhecimento do vício existente, retirada do ato e substituição por outro desprovido de vício, capaz de manter e legitimar os efeitos do ato viciado.

Portanto, a necessidade de outro ato para substituição do ato inquinado de ilegalidade já responde a outra inquietante questão, qual seja da impossibilidade de convalidação tácita (CIAMPAGLIA, 2014, p. 95).

3.5.2 Atos convalidáveis e atos inconvalidáveis

Apenas será possível a convalidação do ato administrativo quando for viável sua reprodução sem o vício identificado e quando o novo ato possa retroagir para assumir como seus os efeitos do ato retirado do mundo jurídico (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 486). Para isso deve-se estar, necessariamente, diante de ato com vício de ilegalidade sanável, ou seja, o ato deverá apresentar defeito que o identifique como ato anulável, não ato nulo, ou inexistente.

Não há na literatura consenso sobre quais atos são passíveis de convalidação e quais são inconvalidáveis (MARTINS, 2008, p. 288). Duas correntes surgem para apontar a possibilidade ou não de convalidação do ato.

A primeira seria uma corrente subjetiva, capitaneada por Fagundes (1979, p. 57). Este jurista assevera que não é o defeito em si que caracteriza a medida que será realizada no ato. O importante seria estudar a repercussão ocasionada pelo defeito, sob o ponto de vista do interesse público, para se concluir qual providência adotar para a recomposição da ordem de legalidade.

De outro lado, posiciona-se Zancaner (2001), para quem é possível preestabelecer as hipóteses em que os vícios serão passíveis de correção por convalidação ou deverão ser invalidados.

A autora aponta como convalidáveis os atos com vícios de competência, formalidade e procedimento. E ressalta que, em se tratando de vícios de competência, o dever de convalidar apenas surge em atividades vinculadas, uma vez que nestas a vontade é irrelevante (ZANCANER, 2001, p. 68).

De outro lado, nos atos realizados em atividade discricionária com vício de competência, não haveria como se impor o dever de convalidar o ato, porque tal medida implicaria obrigar a autoridade competente a acatar o juízo subjetivo do emissor do ato inválido (ZANCANER, 2001, p. 69). Destarte, em tais casos a convalidação deixaria de ser um dever e passaria a ser uma faculdade.

Quanto ao ato com vício de formalidade, Zancaner aduz que a convalidação é a regra para a correção da ilegalidade, bastando a reprodução do ato viciado observando-se a forma

específica determinada pela lei, a fim de validar o ato administrativo (ZANCANER, 2001, p. 70).

No caso de vício de procedimento, a autora sublinha que a convalidação será um dever para a Administração desde que não gere desvirtuamento da finalidade do ato ou, quando se tratar de vício procedimental pela falta de pressuposto que consista em ato de particular, a convalidação será um dever para Administração se o terceiro pratica o ato posteriormente com a expressa manifestação do interesse de que o ato surta efeitos retroativos (ZANCANER, 2001, p. 71-72).

Como atos inconvalidáveis Zancaner aponta os que apresentam vício de motivo, de conteúdo, de procedimento (quando a reprodução do ato implique alteração de sua finalidade), de causa e de finalidade (ZANCANER, 2001, p. 73). Em sua lição, “a ausência do motivo de fato impossibilita a convalidação do ato, posto que não há como fazê-lo retroagir a data de sua emissão, já que o suporte fático continuaria a inexistir” (ZANCANER, 2001, p.74).

A ausência de motivo decorre do fato de ser ele um pressuposto objetivo e externo de validade do ato, que ocorre no mundo dos fatos (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 405). Assim, caso observada ausência do motivo diante da prática do ato administrativo, não se vislumbra possibilidade de convalidação porque não há reparação do ato capaz de alterar a realidade dos fatos que deram origem ao ato viciado.

O vício no conteúdo do ato se refere ao defeito no enunciado do ato, ou seja, da modificação que o ato pretende realizar na ordem jurídica. Uma vez constatada que tal modificação fere a legalidade, não haveria, para Zancaner, como conceber a repetição do ato com a correção do vício e sem a modificação do conteúdo. A forma de restauração da legalidade, em tais casos, apenas poderia se dar com a invalidação do ato administrativo, uma vez que a convalidação se mostraria impossível (ZANCANER, 2001, p. 73).

A respeito dos atos com vícios de procedimento, para a autora, estes seriam inconvalidáveis quando sua reprodução com correção do vício implicar alteração da finalidade do ato administrativo (ZANCANER, 2001, p. 75).

O ato que apresente vício de causa também é listado por ela como inconvalidável, porque sua invalidade decorre de incongruência entre o conteúdo do ato e o pressuposto de fato do ato. Desse modo, sua repetição invariavelmente conduzirá à produção de ato com o mesmo vício (ZANCANER, 2001).

Por fim, Zancaner elenca como inconvalidável o ato com vício de finalidade. Observa a autora que tal ilegalidade decorre do desvio de finalidade ou desvio de poder, “quando o

agente utiliza de um ato para satisfazer finalidade diversa da inerente à sua categoria” (ZANCANER, 2001, p. 76). Nesse caso não haveria possibilidade de reprodução do ato sem a extirpação do vício.

Por outro lado, leciona Carvalho Filho:

Assim como sucede na invalidação, podem ocorrer limitações ao poder de convalidar, ainda quando sanáveis os vícios do ato. Constituem barreiras à convalidação: (1) a impugnação do interessado, expressamente ou por resistência quanto ao cumprimento dos efeitos; (2) o decurso do tempo, com a ocorrência da prescrição, razão idêntica, aliás, à que também impede a invalidação (CARVALHO FILHO, 2014, p. 167).

A impugnação afastaria a possibilidade de convalidação do ato porque ao particular assiste a possibilidade de pleitear a invalidação do ato anulável quando demonstrado legítimo interesse.

Bandeira de Mello enfatiza a vedação de convalidação de ato inválido questionado, explicando que, “se pudesse fazê-lo, seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração, e não do dever de obediência à ordem jurídica” (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 486).

Convém apontar divergência levantada por Sérgio Ferraz (2003, p. 63), para quem “a impugnação, judicial ou administrativa, do ato inválido não impede sua convalidação”. O autor advoga que a impugnação do terceiro teria o condão de impelir a Administração a praticar a autotutela, revendo seu ato para restaurar a ordem de legalidade. Por outro lado, havendo interesse público que justifique a convalidação, este deverá se sobrepor ao interesse particular que fomentou a impugnação, sendo, todavia, resguardados seus direitos advindos do ato ilegal convalidado (FERRAZ, 2003).

Ciampaglia defende a necessidade de compreender que a impugnação do interessado diz respeito à defesa de interesse particular que poderá ser contrastada com o interesse público no caso concreto. Havendo possibilidade de sanar o vício apresentado no ato por meio da convalidação, esta deverá se operar, mesmo em detrimento do direito do particular (CIAMPAGLIA, 2014, p. 108). No mesmo sentido advoga Bigolin (2007, p. 122), que compreende que a impugnação do particular pode ser “o elemento ativador da correção do vício”.

A autora ressalva, todavia, que, prevalecendo a medida de convalidação do ato, a consequência lógica seria o reconhecimento de que houve ilegalidade na produção do ato originário. Portanto, vedar-se-ia a retroação de efeitos do ato de convalidação capaz de prejudicar terceiro de boa-fé. Mas, a partir da restauração da ordem de legalidade com a

edição do ato de convalidação, este teria efeitos cogentes em face de todos (CIAMPAGLIA, 2014). Tal assertiva, segundo ela, fundamentar-se-ia no preceito legal que regulamenta o processo administrativo federal, que assim dispõe: “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração” (BRASIL, 1999).

Ciampaglia (2014, p. 109) conclui, portanto, que há possibilidade de o interesse público, em sua prevalência, impor a necessidade de convalidação do ato mesmo que em detrimento de interesse particular.

De acordo com o pensamento desenvolvido neste trabalho, parece haver mais sentido na explicação de Bandeira de Mello, uma vez que, se a impugnação do terceiro impedisse a retroação do ato de convalidação, na verdade, não haveria ato de convalidação e sim invalidade do ato e produção de novo ato administrativo. Ora, a convalidação deve ser sempre compreendida como medida de reprodução de ato inválido, com a correção do vício, para alcançar os efeitos pretéritos do ato original e fundamentar sua perpetuação.

Não obstante reconhecer a impugnação de terceiro como óbice à convalidação, Bandeira de Mello aceita, de forma excepcional, a convalidação de ato vinculado cuja motivação foi expedida após a impugnação do ato. Nesse caso, para o autor, demonstrado, mesmo que em momento posterior à prática do ato e à impugnação, que os motivos para produção do ato existiram de fato e que a lei determinava a prática do ato, haverá sim possibilidade da convalidação (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 486).

Ciampaglia acrescenta que não haveria prazo decadencial para a convalidação previsto no ordenamento jurídico, razão pela qual advoga sua viabilidade a qualquer tempo, sempre que se tratar de ato com vício sanável (CIAMPAGLIA, 2014, p. 109).

Zancaner (2001, p. 67) afirma que “todos os atos passíveis de serem produzidos sem vícios devem ser convalidados, pois a convalidação atende não apenas o princípio da legalidade, como, também, o da segurança jurídica”.

No mesmo sentido é a doutrina de Ferraz:

Invalidação e convalidação são atividades vinculadas. Quando, em tese, pareça indiferente uma ou outra, por certo que a convalidação será imperativa, eis que se trata de operação que não se cinge a fulminar invalidades, alcançando, bem antes, a restauração da legalidade. A convalidação expressa, excelsamente aliás, a plena realização dos princípios fundamentais da legalidade, da segurança jurídica e da supremacia do interesse público; [...] (FERRAZ, 2003, p. 62-63).

Não há, portanto, discricionariedade para a Administração convalidar ou não ato administrativo viciado, salvo, como apontado por Bandeira de Mello (2015, p. 487), em se

tratando de ato discricionário com vício de competência. Nesse caso, a convalidação depende de ato de confirmação da autoridade competente.

Conclui-se que são convalidáveis os atos anuláveis e que não foram impugnados por terceiro, no último caso ressalvados os atos vinculados cuja devida motivação ocorre em momento posterior à impugnação do terceiro interessado.

Destarte, a regra é a convalidação de atos com vício sanáveis. Tal medida aperfeiçoa a atividade administrativa, privilegiando a economicidade, segurança jurídica e boa-fé.

Em que pese o capítulo 3 tratar da restauração ordinária da ordem de legalidade, tais providências não são suficientes para responder todas as demandas decorrentes da existência de atos administrativos inválidos. Isso porque o exercício da autotutela, como demonstrado, exigirá a extirpação do ato viciado, seja mediante a convalidação, ou por meio da invalidação do ato nulo.

O próximo capítulo revela que há, entretanto, hipóteses em que a convalidação se mostra impossível, embora a invalidação não se revele medida mais apropriada ao Direito, reclamando, assim, uma forma extraordinária para a resolução do caso.

4 MANUNTENÇÃO DO ATO NULO PARA PRESERVAÇÃO DE SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Este capítulo analisa as razões apontadas pela doutrina para se fazer possível a manutenção de atos nulos, preservando-se seus efeitos jurídicos.

Para esse mister, apresenta-se um estudo sobre a concepção do neoconstitucionalismo, notadamente para apreender, na interpretação de princípios constitucionais, a técnica hermenêutica capaz de fundamentar a prevalência, em determinados casos concretos, de outros princípios constitucionais sobre o princípio da legalidade estrita.

Outra reflexão necessária diz respeito à concepção da juridicidade administrativa, compreendida como ampliação do conceito de legalidade estrita, especialmente a obra de Binenbojm (2008).

Outrossim, no intuito de discutir o impacto que o conceito de juridicidade tem na teoria da invalidação do ato administrativo, é fundamental efetuar um estudo mais profundo do princípio da segurança jurídica. E, por fim, realizar um estudo sobre a manutenção de atos nulos para preservar relações jurídicas com apontamento de várias fundamentações utilizadas pela doutrina.

4.1 Neoconstitucionalismo e o papel dos princípios

O pós-guerra é o marco histórico para o advento do novo constitucionalismo, cuja principal novidade é o controle dos atos do parlamento por uma Constituição dotada de supremacia normativa, na medida em que a simples legalidade não foi suficiente para barrar as experiências nazi-fascistas na Europa.

Como consequência, ao longo da segunda metade do século XX, na reconstitucionalização da Europa, foi se consolidando a jurisdição constitucional, atribuindo força vinculante aos novos Textos, que deixam de ser mera carta de intenções do Estado. Há fortalecimento da ideia de que a Constituição seria norma jurídica com eficácia e aplicabilidade direta, a constranger, inclusive, os Poderes Executivo e Legislativo.

Aliada a essa nova concepção, percebe-se uma alteração nos textos constitucionais contemporâneos, que antes cuidavam de delimitar a estrutura do Estado, normatizar direitos individuais e políticos, mas que a partir do surgimento do Estado Social, reconhecido com as promulgações das Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), começam a tratar de gama variada de matérias e direitos, como explica Binenbojm (2008, p. 63).

A nova realidade constitucional confere normatividade aos princípios jurídicos, que deixam de ser mero critério hermenêutico de aplicação de regras, para se reafirmarem como normas estruturantes do edifício constitucional, cuja semântica é dada por conceitos indeterminados, o que permitiria maior dinamismo na interpretação do Direito em face das necessidades do caso concreto.

Os princípios constitucionais trazem para o ordenamento jurídico direitos fundamentais com intensa carga valorativa, tais como a dignidade da pessoa humana, solidariedade e justiça social, afastando do sistema jurídico a exclusividade de aplicação por subsunção da norma, segundo silogismos, reafirmando a importância do papel da argumentação e da racionalidade prática. Há clara aproximação entre Direito e Moral, pela via da positivação de princípios deontológicos, agora também jurídicos.

Assim, o processo de constitucionalização do direito implica:

[...] no reconhecimento de que toda a legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica (BINENBOJM, 2008, p. 65).

Entre as concepções erigidas com o neoconstitucionalismo destacam-se:

[...] atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. (BARROSO, 2005, p. 6).

No Brasil, o novo constitucionalismo encontra ressonância com a promulgação da Constituição da República de 1988. Sua implantação deriva, entre outros fatores de ordem política⁴⁵, do fracasso do jusnaturalismo e do positivismo⁴⁶ como marcos filosófico-constitucionais, como explica Luís Roberto Barroso (2005, p. 2).

⁴⁵ A redemocratização brasileira encontrou obstáculos desde a definição da Assembleia Constituinte, com grande discussão a respeito da plenitude dos poderes do Poder Constituinte e sua composição, notadamente para se debater se o resultado de seu trabalho seria uma ruptura ou continuidade da ordem então vigente. A transição do regime autoritário para o democrático enfrentou ainda a pretensão militar em institucionalizar o regime autoritário através da Constituinte: “distensão lenta, gradual e segura”. Todavia, o contexto político, à época das discussões sobre a formação da Assembleia Constituinte, aponta para uma perda gradual de poder político por parte do regime militar, que é marcada: “com a derrota da Arena para o MDB na eleição do Senado, em 1974; passa pela crescente incapacidade dos governos autoritários – de Geisel a Figueiredo – de enfrentar a seu modo a crise econômica e os conflitos sociais dela resultantes; pela derrota dos candidatos do regime nas eleições para os principais governos estaduais e a perda de sua maioria na Câmara Federal, em 1982; até culminar com a campanha oposicionista das eleições diretas e a consequente perda da capacidade do regime de fazer unilateralmente seu sucessor presidencial, em 1984-1985. É nesse contexto que, então, se abre oficialmente o processo constituinte, cujo desfecho, isto é, a Carta de 1988, marca também o final da transição, ou, pelo menos, a realização de sua principal tarefa: a superação definitiva do regime autoritário” (ARAÚJO, 2013, p. 358).

O neoconstitucionalismo, por sua vez, apoia-se no pós-positivismo, identificado pelo autor como um modelo “difuso e abrangente de ideias”, corrente filosófica que “[...] busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas não recorre a categorias metafísicas. (BARROSO, 2005, p. 4, 6). No paradigma do neoconstitucionalismo há, como anota Barroso, uma reaproximação entre Direito e Filosofia (BARROSO, 2005).

Desse modo, o neoconstitucionalismo pauta-se pela tentativa de reconstrução de uma concepção do Direito mais humanista, porém, com a constante preocupação em garantir a segurança jurídica e racionalidade da aplicação do direito. Nesse sentido:

O pós-positivismo, como movimento de reação ao legalismo, abre-se, na realidade, a duas vertentes. Uma delas é desenvolvida por autores que buscam na moral uma ordem valorativa capaz de romper os limites impostos pelo ordenamento jurídico positivo, honrando o compromisso maior que o direito tem na justiça. Suas insuficiências seriam resolvidas mediante recurso aos valores que, apesar de circunscritos socialmente, pretendem alcançar uma pretensão universal. Tais iniciativas amparam-se, fundamentalmente, na argumentação capaz de legitimar as posições assumidas pelo intérprete, assim como na idoneidade dos mecanismos que se fazem necessários. Poderíamos citar aqui os nomes de Chaim Perelman, Ronald Dworkin, Jurgen Habermas e Robert Alexy, ainda que uns assumam postura mais analítica (Alexy) do que outros (Dworkin). Em outra banda encontramos os autores que abraçam o pragmatismo, como é o caso de Friedrich Muller, Peter Haberle e Castanheira Neves, cujas teorias fundamentam-se antes na realidade do(s) intérprete(s) e nas suas condições de concretude da norma jurídica, do que numa ordem de valores (LACOMBE, 2003, p. 135-136).

Este trabalho se identifica com a primeira corrente, notadamente por compreender que a fundamentação argumentativa do intérprete é técnica capaz de possibilitar a revisão dos atos.

Com o neoconstitucionalismo compreende-se que “a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo” (BARROSO, 2005, p. 12). Assim, uma hermenêutica constitucional deverá se dar à luz do caso concreto, solidificada por processos de interpretação e fundamentação argumentativa, próprios de um agir prático que se quer fazer racional.

Outrossim, altera-se o papel do intérprete, que passa de mero aplicador na norma para “coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis” (BARROSO, 2005, p. 12).

⁴⁶ O jusnaturalismo e o positivismo jurídico são filosofias de legitimação do poder. A doutrina do jusnaturalismo reconhece a existência de um direito natural que encontra validade em si mesmo, sendo, ainda, anterior e superior ao direito positivo. A doutrina do juspositivismo, a seu turno, enaltece o direito posto pelo Estado e nega a existência de um direito natural. Desse modo, iguala o Direito à norma jurídica vigente.

Portanto, os princípios jurídicos são normas que consagram deveres, valores ou apontam fins públicos a serem alcançados pelo Estado e pela própria cidadania. Por se tratar de norma mais aberta, com maior indeterminação semântica, exige do intérprete maior grau de discricionariedade ao aplicar o princípio jurídico.

Nesse ponto, é necessário fazer uma distinção entre dois tipos diferentes de normas: princípios e regras. Todavia, deve-se ressaltar que o tema é extremamente amplo e encontra grande divergência na literatura, a ponto de Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 154) considerar a possibilidade de simplesmente aceitar que o termo princípio é utilizado para designar diversos fenômenos.

Ronald Dworkin e Robert Alexy são expoentes da tese de separação qualitativa entre princípios e regras.

Dworkin realizou uma crítica ao positivismo jurídico, por compreender que o Direito constituído apenas por um sistema de regras não seria capaz de justificar as decisões nos casos difíceis, nos quais o magistrado não consegue encontrar uma regra para decidir e precisa lançar mão da discricionariedade judicial para criar um direito novo (DWORKIN, 1977, p. 31).

Para ele, as regras são comandos normativos que devem ser aplicados segundo o modelo “tudo ou nada”, enquanto os princípios apresentam uma “dimensão de peso”. Dessa forma, havendo hipótese de colisão entre dois ou mais princípios no caso concreto, aquele que apresentasse maior peso seria aplicado, sem que fosse retirada a validade dos demais (DWORKIN, 1977, p. 43). Isso significa que um princípio não aplicado a um caso concreto não é retirado do ordenamento jurídico, mas apenas não teve maior peso para prevalecer naquele caso, por razão de justiça.

Robert Alexy (2008) concebe também um modelo misto de normas dividido em regras e princípios. Segundo ele, regras são normas que serão sempre satisfeitas ou não satisfeitas, e princípios ordenam que determinada atitude seja tomada na maior medida possível – impõe deveres de otimização em graus, considerando-se as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, caracterizando-se como “comandos de otimização”. Todavia, Alexy aceita a presença de cláusula de exceção tanto para princípios quanto para as regras, afastando-se do critério “tudo ou nada” de Dworkin.

Para a racionalização da aplicação dos princípios, Alexy propõe a técnica de ponderação de princípios, considerando-se o peso de cada um em face do caso concreto. Na aplicação dessa técnica, o intérprete se vale da proporcionalidade em sentido estrito, adequação e necessidade, por meio de uma teoria argumentativa.

A ponderação decorre “do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas” (ALEXY, 2008, p. 118). Daí Alexy compreender os princípios constitucionais como valores, passíveis de diferente hierarquização, a depender do caso concreto e da própria sociedade; ao contrário de Dworkin, que considera os princípios sempre como deveres jurídicos.

A visão mais analítica de Alexy compromete-se a apresentar a ponderação sob dois aspectos: a justificação interna e a externa. A primeira diz respeito à própria ponderação. De outro lado, a segunda remete a apresentar a teoria da argumentação por meio de um processo racional.

Alexy demonstra que a ponderação se submete aos postulados da razoabilidade, proporcionalidade e adequação. A razoabilidade afere as medidas de adequação e necessidade. A proporcionalidade remete à maior otimização entre dois princípios conflitantes, capaz de resultar em maior satisfação à ordem jurídica. Já a adequação diz respeito à natureza dos princípios diante das possibilidades na situação concreta, referindo-se ao meio escolhido pelo intérprete para atingir o fim proposto (ALEXY, 2008, p. 116).

Para Humberto Bergmann Ávila, a distinção entre princípios e regras decorre da diferença de grau de abstração. O autor nega que as regras possam ser aplicadas segundo o critério “tudo ou nada” apresentado por Dworkin, uma vez que regras e princípios precisam se submeter a um procedimento interpretativo (ÁVILA, 1999, p. 167). Segundo ele:

[...] após a interpretação diante de circunstâncias específicas (ato de aplicação), tanto as regras quanto os princípios, em vez de se extremarem, se aproximam. A única diferença constatável continua sendo o grau de abstração anterior à interpretação (cuja verificação também depende de prévia interpretação): no caso dos princípios, o grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento a ser determinada, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica (p. ex. princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras, as conseqüências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser concretizadas por meio do processo de aplicação. Esse critério distintivo entre princípios e regras perde, porém, parte de sua importância quando se constata, de um lado, que a aplicação das regras também depende da conjunta interpretação dos princípios que a elas digam respeito (p. ex. regras do procedimento legislativo em correlação com o princípio democrático) e, de outro, que os princípios normalmente requerem a complementação de regras para serem aplicados (ÁVILA, 1999, p. 161-162).

Assim, mesmo em se tratando de regras, as conseqüências estabelecidas pela norma podem deixar de ser aplicadas mediante fundamentação exposta pelo aplicador da norma, revelando que as regras não estariam sujeitas de modo absoluto a uma aplicação “tudo ou nada” (ÁVILA, 2015, p. 68).

No entendimento de Ávila, os princípios são “normas que geram, para a argumentação, razões substanciais (*substantive reasons*) ou razões finalísticas (*goal reasons*)” (ÁVILA, 2015, p. 70). Por outro lado, as regras seriam “normas que geram, para a argumentação, razões de correção (*rightness reasons*) ou razões autoritativas (*authority reasons*)” (ÁVILA, 2015, p. 71).

Portanto, as regras não são afastadas ou superadas da mesma forma como pode ocorrer com alguns princípios, uma vez que essa espécie normativa se caracteriza pelo grau de rigidez que não cede, salvo por uma situação excepcional e preenchidos requisitos formais e materiais (ÁVILA, 2015, p. 72).

Explica Ávila que:

[...] o grau de resistência de uma regra à superação está vinculado tanto à promoção do valor subjacente à regra (valor substancial específico) quanto à realização do valor formal subjacente às regras (valor formal de segurança jurídica). E o grau de promoção do valor *segurança* está relacionado à possibilidade de reaparecimento frequente de situação similar. Conjugando-se esses fatores, pode-se afirmar que a resistência à superação de uma regra será tanto maior quanto mais importante for a segurança jurídica para sua interpretação (ÁVILA, 2015, p. 144-145).

Assim, conclui o autor que a superação de uma regra deverá sempre considerar a aplicação geral da regra e do “equilíbrio pretendido pelo sistema jurídico entre justiça geral e justiça individual” (ÁVILA, 2015, p. 146).

Em contrapartida, os requisitos procedimentais apontados por Ávila para essa superação dizem respeito à necessária fundamentação para sua não observância. Isso implica demonstrar que “a justiça individual não afeta substancialmente a justiça geral” (ÁVILA, 2015, p. 147). Ademais, a exteriorização das razões de superação de uma regra deverá ser “escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada” (ÁVILA, 2015).

O que distanciaria regras de princípios não é “o tipo de obrigação instituído pela estrutura condicional da norma, se absoluta ou relativa” (ÁVILA, 2015), mas a forma utilizada pelo intérprete para fundamentar a aplicação dos significados dos dispositivos. Caso a fundamentação seja pautada no fim a ser alcançado, a espécie normativa tratada é um princípio. Utilizando-se a justificativa comportamental para aplicação da norma, tratar-se-á de uma regra (ÁVILA, 2015, p. 72).

A colisão entre princípios é aparente porque diz respeito à compreensão de qual princípio será aplicado no caso concreto, ou seja, qual terá prioridade. Todavia, o princípio preterido, em face do caso concreto, não é nulo (ÁVILA, 2015, p. 163).

E quando a realização da finalidade de um princípio implicar a anulação da finalidade de outro princípio com o qual colide, a única solução é a rejeição de um deles, similarmente ao que ocorre na colisão de regras. Nas palavras de Ávila:

Assim, a diferença não está no fato de que as regras devem ser aplicadas "no todo" e os princípios só na "medida máxima", Ambas as espécies de normas devem ser aplicadas de modo que o seu conteúdo de dever ser seja realizado totalmente, Tanto as regras quanto os princípios possuem o mesmo conteúdo de dever-ser, A única distinção é quanto à determinação da prescrição de conduta que resulta da sua interpretação: a interpretação dos princípios não determina diretamente (por isso prima-facie) a conduta a ser seguida, apenas estabelece fins normativamente relevantes cuja concretização depende mais intensamente de um ato institucional de aplicação; a interpretação das regras depende de modo menos intenso de um ato institucional de aplicação, Nos dois casos, porém, a aplicação concreta pode modificar a prescrição normativa enunciada no texto da norma de conduta, que primeiramente era havida como óbvia, o que diminui a força da distinção entre princípios e regras (ÁVILA, 2015, p. 164).

Ávila conceitua as regras como:

[...] normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos (ÁVILA, 2015, p. 102).

E os princípios como:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2015, p. 102).

Portanto, os princípios não são apenas valores que se realizam em função da vontade do intérprete, mas instituem um dever de dirigir um comportamento com o fim de realizar um estado de coisas (ÁVILA, 2015, p. 104).

Nesse diapasão, a leitura da Constituição deve ter como foco a delimitação dos fins dos princípios ali elencados. E isso ocorrerá por meio de uma fundamentação argumentativa que demonstre que, em determinado contexto sob análise, a utilização deste ou daquele princípio alcança os fins específicos pretendidos pela Constituição (ÁVILA, 2015, p. 117).

A ponderação abarca uma compreensão ampla, “de sopesamento de razões, internas ou externas, presente na interpretação de qualquer tipo de norma, quer regra, quer princípio” (ÁVILA, 2015, p. 150). Quer-se dizer, então, que a ponderação também é aplicada em casos excepcionais para a análise de regras, compreendendo a ponderação como sopesamento de razões e contrarrazões (ÁVILA, 2015, p. 78).

A diferença da ponderação entre regras e princípios reside “na intensidade da contribuição institucional do aplicador na determinação concreta dessa relação e quanto ao modo de ponderação”. É que na hipótese de avaliação sobre a aplicação da regra ou de uma exceção à regra, terá “menor e diferente âmbito de apreciação”, ao passo que no conflito entre princípios o aplicador terá “maior espaço de apreciação” (ÁVILA, 2015).

Todavia, uma vez reconhecido que a regra possui caráter descritivo cuja realização da hipótese de incidência implica sua aplicação, há necessidade de se estabelecer o momento em que poderá o intérprete aplicar a exceção para cumprir o fundamento da regra. Nesse sentido:

Somente mediante a ponderação de razões pode-se decidir se o aplicador deve abandonar os elementos da hipótese de incidência da regra em busca do seu fundamento, nos casos em que existe uma discrepância entre eles (ÁVILA, 2015, p. 80).

Dworkin e Alexy, por outro lado, compreendem a ponderação em sentido restrito, avaliando a dimensão de peso entre os princípios em determinado caso concreto (ÁVILA, 2015). Essa ideia é combatida por Ávila, para quem os princípios não possuem, como atributo abstrato da norma, uma dimensão de peso, mas é às razões e aos fins de cada princípio que será atribuída uma dimensão de importância, por meio de uma decisão fundamentada argumentativamente, considerando-se as circunstâncias do caso concreto (ÁVILA, 2015, p. 82).

Todavia nem todos os princípios realizam a mesma função, e, portanto, não apresentam relação de concorrência, podendo coexistir em relação de complementação. De igual forma, alguns princípios que estabelecem entre si relação de subordinação, “como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito relativamente aos princípios da separação dos poderes, da legalidade e da irretroatividade” (ÁVILA, 2015, p. 152). E outros não têm a mesma eficácia, como aqueles que devem ser interpretados segundo outro princípio (ÁVILA, 2015).

Ávila ressalta que, nesses casos, em função da diferente natureza dos princípios, não será possível falar em colisão horizontal das normas, ou de utilização do critério da ponderação para análise do caso concreto. Isso porque princípios como o federativo e o da separação de poderes, bem como o da igualdade, seriam “instrumentais da atuação do estatal”, sendo, portanto, de observância sempre imperativa (ÁVILA, 2015, p. 153).

Assim, trata-se de normas-princípios insusceptíveis de se sujeitar à ponderação, o que revela que “a ‘ponderabilidade’ não é elemento essencial, mas apenas contingente dos princípios” (ÁVILA, 2015, p. 154-155).

A grande crítica que faz Ávila é sobre a existência de um “relativismo axiológico” em que os intérpretes das normas não se preocupam em realizar um estudo mais profundo na noção de princípios jurídicos, generalizando a conceituação de que estes são normas que carecem de ponderação, aceitando-se, então, a possibilidade de afastamento de todo e qualquer princípio pelo critério da ponderação (ÁVILA, 2015, p. 156).

Ávila adverte que há princípios jurídicos cujos valores são considerados fundamentais e que não poderiam ser afastados pela ponderação. Nesse sentido: “Há princípios cuja eficácia é graduável e móvel, assim como há princípios cuja eficácia é estrutural e imóvel e que não podem ter o seu tratamento compensado com a promoção de outro princípio” (ÁVILA, 2015, p. 157).

Assim, o autor deixa de adotar a definição de que princípios são normas que carecem de ponderação, para afirmar que na verdade trata-se de “normas fundamentais e genéricas que demandam complementação por outras normas, quer em nível horizontal, quer em nível vertical” (ÁVILA, 2015, p. 158).

Relata ainda o autor que Dworkin e Alexy, como também outros teóricos do Direito, têm amadurecido suas teorias no que diz respeito à distinção de princípios e regras com fundamento na colisão. Todavia adverte que a doutrina nacional ainda se encontra pautada nas conceituações originárias daqueles autores (ÁVILA, 2015, p. 159).

A ponderação seria, portanto, um método de extrema importância para a interpretação normativa, por ser uma forma de sopesar normas, diante do caso concreto, para se definir qual tem mais peso para ser aplicada. Destarte, deve haver uma preocupação também extrema para sistematizar os critérios de utilização do método da ponderação, sob pena de a atividade interpretativa resultar em subjetivismo capaz de gerar insegurança social.

4.2 Ponderação

Ávila explica que, na ponderação, o intérprete deverá sopesar todos os elementos que envolvem a norma: os bens jurídicos, os interesses jurídicos e os valores (ÁVILA, 2015, p. 186), devendo ser realizada por etapas.

A primeira etapa seria a “preparação da ponderação”, momento em que todos os elementos e argumentos são considerados de forma pormenorizada. Decorre dessa atividade a viabilidade da correta explicitação das premissas e fundamentação das decisões (ÁVILA, 2015, p. 186-187). Em seguida, procede-se à “realização da ponderação”, fase em que há fundamentação da relação entre os elementos que são sopesados. E, por fim, a etapa da

“reconstrução da ponderação”, em que há “a formulação de regras de relação, inclusive de primazia entre os elementos objeto de sopesamento, com a pretensão de validade para além do caso” (ÁVILA, 2015, p. 186-187).

Há ainda que se observar a concordância prática entre a ponderação e a finalidade, harmonizando os valores para uma proteção máxima possível (ÁVILA, 2015). Nesse sentido, pode-se exemplificar a ponderação com o caso de servidor municipal que tem seu cargo alterado por nova lei, modificando os requisitos de escolaridade do cargo e sua remuneração. Imagine-se que, depois de transcorridos vinte anos da vigência tal norma, ela fosse declarada inconstitucional. Nesse caso, a primeira medida necessária seria o retorno do servidor ao cargo e à remuneração inicial. Todavia, pode-se argumentar, com certa autoridade, que ao longo do período transcorrido o indivíduo, de boa-fé, adquiriu um padrão de vida condizente com a remuneração prevista pela lei inconstitucional, realizando compromissos e expectativas à altura de sua remuneração. Assim, pode-se imaginar a necessidade de ponderação dos princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica.

Compreendida a distinção entre princípios e regras, e verificada a necessidade de aplicação sistemática da ponderação para análise de predominância de dada norma no caso concreto, é preciso destacar serem muito comuns potenciais conflitos entre as normas principiológicas nas Constituições modernas, que afloram no caso concreto e caracterizam essas Constituições como dialéticas.

Barroso advoga que tais hipóteses de conflito serão resolvidas por meio da ponderação, explicando-a como o momento em que o intérprete faz “concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa”, utilizando o princípio da razoabilidade (BARROSO, 2005, p. 14).

O autor ressalta que nos “casos difíceis”, em que a interpretação revela mais de uma possível decisão, o intérprete deverá lançar mão da argumentação para fundamentar sua escolha, mediante o uso da ponderação. Todavia essa fundamentação necessariamente terá que ser baseada no sistema jurídico com pretensão de universalidade, ou seja, não deve ser casuística, tampouco ancorada em valorações pessoais (BARROSO, 2005, p. 15).

Percebe-se que, com o neoconstitucionalismo, as normas constitucionais passaram a remeter a “um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito”, atividade chamada de “filtragem constitucional” (BARROSO, 2005, p. 27), fazendo com que os institutos jurídicos passassem a ser reinterpretados sob a ótica constitucional.

A preocupação da doutrina neoconstitucionalista parece ser a de estabelecer um critério sistemático para a realização da ponderação das normas constitucionais, afastando do

intérprete o subjetivismo, na medida em que lhe impõe o dever de fundamentar e argumentar suas escolhas.

O que se percebe, de fato, é que a multiplicidade de fatos da vida traz ao intérprete do Direito dilemas que ultrapassam a mera subsunção de normas, desafiando, cada vez mais, um processo hermenêutico mais acurado, capaz de trazer soluções fundadas no ordenamento jurídico compreendido como um sistema constitucional ou bloco de constitucionalidade.

Ávila adverte que hoje se vivencia um estado de euforia da doutrina constitucional, o “Estado Principiológico”, e que os exageros desta concepção resultam em problemas teóricos para a efetividade do ordenamento jurídico (ÁVILA, 2015, p. 43).

É importante ressaltar que o processo de interpretação da norma não se confunde com a descrição do significado que lhe é dado em sua edição, mas é “um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto” (ÁVILA, 2015, p. 51). Prossegue Ávila esclarecendo que:

[...] o intérprete não atribui ‘o’ significado correto aos termos legais. Ele tão só constrói exemplos de uso de linguagem ou versões de significado – sentidos -, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, com o uso (ÁVILA, 2015, p. 52).

Portanto, o intérprete não apenas diz o significado, mas constitui significados. E isso afasta a noção de que a aplicação de um princípio se resume à subsunção da norma ao caso concreto (ÁVILA, 2015).

O autor, todavia, alerta que isso não significa afirmar que a norma não apresenta qualquer significação. Há um mínimo de elementos cujos significados já se encontram arraigados na comunicação linguística geral. Há, logo, um núcleo de sentido preexistente ao processo interpretativo individual e que permite, no mínimo, afirmar em que situações a norma não se aplica. Por tal razão, “interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir” (ÁVILA, 2015, p. 52-53).

Na lição de Ávila:

[...] é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de reconstrução: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de

significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional (ÁVILA, 2015, p. 54-55).

O Direito Administrativo se apropria das ideias do neoconstitucionalismo de forma bem significativa. Isso porque sua constitucionalização entrega ao intérprete a missão de adequar os atos administrativos não apenas aos textos legais, mas a todo o sistema constitucional.

Percebe-se, assim, que a atividade de interpretação para reconstrução do sentido da norma ocorrerá no caso concreto e competirá ao intérprete o dever de fundamentar seus atos demonstrando que sua motivação corresponde aos fins pretendidos pela norma (ARAÚJO, 2005, p. 90).

Ademais, o neoconstitucionalismo desenhado por Barroso (2005) aponta a superação de paradigmas tradicionais do Direito Administrativo. Entre eles, Araújo afirma haver uma alteração da concepção da supremacia do interesse público sobre o interesse privado (ARAÚJO, 2005, p. 39). Segundo ele, Barroso primeiro estabelece que o interesse público pode ser dividido em primário, que seria o interesse da sociedade, expresso pelos valores como “justiça, segurança e bem-estar social”; e interesses secundários, que traduzem o interesse da pessoa jurídica de direito público (ARAÚJO, 2005).⁴⁷ Dessa forma, pode-se compreender que o interesse público secundário não poderá prevalecer, a *priori*, sobre o interesse privado (ARAÚJO, 2005).

Outro paradigma posto em xeque pelo neoconstitucionalismo seria “a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária” (ARAÚJO, 2005, p. 90). Nesse ponto, o autor caminha junto com o que leciona Binbenbojm, advogando que o administrador agora se vê adstrito não mais apenas à lei, mas à Constituição, o que implica dizer que não seria mais uma vinculação à legalidade estrita, mas vinculação à Constituição (BINENBOJM, 2008, p. 40).

Barroso esclarece que a constitucionalização do Direito Administrativo provocou alteração no controle judicial do mérito administrativo, emergindo a possibilidade de avaliação dos aspectos discricionários do ato administrativo. Não para substituí-lo pela discricionariedade do magistrado, mas para seu mérito com atenção aos princípios constitucionais (BARROSO, 2005). Daí ser possível o controle de constitucionalidade dos atos administrativos quando se mostram descumpridores de deveres constitucionais.⁴⁸

⁴⁷ No mesmo sentido, Bandeira de Mello (2015). Em sentido diverso, não aceitando um interesse público secundário, Araújo (2005).

⁴⁸ É possível, portanto, o controle jurisdicional de políticas públicas desarrazoadas, compreendidas como aquelas que diante do caso concreto não se mostrem capazes de cumprir determinações constitucionais. Tal como se

4.3 Vinculação administrativa à juridicidade

Binenbojm faz um importante apontamento crítico sobre o surgimento da concepção da legalidade administrativa, relatando que, em seu nascimento, entendia-se que a Administração Pública agiria com liberdade decisória para a realização do interesse público. Nessa linha de ideia, ela poderia realizar não apenas o que fosse determinado pela lei, mas tudo aquilo que não fosse proibido pela norma – ideia de vinculação negativa à lei (BINEBOJM, 2008, p. 138).

Segundo o autor, considerando-se que não há um regramento integral dos atos administrativos e que historicamente os espaços deixados pela lei ao agir do Estado eram considerados áreas de liberdade para a Administração e insusceptíveis de apreciação judicial, essa vinculação negativa à lei era de fato existente em uma pequena fração de atividades da Administração. Por outro lado, em grande parte das atividades exercidas pela Administração, por inexistir regramento específico, ela agiria à margem da lei e sem controle judicial de seus atos (BINENBOJM, 2008, p. 139).

Todavia, com o surgimento do positivismo normativista houve alteração nessa concepção de que a Administração estaria submetida a uma vinculação negativa à lei (BINENBOJM, 2008, p. 139). Binenbojm cita Hans Kelsen como expoente do positivismo normativista, que defende a necessidade de que todos os atos estatais deveriam estar fundamentados no Direito, falando-se então em uma vinculação positiva à lei. Desse modo, a Administração só poderia atuar tendo a lei como fundamento (BINENBOJM, 2008, p. 141).

O princípio da legalidade informa, a partir de então, que a Administração Pública deverá praticar seus atos sempre com fundamento no ordenamento jurídico vigente.

Na clássica lição de Meirelles: “Na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (MEIRELLES, 2011, p. 89).

observa no julgamento dos pedidos cautelares na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 MC/DF, cujo cerne da discussão diz respeito à violação à integridade física e moral dos detentos diante da superlotação das penitenciárias. A ADPF discutia a afronta a vários preceitos constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, vedação de tortura e de tratamento desumano. O quadro de caos do sistema prisional “resultaria de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal, incluídos os de natureza normativa, administrativa e judicial”. No julgamento, observou-se, entre outras coisas, que a União não vinha utilizando o Fundo Penitenciário Nacional - FUNPEN para melhorar a condição prisional dos detentos, na medida em que estaria contingenciando recursos do FUNPEN, deixando de encaminhá-los aos Estados, embora disponíveis. A decisão do Supremo determinou à União que liberasse o saldo acumulado do FUNPEN para utilização com a finalidade para a qual foi criado, notadamente para subsidiar a criação de mais vagas no sistema prisional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos (BRASIL, 2015).

A partir daí, funda-se a noção de que a Administração Pública deverá sempre conduzir suas ações segundo preceitos normativos previamente elaborados pelo Poder Legislativo.

Da mesma forma compreende Rivero:

No ponto mais baixo da escala dos actos jurídicos, em compensação, as decisões individuais, seja qual forma a autoridade de que emanam, estão vinculadas pela totalidade das normas gerais, que regem também as atividades materiais da Administração (RIVERO, 1981, p. 90).

Todavia, compreender a legalidade de forma estrita, apenas do ponto de vista formal, traz um risco para o Estado. Isso ficou demonstrado historicamente quando da implantação de regimes totalitários do nazi-fascismo e socialismo histórico, em que a lei foi capaz de justificar históricas brutalidades. “A constatação de que a lei é insuficiente para trazer justiça e liberdade fez com que ela perdesse a aura de superioridade moral que a havia incorporado com a Revolução Francesa” (BINENBOJM, 2008, p. 129).

Binенbojm relata que, a partir da metade do século XX, começa a ocorrer uma depreciação da figura do legislador e da lei formal, “crise da lei”. Segundo o autor, houve:

[...] um descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise da representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes. Com efeito, o surgimento do Estado providência criou para Administração Pública uma série de novas atribuições que não se encontravam expressamente previstas na lei (BINENBOJM, 2008, p. 35).

Isso corrobora a mudança do papel da Administração, que deixa de ser mera executora de normas editadas pelo Poder Legislativo e passa a ser responsável também por criar normas autônomas (BINENBOJM, 2008).

Binенbojm afirma que o discurso de autonomia do Direito Administrativo, da forma como ocorreu em seu surgimento, acabou sendo uma justificativa para a Administração Pública se afastar dos preceitos constitucionais (BINENBOJM, 2008, p. 19).

A norma jurídica sempre carecerá de interpretação questionadora, inquieta, capaz de analisar, sobretudo se sua aplicação alcança os fins visados pelo Direito. Portanto, mesmo sendo certo que o sistema apresenta a lei como vontade geral da sociedade, o intérprete deve observar o ordenamento jurídico como um todo, reconhecendo a Constituição como centro da vinculação administrativa à juridicidade (BINENBOJM, 2008, p. 25).

Afirmar que a Administração se vincula à juridicidade significa que não basta a simples observância das leis, havendo necessidade também de se proteger a segurança jurídica daqueles que acreditam que o Poder Público age em conformidade com a finalidade pública (BINENBOJM, 2008, p. 190).

Aliado a isso, Binenbojm aponta que a Constituição e seus princípios passam a se posicionar como “elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo” (BINENBOJM, 2008, p. 36). A substituição da lei pela Constituição passa ser o centro da vinculação da Administração à juridicidade, isto é, a “Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo” (BINENBOJM, 2008, p. 37).

Ainda sobre a “crise da lei”, adverte Bigolin que no Brasil há uma dominante atuação do Poder Executivo no processo legislativo, por meio de reservas de iniciativa para determinadas matérias, de alianças entre Executivo e Legislativo para sustentação do governo, como também de edição de medidas provisórias (BIGOLIN, 2007, p. 88). Na verdade, fala-se em vinculação da Administração a um “bloco de legalidade”, compreendido este como a unidade do ordenamento jurídico do Estado (BIENBOJM, 2008, p. 142).

Por essa razão, afirma Bigolin:

[...] as nulidades administrativas buscam principalmente reafirmar a vigência dos princípios do Direito Administrativo, não exclusivamente o da legalidade, assegurando-se a aplicação do interesse público, o qual não se confunde com o interesse da administração, mas representa o interesse coletivo de que a administração não viole a ordem jurídica, nem desconsidere o somatório de interesses individuais atingidos (BIGOLIN, 2007, p. 52).

A submissão do administrador agora se dá não apenas à lei, mas a todo o Direito (BIGOLIN, 2007, p. 87).

Pela vinculação da Administração à juridicidade tem-se compreendido que a Constituição não possui mais o papel de programa político genérico a ser concretizado pelo legislador infraconstitucional. Agora o Texto Constitucional passa a ser visto como fonte de competência administrativa e fundamento e legitimação de seus atos (BIGOLIN, 2007).

Ressalta Binenbojm, com apoio na doutrina de Santamaria Pastor⁴⁹, que o Direito Administrativo fundamentado na legalidade estrita é autoritário e que sua constitucionalização implica transpor para esta disciplina conceitos caros ao direito público contemporâneo, notadamente os ideais democráticos e humanistas (BINEBOJM, 2008).

Desse modo, a juridicidade administrativa passa a comportar a legalidade administrativa para se compreender que a atividade administrativa se realiza:

[...] (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com ou-

⁴⁹ Nota do autor: SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. España: Editorial Iustel, 2008.

tros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição) (BINENBOJM, 2008, p. 37-38).

A superação do “dogma da onipotência da lei administrativa” passa pela vinculação administrativa aos princípios expressa ou implicitamente inseridos no Texto Constitucional (BINENBOJM, 2008, p. 38).

De maneira semelhante encontra-se lição de Almiro do Couto e Silva:

Só há relativamente pouco tempo é que passou a considerar-se que o princípio da legalidade da Administração Pública, até então tido como incontrastável, encontrava limites na sua aplicação, precisamente porque se mostrava indispensável resguardar, em certas hipóteses, como interesse público prevalecente, a confiança dos indivíduos em que os atos do Poder Público, que lhes dizem respeito e outorgam vantagem, são atos regulares, praticados com a observância das leis (COUTO E SILVA, 1987, p. 47).

Logo, a lei deixa de ser o centro e único fundamento para atuação da Administração, que passa agora a se vincular à interpretação dos princípios do sistema de juridicidade presente na Constituição. Quer-se dizer que a Administração agora poderá se reportar à fundamentação direta nos princípios constitucionais, mesmo na ausência de regra infraconstitucional (BINENBOJM, 2008, p. 70).

Nesse sentido, leciona Binenbojm (2008, p. 70-71) que “[...] outros princípios constitucionais, operando em juízos de ponderação com a legalidade, poderão validar condutas para além ou mesmo contra a disposição legal”.

Binenbojm analisa casos que reconhece como juridicidade *contra legem*, apontando que, em tais hipóteses, a Administração Pública atua em desconformidade com a lei, retirando o substrato de sua atuação no Texto Constitucional (BINENBOJM, 2008, p. 173). A juridicidade *contra legem* representa, então, a descentralização da legalidade estrita e a possibilidade de análise deste princípio no mesmo nível de outros princípios constitucionais. Diz respeito à dessacralização da lei (BINENBOJM, 2008).

Nesse diapasão, o autor advoga a possibilidade de a Administração Pública deixar de aplicar normas que considere inconstitucionais antes mesmo de ocorrer sua anulação pelo Poder Judiciário. Segundo Binenbojm, tal possibilidade decorre da constitucionalização do Direito Administrativo, que erige a Administração Pública como intérprete do ordenamento jurídico e executora da Constituição, não mais como mera executora de normas infralegais (BINENBOJM, 2008, p. 174).

É o que se depreende da análise da ADPF n. 132/RJ que visava à não aplicação de regra que negava pensão a casais homoafetivos. Nessa ação, postulou-se o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo gênero como entidade familiar, dando interpretação conforme

o art. 1.723⁵⁰ do Código Civil de 2002. Assim, seria possível conferir a essa união o mesmo reconhecimento e implicações jurídicas que o Estado garante à união estável entre homem e mulher (BRASIL, 2015).

Ora, segundo a doutrina de Binenbojm, a Administração poderia conceder, por exemplo, pensão ao companheiro de mesmo sexo, ainda antes da interpretação conforme a Constituição conferida pela ADFP n. 132/RJ ao art. 1.723 do Código Civil de 2002, fundamentando seu ato em uma análise de juridicidade, reconhecendo assim a união estável entre casais homoafetivos por conta do princípio da isonomia. Para ele, além disso, seria possível “a hipótese de reconhecimento de efeitos válidos a atos administrativos editados em contrariedade a leis constitucionais”, fundamentado no conceito de juridicidade (BINENBOJM, 2008, p. 176).

Nesse sentido, pode-se dizer que há uma ampliação do conceito de legalidade para compreender que o intérprete se vincula não apenas à lei em sentido estrito, mas a todo o Direito. Assim, a aparente colisão existente entre legalidade e segurança jurídica pode ser resolvida à luz do caso concreto (BIGOLIN, 2007, p. 91).

4.4 Segurança jurídica

Reconhece-se que é da natureza humana organizar-se em vida coletiva, sendo, para tanto, imperiosa a construção de uma certa ordem regulamentando as condutas (BIGOLIN, 2007, p. 72).

Nas palavras de Bruno Aurélio:

[...] coube ao Direito, além de conduzir as relações intersociais, promover a previsibilidade das condutas dos indivíduos e a certeza e estabilidade das situações jurídicas, tudo isso em muito traduzido como fundamento de existência do valor juridicamente rotulado como segurança jurídica (AURÉLIO, 2011, p. 96).

A segurança jurídica encontra fundamento nessa previsibilidade das implicações das condutas de cada membro da sociedade, o que torna obrigatória a existência de uma ordem jurídica predeterminada (AURÉLIO, 2011, p. 74).

Outrossim, o indivíduo inserido no contexto social reclama uma previsibilidade quanto à atuação da Administração Pública, capaz de propiciar a estabilidade social. Ou seja, compreende-se que ele necessita dessa previsibilidade para se organizar, planejando sua vida

⁵⁰ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

sem ser surpreendido pela atuação sem qualquer limite do Estado (AURÉLIO, 2011, p. 102-103).

O princípio da segurança jurídica encontra-se positivado no texto constitucional brasileiro em várias normas, inclusive implícita na ideia de Estado democrático de direito (art. 1º, da Constituição de 1988)⁵¹ (BINENBOJM, 2008, p. 179).

A concepção de segurança está intimamente ligada à ideia de legalidade, porque remete à necessidade de regulamentação social capaz de estabelecer uma ordem que viabilize à sociedade comportar-se em conformidade com um direito certo (ARANHA, 2014, p. 67).

Binенbojm trabalha a ideia da segurança jurídica como princípio fundamental do Estado de Direito, responsável pela estabilização das relações jurídicas (2008, p. 179). Tal concepção advém da noção de que deve haver um limite ao arbítrio estatal, não lhe sendo possível constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas sem qualquer parâmetro de atuação (como o tempo, ou a coisa julgada).

A literatura reconhece a divisão do princípio da segurança jurídica em duas faces. A primeira, sua noção objetiva, diz respeito à limitação do Estado de impor que seus atos retroajam para ferir direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI, da CR/88) (AURÉLIO, 2011, p. 98). Essa face da segurança jurídica não será aprofundada neste trabalho.

A segunda face da segurança jurídica corresponde à noção subjetiva do princípio. Portanto, alcança diretamente o administrado. São os subprincípios da boa-fé e da proteção à confiança (AURÉLIO, 2011). A proteção à confiança é um subprincípio da segurança jurídica que não está explicitamente previsto no texto constitucional brasileiro.

O princípio da segurança jurídica, sob a faceta do princípio da proteção à confiança, ganhou força com a jurisprudência alemã a partir dos anos 1950, quando foi consagrado o “triunfo da proteção à confiança”, em casos em que o Tribunal Administrativo Federal alemão, por meio de juízo de ponderação, considerou prevalecer a aplicação da confiança em detrimento da legalidade (BINENBOJM, 2008, p. 182; AURÉLIO, 2011, p. 101-102).

Nesse contexto, relata Binенbojm:

Assim, partindo da construção pretoriana, o princípio alcançou previsão expressa no § 48 da Lei do Processo Administrativo alemão, de 1976, que funcionou como fonte de inspiração aos arts. 2º, parágrafo único, incisos IV e XIII, 54 e 55, da nossa Lei nº

⁵¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988).

9.784/99 (Lei do Processo Administrativo federal brasileira). Tais dispositivos legais nada mais representam senão a concretização legislativa do princípio da proteção da confiança legítima, que tem sua sede constitucional (i) na cláusula do Estado democrático de direito (CF, art. 1º), (ii) na cláusula do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), (iii) no princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) e, especificamente no campo do direito administrativo, (iv) no princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), expressão constitucional dos subprincípios da legalidade, boa-fé e da vedação do *venire contra factum proprium* (ninguém pode opor-se a fato a que ele próprio deu causa) (BINENBOJM, 2008, p. 183).

Há, contudo, autores que consideram a proteção à confiança e a segurança jurídica dois princípios distintos, mesmo reconhecendo a estreita ligação entre ambos. Assim, quando se trata do aspecto objetivo, falam em princípio da segurança, e quando se trata do aspecto subjetivo, remetem ao princípio da proteção à confiança (COUTO E SILVA, 2005, p. 4).

Quanto ao subprincípio da boa-fé, Aurélio leciona que uma das dificuldades de delimitação de seu alcance é seu aspecto indeterminado, decorrente da ausência de regramento correspondente ao instituto (AURÉLIO, 2011, p. 106). A boa-fé, em sentido objetivo, diz respeito à lealdade, correção e lisura do comportamento das partes reciprocamente (COUTO E SILVA, 2005, p. 2).

Portanto, “a boa-fé será detectável pelo cumprimento da regra aparente e da finalidade interna da norma jurídica, sem, de forma alguma, ser cometida ou visada qualquer ilicitude para seu alcance ou em sua decorrência” (AURÉLIO, 2011, p. 106). Acrescenta Aurélio que a boa-fé é um princípio que deverá permear o agir da Administração Pública, que se pauta pela busca pelo interesse público, devendo, ao mesmo tempo, ser verificável na atuação do administrado.

Assim, compreende-se que a boa-fé é um dever para o administrado, sendo sua ausência sancionada com a falta de proteção conferida pela segurança jurídica, dando razão à Administração Pública para rever os atos praticados de má-fé em prazos decadenciais mais longos, tornando mais distante a possibilidade de estabilização de direitos ilegítimos (AURÉLIO, 2011, p. 109).

A segurança é, repita-se, realizada mediante a legalidade em sentido amplo, na medida em que a regulamentação prévia das situações e consequências jurídicas de diversas situações sociais trazem à coletividade uma projeção de previsibilidade capaz de viabilizar a autonomia individual (BINENBOJM, 2008, p. 180).

Então, pode-se afirmar que legalidade e segurança jurídica, em regra, apontam para a mesma direção (BINENBOJM, 2008).

Ocorre, por exemplo, quando o particular pretende participar de uma licitação pública e, com essa intenção, adquire o edital de licitação e comparece no dia designado para a

abertura do procedimento cumprindo os requisitos determinados pelo certame. Observando-se as leis que disciplinam o procedimento licitatório e o edital correspondente, o particular sabe que tem o direito subjetivo de concorrer ao certame e confia que a Administração Pública se vinculará ao instrumento convocatório, procedendo da forma ali determinada e não lhe exigindo, por exemplo, apresentação de outros documentos não elencados na Lei de Licitações e no instrumento convocatório.

Objetiva-se, portanto, conferir “proteção da confiança e das legítimas expectativas nutridas pelos cidadãos e agentes econômicos e sociais em relação às leis e atos da Administração Pública”. Admite-se, assim, a segurança como um dos fins do Direito (BINENBOJM, 2008, p. 176-177).

Haverá situações, entretanto, em que a legalidade e a segurança jurídica entrarão em aparente conflito. Como no caso do contrato firmado em decorrência de uma licitação pública em que, após a execução de parte de seu objeto, se verifica que o edital foi maculado por um vício de legalidade inconvalidável.

No exemplo citado, o primeiro ponto a se destacar é que os atos editados pela Administração Pública se revestem de presunção de legitimidade. Dito isso, o administrado tem a convicção de que a Administração agiu editando seus atos segundo a lei e, destarte, confia que o contrato firmado se revestiu dos requisitos legais para sua formalização. Tendo, então, o administrado agido de boa-fé, se apoiará no princípio da segurança jurídica para manter os efeitos dos atos praticados, a despeito do flagrante descumprimento da legalidade estrita. Isso identifica a legítima confiança do administrado nos atos da Administração Pública.

Nesse caso, é notório que, em uma primeira análise, a legalidade e a segurança jurídica apontam para lados opostos. Haverá, então, a ponderação de princípios e uma análise de juridicidade, capaz de justificar a manutenção do contrato, mesmo com a ilegalidade encontrada no instrumento convocatório, face à prevalência de outro princípio constitucional, qual seja, a segurança jurídica (BINENBOJM, 2008, p. 181).

A incidência da segurança jurídica entra em choque com a clássica teoria da invalidação do ato administrativo. Isso porque a concepção da faceta subjetiva do princípio, quanto ao aspecto da confiança, impõe à Administração Pública o dever de observar e manter efeitos jurídicos decorrentes de atos inválidos, notadamente quando verificada a boa-fé do administrado. Assim, “a convalidação tornar-se-á regra e a retirada com efeitos retroativos secundária, presente a impossibilidade de realização da primeira” (AURELIO, 2011, p. 175).

Binenbojm, apoiado na doutrina de Robert Alexy, explica que os princípios jurídicos correspondem a “mandados de otimização”, que traçam uma finalidade desejada pelo ordenamento jurídico e que “aditem concretização em graus”, a depender do caso concreto (BINENBOJM, 2008, p. 186). Desse modo, considerando os princípios como pesos, é possível concretizar sua aplicação pela ponderação proporcional entre os princípios conflitantes:

[...] deverá o intérprete-aplicador do direito (administrador ou juiz) sopesar: de um lado, a importância relativa, em termos sistemáticos, da norma legal violada (por assim dizer, a gravidade da ilegalidade perpetrada), verificando a possibilidade de convalidação do vício por novo ato (sanatória voluntária) ou o decurso do prazo decadencial para anulação do ato (sanatória involuntária); de outro lado, a existência de confiança legítima (dada pela apuração da boa-fé objetiva, qualificada ainda pela legitimidade da confiança nutrida pelo particular, na situação sob exame); a prática de atos pelo particular baseados na conduta da Administração; o tempo transcorrido desde a conduta da Administração; e o grau de irreversibilidade da situação em que se encontre o particular em decorrência da legítima confiança que foi levado a nutrir pela conduta da Administração (BINENBOJM, 2008, p. 186-187).

Retomando o exemplo da licitação com vício de ilegalidade, pode-se imaginar que o administrado, vencedor de uma licitação e detentor de contrato com a Administração Pública, efetive contratação de pessoal, gastos com insumos e outras despesas para a concretização do objeto acordado. Indo além, pode-se conceber a ideia de que se faça necessário deslocamento de maquinário e pessoal para construção de obra em lugar de difícil acesso, caracterizando assim que, a despeito da ilegalidade encontrada no procedimento licitatório, a boa-fé do contratado, aliada aos custos envolvidos na remoção do maquinário e pessoal para interrupção da obra – que desperta a análise da eficiência e economicidade – podem ensejar interpretação que considere mais razoável a manutenção dos atos praticados maculados pela ilegalidade, para conservação dos efeitos produzidos.

Para Binenbojm, em casos assim haveria a “convalidação do contrato administrativo por força da ponderação entre (de um lado) o princípio da legalidade e (de outro lado) os princípios da eficiência e da confiança legítima” (BINENBOJM, 2008, p. 190). Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Contas da União (TCU), como registrado na obra de Binenbojm⁵².

De maneira diversa, se poderia imaginar hipótese semelhante de contratação com fulcro em licitação posteriormente reconhecida como inquinada de ilegalidade, mas cuja interrupção da prestação de serviços não gere prejuízos de maior gravidade que a manutenção

⁵² Binenbojm aponta o exemplo da decisão n. 314/1994, da 1ª Câmara do TCU, em que este tribunal debatia contrato celebrado pela Administração Pública que foi por ele considerado viciado. Todavia, no caso concreto, o TCU compreendeu que anular o contrato e realizar nova contratação seriam medidas antieconômicas, razão pela qual considerou a juridicidade integral do contrato, afastando a legalidade estrita em função da eficiência e economicidade (BINENBOJM, 2008, p. 189-190).

da ilegalidade, reclamando, portanto, tal medida com evidente pagamento da parcela do objeto executada de boa-fé, sob pena de acarretar o enriquecimento ilícito da Administração Pública, mas com a repetição do certame e nova contratação após procedimento licitatório. Em tal hipótese, haveria uma invalidação sem efeitos retroativos (BINENBOJM, 2008, p. 188).

Portanto, a análise pretendida deverá sempre considerar “o grau de lesividade social da ilegalidade” (BINENBOJM, 2008, p. 188), bem como a confiança decorrente dos atos administrativos praticados.

Por tais razões, compreende-se que o princípio constitucional da segurança jurídica é capaz de gerar “a possibilidade de convalidação ou de validação de efeitos pretéritos de atos administrativos geradores de benefícios eivados de ilegalidade” (BINENBOJM, 2008, p. 179).

Ressalta o autor que a prevalência do princípio da segurança jurídica sobre a legalidade, em determinado caso concreto, não implicaria afronta à ideia de Estado de Direito, mas sim de uma aplicação otimizada do texto constitucional (BINENBOJM, 2008, p. 186).

Aranha (1997) faz interessante apontamento em que explica a evolução das decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da interpretação do princípio da legalidade quando da análise de atos administrativos inválidos. Segundo o autor, a visão do STF até meados da década de 1960 não apresentava sinais de relativização do princípio da legalidade administrativa. Prova dessa concepção são as Súmulas 346 e 473, que versam sobre a invalidação dos atos administrativos (referida como nulidade e anulação) sem apontar outra hipótese de exceção que não seja o respeito aos direitos adquiridos. Desse modo, até então praticamente não havia limites ao exercício da autotutela pela Administração Pública (BIGOLIN, 2007, p. 95).

Aranha registra que no final desse período começaram a surgir no STF julgados favoráveis à “convalidação do ato nulo”, considerando, nas decisões, o transcurso de lapso temporal e a responsabilidade da liminar favorável capazes de justificar a manutenção do ato inválido e de seus efeitos consequentes (ARANHA, 1997, p. 65). Mas foi no Recurso Extraordinário n. 85.179/RJ⁵³ que o STF considerou a inércia da Administração Pública, em rever seus atos viciados em tempo razoável, capaz de dar ensejo a um juízo de ponderação

⁵³ Nessa ação, que discutia a anulação de atos administrativos que concederam ascensão funcional pelo TCU após mais de dez anos, ficou consignado que: “[...] se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu que se constituíssem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela” (BRASIL, 1977).

entre o princípio da legalidade estrita e o da segurança jurídica para manter a vigência do ato nulo e, por consequência, de seus efeitos (ARANHA, 1997, p. 65; BIGOLIN, 2007, p. 96).

Há, contudo, possibilidade de a atuação do administrado não ser revestida da boa-fé, não se tratar de ato administrativo que desperte real confiança no administrado, ou não implicar prejuízo para o administrado. Em tais circunstâncias, competirá à Administração Pública providenciar a invalidação retroativa do ato viciado.

Há decisões na Suprema Corte nacional aplicando o princípio da segurança para alcançar atos praticados com base em lei declarada posteriormente inconstitucional, demonstrando o alcance deste princípio para o Direito (BRASIL, 2006a).

No acórdão do Recurso Extraordinário n. 217141 AgR/SP, o STF considerou que o ato praticado com fundamento em lei que foi declarada inconstitucional não é automaticamente invalidado, sendo, antes, preciso verificar as implicações fáticas de tal medida (BRASIL, 2006a).

No caso julgado, o ato administrativo atingiu esfera jurídica de terceiro e o STF decidiu que o prazo razoável para revisão dos atos seria de cinco anos, como previsto na Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65),⁵⁴ bem como na lei que regula o processo administrativo em âmbito federal (Lei n. 9.784/99)⁵⁵, que, além de estabelecer o prazo de cinco anos para a Administração rever seus atos, consagra o princípio da segurança jurídica como de atenção obrigatória pela Administração Pública (art. 2º). Isso posto, ultrapassado este lapso temporal, com fundamento da segurança jurídica do administrado, haveria de ser considerada uma “espécie de convalidação parcial dos atos praticados” (BIGOLIN, 2007, p. 100).

De igual modo é a posição de Couto e Silva, que colaciona julgados do STF demonstrando que a jurisprudência nacional passou a solucionar casos de invalidade de ato administrativo considerando a segurança jurídica como princípio constitucional decorrente do princípio do Estado de Direito, sendo fundamento suficiente para manter a existência e validade de atos ilegais diante do caso concreto, mediante a ponderação de princípios (COUTO E SILVA, 2005, p. 20).

⁵⁴ “Art. 21- A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos” (BRASIL, 1965).

⁵⁵ “Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

“Art. 54 - O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato” (BRASIL, 1999).

Outro ponto importante que toca à segurança jurídica diz respeito ao decurso do tempo capaz de materializar situações criadas por atos inválidos.

O tempo, como fato jurídico, assume papel importante para configuração da ordem jurídica, capaz de trazer estabilidade e segurança a até mesmo situações originadas de atos inválidos (BIGOLIN, 2007, p. 24-25). Isso porque a instabilidade criada por eventual possibilidade de revisão sem limite temporal por parte da Administração Pública impediria a existência de uma ordem jurídica com o mínimo de previsibilidade necessária fundamental à segurança dos cidadãos (BIGOLIN, 2007).

A prescrição e a decadência são institutos jurídicos com fundamento na segurança jurídica, uma vez que não se poderia dar à Administração Pública o eterno poder de invalidar seus atos, sob pena de promover um estado de incerteza jurídica e psicológica maléfico à sociedade.

A literatura aponta a existência de preceito legal na Lei de Processo Administrativo Federal (Lei n. 9.784/99) que fixa prazo decadencial de cinco anos para a Administração invalidar ato que implique efeitos favoráveis para o administrado (AURÉLIO, 2011, p. 204). Tal medida visa proteger o administrado de boa-fé da inércia da Administração Pública e, dessa forma, prestigiar a estabilidade das relações jurídicas. Em última análise, obriga o sistema jurídico a conviver com o ato viciado e seus efeitos, uma vez que decreta a perda do direito da Administração Pública de invalidar o ato (AURÉLIO, 2011, p. 206).

Todavia, o prazo apontado acima diz respeito à situação específica dos procedimentos administrativos no âmbito da União. Assim, a doutrina tem aplicado aos casos gerais de atos administrativos, por analogia, o prazo de dez anos do art. 205⁵⁶ do Código Civil de 2002 (AURÉLIO, 2011, p. 208). Há, contudo, posições diversas também a esse respeito.

Meirelles (2011, p. 212), por exemplo, afirma não haver prazo determinado para que a Administração realize a invalidação de seus atos, salvo se houver previsão expressa na norma jurídica.

Por sua vez, Bigolin compreende que o respeito à confiança gerada nos administrados faz surgir para a Administração um limite ao seu direito de invalidar os atos administrativos nulos. O motivo é que o administrado acredita que os atos editados pela Administração Pública são realizados em conformidade com a lei. Este limite temporal para a realização da invalidação do ato ilegal nem sempre é estabelecido pela norma, por meio de fixação de um prazo decadencial. Segundo o autor, na ausência de prazo definido pela lei, deverá ser

⁵⁶ “Art. 205 - A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor” (BRASIL, 2002).

consultada a jurisprudência com o fim de obter resguardo à segurança jurídica (BIGOLIN, 2007, p. 92).

Couto e Silva defende que o prazo de cinco anos estabelecido na Lei de Processo Administrativo Federal deve servir como parâmetro para Estados e Municípios na atividade de ponderação entre os princípios da legalidade e segurança jurídica, a fim de concretizar a estabilização das relações jurídicas (COUTO E SILVA, 2005, p. 44).

Zancaner advoga que o decurso do prazo pode gerar a estabilidade do ato, sendo uma “barreira ao dever de invalidar”, pelo advento da prescrição, tornando, por outro lado, prescindível a convalidação (ZANCANER 2001, p. 60-61). Além de referir-se a decurso de “prazo razoável”, identifica distintos prazos de prescrição de acordo com a natureza do vício apresentado pelo ato (ZANCANER, 2001, p. 92-98).

Deste modo, Zancaner estabelece que os atos absolutamente sanáveis não necessitam ser invalidados ou convalidados, dada a natureza meramente irregular de seus vícios, que não comprometem a ordem de legalidade (ZANCANER, 2001, p. 91).

Para os atos relativamente sanáveis, aqueles que a autora considera passíveis de convalidação, a Administração tem o dever de convalidar, mas Zancaner adverte que poderá haver “barreira a este dever de convalidar”. Isso ocorrerá com a impugnação do terceiro interessado requerendo a invalidação do ato. Destarte, a impugnação antes da realização da convalidação atrai para a Administração o dever de invalidar o ato (ZANCANER, 2001, p. 93).

Todavia adverte a autora que os atos relativamente sanáveis estabilizam-se no prazo análogo ao “prazo de impugnação conferido ao administrado para opor-se a eles judicialmente”, que será de cinco anos, por aplicação da Lei de Ação Popular (art. 22, da Lei n. 4.717/55), salvo prescrição distinta prevista em lei (ZANCANER, 2001, p. 94).

Os atos relativamente insanáveis são considerados por ela como não passíveis de convalidação, sendo “prescritíveis *longi temporis*”. Contudo, a autora aduz que a impugnação desses atos pelo administrado respeitará o prazo de cinco anos, tal como nos atos relativamente sanáveis (ZANCANER, 2001).

No caso dos atos relativamente insanáveis, Zancaner aponta o prazo prescricional para a Administração invalidar seus atos como sendo aquele estabelecido para os atos nulos no Direito Civil, portanto, o prazo de dez anos (art. 205, Código Civil de 2002) (ZANCANER, 2001). Todavia, a autora ressalva os casos em que do ato relativamente insanável decorra benefícios a terceiros. Nessa hipótese se afastaria a possibilidade de uma análise casuística com fundamento apenas no interesse público, segurança jurídica e boa-fé. Para a autora, é

necessário um fundamento normativo, que elege, por analogia, o prazo de cinco anos da Lei de Ação Popular (ZANCANER, 2001, p. 96).

Quanto aos atos absolutamente insanáveis, compreendidos por Zancaner como “aqueles têm por objeto a prática de um ato criminoso”, o prazo para sua invalidação seria imprescritível, razão pela qual não geraria estabilização de seus efeitos (ZANCANER, 2001, p. 97-98).

Na presente pesquisa, adota-se o posicionamento de Bigolin (2007), considerando que, na ausência de regramento expresso determinando prazo decadencial, a segurança jurídica será analisada no caso concreto com fundamento na jurisprudência.

4.5 Manutenção de atos nulos para preservar relações jurídicas com amparo na juridicidade

Di Pietro aponta a figura da confirmação como possibilidade de “renúncia ao poder de anular o ato ilegal”. Aduz a autora que, ao contrário da convalidação, a confirmação não retifica o ato viciado, mas o confirma, mesmo com a ilegalidade, sendo apenas possível se não ferir direito de terceiro (DI PIETRO, 2014, p. 261).

Martins, entretanto, com fundamento na doutrina de Agustín A. Gordillo,⁵⁷ defende a impossibilidade de renúncia à correção do ato por meio de confirmação. Assim, verificada a ilegalidade a Administração deverá extirpar o vício de alguma maneira (GORDILLO *apud* MARTINS, 2008, p. 279-280).

Reale traz importante lição, ressaltando a possibilidade de não invalidação (o autor a denomina de anulamento) do ato viciado:

[...] podendo verificar-se a hipótese, embora excepcional, de julgar-se indispensável ou mais prudente manter em vida um ato formalmente inválido, salvo a hipótese de dolo ou lesão de direitos subjetivos, ou sendo a nulidade arguida por interessado legítimo (REALE, 1980, p. 60).

Portanto, segundo o autor, há uma faculdade em anular ou não o ato viciado, fundado no interesse público, objetivando preservar determinadas relações jurídicas decorrentes do ato inválido. E afirma que “o nulo nem sempre impõe a retificação na tela do Direito Administrativo” (REALE, 1980, p. 62), diferentemente do que ocorre na seara do Direito Civil. Por fim, o autor conclui que: “[...] a sanatória excepcional do nulo, retroagindo os seus efeitos até à data da constituição do ato inquinado de vício, pode ser uma exigência do

⁵⁷ Nota do autor: GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo – El Acto Administrativo*. 2. ed. Colombiana, Bogotá/Medellín: Biblioteca Jurídica Diké/Fundación de Derecho Administrativo, 2001.

interesse público, que nem sempre coincide com o restabelecimento da ordem legal estrita” (REALE, 1980, p. 63).

Admite ainda Reale que haverá casos em que o transcurso de tempo razoável com a inércia da Administração em praticar a revisão de seus atos mediante a autotutela permite que se constituam “situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade” (REALE, 1980, p. 71).

O autor sublinha que as situações em que o prazo razoável não vier determinado pela norma deverão ser resolvidas à luz do caso concreto, observando-se a existência ou não de dolo em praticar o ato viciado e demais peculiaridades do ato, sobretudo aplicando-se critério de prudência e equidade (REALE, 1980, p. 72-73).

Zancaner faz a seguinte observação:

Todavia, como o simples enfoque bipartite entre atos nulos e anuláveis não é suficiente para explicar a necessidade de estabilização de algumas relações jurídicas nascidas sob o signo da invalidade, alguns doutrinadores têm recorrido à ideia de interesse público como um critério externo que poderá ser utilizado pela Administração Pública para que, em determinados casos, não exercite o dever de invalidar atos inconvalidáveis (ZANCANER, 2001, p. 88).

Segundo a autora, a justificativa de utilização do interesse público como critério externo faz do administrador “senhor do regime aplicável ao ato”, tornando a solução uma atividade com critério subjetivo discricionário (ZANCANER, 2001, p. 89). E combate a possibilidade de sua utilização como critério discricionário para manutenção do ato inválido.

Ainda segundo ela, há de fato casos em que atos nulos (portanto, inconvalidáveis) geram relações jurídicas que devam ser preservadas, sob pena de a invalidação resultar em lesões mais graves do que a ilegalidade encontrada no ato. Todavia a autora adverte que tais relações devem ser preservadas em função dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Trata-se, para ela, de hipótese de “barreiras ao dever de invalidar” (ZANCANER, 2001, p. 90).

Portanto, admite Zancaner a hipótese de atos nulos que resultam à Administração um dever de não invalidar. Seriam atos com vícios insanáveis (inconvalidáveis), mas cujas relações jurídicas deles originadas mereceriam ser preservadas (ZANCANER, 2001). Como demonstrado no item sobre segurança jurídica, Zancaner denomina esses atos de “relativamente insanáveis” (ZANCANER, 2001, p. 96), argumentando que, quando concessivos de benefícios, podem ser considerados não passíveis de invalidação. Todavia tal interpretação, para a autora, não seria subjetiva, ou seja, para este mister não se admite uma interpretação casuística. A impossibilidade de invalidação decorreria do próprio ordenamento

jurídico. Deverá, portanto, haver uma norma jurídica aplicável ao caso, somada ao transcurso de prazo razoável: “É problema de interpretação e não de discricção [...]” (ZANCANER, 2001, p. 96).

Bigolin leciona que considerar que o ato nulo sempre resultará em extinção de todos os efeitos produzidos por ele é enxergar o Direito Administrativo de forma muito superficial. Segundo o autor, a segurança jurídica e os outros princípios constitucionais deverão ser necessariamente observados na recomposição da ordem de legalidade, que não se dará apenas pela forma da convalidação ou da “retirada (anulação)” do ato (BIGOLIN, 2007).

Pode haver o obstáculo do “decurso do prazo prescricional” para a Administração providenciar a convalidação do ato e, ao mesmo tempo, mostrar-se inviável, sob um ponto de vista de avaliação do princípio constitucional da segurança, a “anulação” do ato (BIGOLIN, 2007, p. 102).

Desse modo, Bigolin utiliza-se do termo “estabilização” para identificar:

[...] caso em que o ato administrativo não pode ser, ao menos em sua totalidade, objeto de um novo ato (convalidador), mas, ainda assim, não reúne os pressupostos para que haja a sua completa retirada do mundo jurídico. Isto é, ainda que o ato administrativo contenha um vício desde o seu nascedouro, o decurso de certo lapso de tempo aliado a outros fundamentos elencados no sistema jurídico outorgam validade à nova situação que se estabelece, gerando a situação que pode ser denominada como estabilização (BIGOLIN, 2007, p. 103).

Portanto, na estabilização, o ato viciado por alguma razão não pode ser convalidado, mas a manutenção de seus efeitos é medida que se faz necessária para a segurança jurídica, portanto, para a manutenção da ordem jurídica.

Segundo Bigolin, com respaldo na doutrina de Jacinto Arruda Câmara,⁵⁸ na estabilização os efeitos do ato inválido permanecem, mas o ato em si não. O ato inválido “é desconsiderado como veículo introdutor desses efeitos no mundo jurídico, tornando-se relevante apenas na geração de outros efeitos – não mais como ato propriamente dito, mas como fato jurídico” (BIGOLIN, 2007, p. 103).

O autor, portanto, considera que o ato inválido cuja invalidação se mostre impossível, mas que desafie do Direito uma resposta de estabilização de seus efeitos, impossibilitando sua invalidação (ou, em sua terminologia, anulação), perde a qualidade de ato administrativo, passando a ter natureza de fato jurídico, e o fundamento desta medida seria alcançar a estabilidade necessária a subsistência da ordem social (BIGOLIN, 2007, p. 104).

⁵⁸ Nota do autor: CÂMARA, Jacinto Arruda. A apresentação dos efeitos dos Atos Administrativos viciados. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 14, jun.-ago. 2002.

A intenção de Bigolin parece se justificar pela permanência dos efeitos do ato inválido cuja análise, submetida a todo ordenamento jurídico e não apenas ao aspecto da legalidade estrita, reclame a sobrevivência dos efeitos do ato viciado. Isso porque, como bem adverte o autor, haverá casos em que outros princípios constitucionais, notadamente a segurança jurídica e a boa-fé, demonstrarão ao intérprete que a observância apenas da legalidade estrita com invalidação de ato viciado poderia resultar em uma desestabilização maior da ordem social. Tal análise se identifica com a análise de juridicidade encontrada na obra de Binenbojm (2008) e aqui já informada.

Todavia, de acordo com o entendimento aqui defendido, não é possível alcançar a compreensão de que a estabilização do ato administrativo viciado resulta na transformação do ato ilegal em fato jurídico, como afirmado por Bigolin (2007, p. 104). Se não há retirada do ato por meio de sua invalidação, tampouco a convalidação do ato, este permanece existindo viciado e sendo substrato para emanção dos efeitos produzidos.

O que de fato parece ocorrer é haver justificativa para a manutenção do ato inválido pela análise de juridicidade (BINENBOJM, 2008), em que se constata, à luz do caso concreto, que a legalidade estrita é superada por outro princípio constitucional, mantendo-se o ato com vício de ilegalidade para que seus efeitos permaneçam. Isso porque, como adverte o próprio Bigolin (2007, p. 104), “o princípio da legalidade reclama a vinculação à lei e ao direito como um todo”.

Nesse sentido:

[...] há inúmeras situações em que os princípios da moralidade, da proteção da confiança legítima e da vedação do enriquecimento sem causa operarão, mediante juízos de ponderação proporcional, no sentido da relativização do princípio da legalidade, validando atos originalmente ilegais ou pelo menos os seus efeitos pretéritos (BINENBOJM, 2008, p. 71).

Na hipótese de manutenção de atos inválidos para resguardar seus efeitos, Binenbojm reconhece a convalidação do ato pela análise de juridicidade:

[...] reconhece-se a juridicidade dos efeitos do ato administrativo (ou convalidação do próprio ato de origem) por motivos ligados normalmente à segurança jurídica e à boa-fé objetiva, as quais, numa equação de ponderação, devam prevalecer sobre a legalidade estrita (BINENBOJM, 2008, p. 176).

Segundo Binenbojm, o ato administrativo inquinado de ilegalidade poderá não ser invalidado pelo critério da juridicidade, sendo convalidado com fundamento em outros princípios constitucionais, notadamente a segurança jurídica e boa-fé.

Tampouco parece legítimo falar em convalidação com fundamento na juridicidade, tal como defendido por Binenbojm (2008). Isso porque o instituto da convalidação se notabiliza pelo refazimento do ato, extirpando-se o vício para que alcance efeitos pretéritos e futuros, sendo o ato convalidador fundamento para a manutenção dos efeitos do ato viciado.

Na medida em que a interpretação principiológica revela que o ato ilegal deve ter seus efeitos preservados com fundamento em outro princípio – análise de juridicidade –, não há produção de outro ato despido de vício de legalidade (convalidação), mas afirmação de que a ponderação de princípios fez prevalecer, naquele caso concreto, outro princípio constitucional sobre o princípio da legalidade. Por tal razão, a ordem de legalidade tolera a existência do ato viciado para abraçar seus efeitos. Assim, o ato existe e deverá ser reconhecido como válido.

Aurélio advoga que:

[...] mesmo se considerada a existência de uma regra geral dispendo sobre a impossibilidade de correção de certo vício, o princípio da segurança jurídica – em especial sua faceta subjetiva de proteção à confiança – somado à boa-fé do administrado impõe, no mínimo, a instauração de procedimento administrativo específico no qual sejam efetivamente analisadas a natureza da falha e, como tratado, a possibilidade de convalidação do ato (AURÉLIO, 2011, p. 199).

Desse modo, o autor reconhece que a legalidade não é mais princípio a ser considerado de forma absoluta no ordenamento jurídico, sendo certo que, em determinados casos, a observância de outros princípios, como a segurança jurídica, efetivamente promoverá a estabilização de relações jurídicas (AURÉLIO, 2011, p. 200).

Conclui Aurélio que, não sendo possível a convalidação do ato – repetição do ato sem o vício para preservar seus efeitos – e sendo necessária a manutenção dos efeitos do ato inválido, como forma de preservar a confiança na ordem jurídica, opera-se a estabilização do ato administrativo viciado (AURÉLIO, 2011).

Nesse sentido, consigna:

[...] filia-se ao entendimento de, entre outros, Weida Zancaner, Mônica Martins Toscano Simões, Jacintho de Arruda Câmara, Alice Gonzales Borges e Almiro do Couto e Silva, para os quais a efetiva incidência dos supracitados princípios, por si sós ou somados ao decurso de eventual lapso temporal, imporá a preservação dos atos administrativos ampliativos quando a retirada se mostrar danosa ao bem comum (AURÉLIO, 2011, p. 201).

Portanto, o autor advoga que na estabilização do ato administrativo “a incidência dos destacados princípios gerais de Direito suprime a invalidade do ato, tornando-o válido” (AURÉLIO, 2011, p. 201).

Nesse diapasão, compreende-se que a análise de Binenbojm (2008) de juridicidade do ato administrativo para validá-lo frente a um vício de legalidade (estrita) pode se aproximar

da justificativa de Aurélio (2011) para a estabilização do ato administrativo inválido. Apenas fazendo a ressalva de não se tratar de convalidação do ato inconvalidável, preferindo-se adotar a figura da estabilização.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, ressalta a necessidade de proteção do que denomina relevante interesse público e boa-fé do administrado:

[...] se trata de dar aplicação a comandos constitucionais, independentemente de legislação infraconstitucional autorizativa, sempre que o reconhecimento de ressalva de eficácia dos atos anulados administrativamente seja necessário para salvaguardar direitos fundamentais, como a segurança jurídica, notadamente em proteção da boa fé do administrado ou de relevante interesse público (MOREIRA NETO, 2005, p. 204).

Assim, segundo Moreira Neto, pautado por princípios constitucionais como segurança jurídica, boa-fé e interesse público, é possível a manutenção dos efeitos de um ato invalidado administrativamente.

Por sua vez, Ferraz defende que:

Há, entretanto, circunstâncias em que o ato é aberrantemente inválido, impassível mesmo de convalidação, mas que produziu efeitos que devem ser salvaguardados, em nome do interesse público. [...] a Administração deverá convalidar os efeitos produzidos por aquele ato nulo, regularizando-os daí em diante. Estaremos em face de convalidação de efeitos *ex nunc*, portanto (FERRAZ, 2003, p. 64).

À luz dos conceitos estudados neste trabalho, pelo rigor conceitual predominante sobre o instituto da convalidação, percebe-se que, *data venia*, novamente há equívoco na afirmação de que haveria, em tais casos, convalidação com efeitos *ex nunc*. Primeiro, porque a convalidação é aceita pela grande maioria da doutrina pesquisada como instituto que repete a produção do ato viciado, extirpando seu vício originário, para operar com efeitos retroativos, portanto, *ex tunc*, sendo fundamento de legitimidade de tais efeitos.

Segundo, porque o que parece defender Ferraz é uma invalidação com produção de novo ato, uma vez que reconhece a impossibilidade de repetição do ato sem o vício e, ao mesmo tempo, fala de um ato convalidador com efeito *ex nunc*, ou seja, produz-se um ato distinto do anterior – já que para ser um ato válido não poderá repetir um inválido inconvalidável.

Interessante julgado do STF pode ilustrar sua visão sobre a necessidade de manutenção de atos nulos para preservar relações jurídicas. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.029/DF, proposta pela Associação Nacional dos Servidores do IBAMA (ASIBAMA nacional), em face da Lei Federal n. 11.516/07, que dispõe sobre a

criação da Autarquia Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) (BRASIL, 2012).

Na decisão, o Supremo analisa a conversão da Medida Provisória n. 366/07 na Lei Federal n. 11.516/07, apontando a existência de vício de formalidade neste rito, que, com fundamento nos arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Resolução n. 1 de 2002 do Congresso Nacional, deu prosseguimento ao processo legislativo de conversão da medida provisória em lei, mesmo sem o parecer de Comissão Mista, substituindo o parecer da comissão pelo parecer do relator em plenário.

Diante disso, a Suprema Corte exarou compreensão de que a manifestação da comissão mista é exigência constitucional, não podendo ser substituída por manifestação unipessoal do relator. Sendo assim, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade dos arts. 5º, *caput*, e 6º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Resolução n. 1 de 2002 do Congresso Nacional, reconhecendo que as medidas provisórias convertidas em lei sem parecer de suas respectivas comissões mistas são inconstitucionais por vício no processo legislativo.

Todavia reconheceu os efeitos nocivos que a declaração de nulidade com efeitos retroativos poderia acarretar para a sociedade. Isso porque todas as medidas provisórias convertidas com suporte nos dispositivos da Resolução declarados inconstitucionais deveriam ser também declaradas inconstitucionais.

Com o fim de evitar um dano maior, preservando-se a segurança jurídica, o Supremo entendeu que, nesse caso, deveria adotar a modulação dos efeitos da decisão, dando-lhe pronúncia prospectiva de nulidade, nos seguintes termos:

Ação Direta julgada improcedente, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, *caput*, e 6º, *caput* e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em Lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite no Legislativo (BRASIL, 2012).

Assim, decidiu que as medidas provisórias que foram convertidas em lei sem o parecer de comissão mista, bem como aquelas que estavam em trâmite no momento da publicação da decisão, embora eivadas de vício de formalidade, o que seria suficiente à decretação de sua invalidade, deverão ser mantidas como válidas para a preservação da ordem jurídica, respeitando a segurança jurídica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da manutenção de atos administrativos inválidos foi realizado neste trabalho objetivando compreender como o Direito justifica a permanência do ato eivado de ilegalidade na ordem jurídica, notadamente quando os efeitos decorrentes desse ato dão origem a relações jurídicas com terceiros de boa-fé.

Na investigação traçada, efetuou-se uma revisão da doutrina especializada sobre os assuntos abordados. Em um primeiro momento, para compreender a posição do ato administrativo na perspectiva da teoria geral do ato jurídico, reconhecendo suas especificidades; depois, para traçar a noção de invalidade dos atos administrativo e o dever da Administração Pública em recompor a ordem de legalidade. Por fim, abordou-se o tema da influência da constitucionalização no âmbito do Direito Administrativo, especificamente no que diz respeito à análise da validade dos atos administrativo sob o viés da juridicidade.

A discussão proposta tratou inicialmente de desmistificar a noção de legalidade estrita, tradicional no direito administrativo, ampliando-a para uma análise de juridicidade do ato administrativo, no contexto do neoconstitucionalismo.

No estudo dos vícios nos atos administrativos, verificou-se que o Direito se preocupa em avaliá-los de acordo com sua gravidade e, com base nesse critério, estabelece qual será a implicação do defeito para o ato administrativo. O que importa é compreender a necessidade de recomposição da ordem de legalidade. Ou seja, a rigor, diante do ato viciado a Administração deve agir para saná-lo. E neste ponto a literatura administrativista é muito variada ao apontar estratégias e fundamentos para a recomposição da legalidade, proporcionalmente às inúmeras situações possíveis.

Ordinariamente, diante de ato viciado, a restauração da ordem de legalidade ocorrerá pela invalidação do ato ou por sua convalidação. Neste trabalho, procurou-se demonstrar que a primeira medida será utilizada, em regra, quando o ato viciado não comporte reprodução sem o vício (convalidação), restando ao administrador retirá-lo da ordem jurídica. Por outro lado, a convalidação será medida preferencialmente adotada, por prestigiar, além do princípio da legalidade, os princípios da segurança jurídica e boa-fé.

Contudo nem sempre há possibilidade de convalidação do ato administrativo, porque o ato não se mostra passível de reprodução sem o vício que o marcou. Nesse caso, a primeira medida a ser tomada é a retirada do ato e, por conseguinte, de seus efeitos, para assim recompor a ordem de legalidade. Ocorre que em muitos casos o ato administrativo inválido, não obstante impossível de ser convalidado, também não deverá ser retirado da ordem

jurídica. Isso ocorrerá quando as relações jurídicas decorrentes do ato inválido reclamem proteção do direito.

Diante da constatação acima referida, investigou-se a hipótese de manutenção do ato inválido para preservação de seus efeitos na perspectiva da constitucionalização do Direito Administrativo, realizando-se uma análise de juridicidade do ato administrativo.

Assim, o trabalho caminhou para compreender que a análise de juridicidade do ato administrativo poderá justificar a permanência de ato administrativo com vício de ilegalidade, com a finalidade de preservar seus efeitos jurídicos, quando estes atingirem esfera de terceiro de boa-fé. Desse modo, o administrador poderá realizar um juízo de ponderação de princípios e, à luz do caso concreto, identificar situações em que o princípio da legalidade deverá ser afastado, prevalecendo o princípio da segurança jurídica e da boa-fé.

Observa-se, contudo, que a análise de juridicidade realizada sobre o ato administrativo, quando conclui pela preservação dos efeitos do ato viciado, não convalida o ato. Isso porque, conforme o estudo realizado, a convalidação se caracteriza pela reprodução do ato administrativo viciado, sem o vício existente originalmente para, assim, preservar os efeitos do ato viciado, ou seja, com efeitos *ex tunc*.

A leitura que parece mais correta é a de que o ato continua viciado, uma vez que fere a legalidade em sentido estrito, contudo não será um ato inválido, porque sua manutenção na ordem jurídica decorre da preservação da segurança jurídica e boa-fé do administrado. Essa é a análise de juridicidade do ato administrativo capaz de fundamentar a manutenção de ato viciado, porque observa não apenas a legalidade em sentido estrito, mas todo o ordenamento jurídico. O controle de juridicidade decorre da supremacia normativa da Constituição.

Outrossim, a preservação dos efeitos do ato pressupõe o reconhecimento de sua validade, porque o Direito precisa justificar a validade do ato que permanece na ordem jurídica produzindo efeitos. E é através da análise de juridicidade, compreendendo o Direito como todo, e não apenas no aspecto da legalidade estrita, que o ato administrativo com vício de legalidade poderá ser justificado como válido perante a ordem jurídica e, assim, ser capaz de continuar sendo fundamento para seus efeitos.

Observou-se ainda que a construção dessa análise de juridicidade deve se afastar do subjetivismo, competindo ao intérprete a tarefa de fundamentar a análise de ponderação de princípios diante do caso concreto, por meio da argumentação jurídica, capaz, então, de justificar a estabilização do ato administrativo com o vício para preservação de seus efeitos.

Desse modo, diante da constatação de ato administrativo que apresente vício insanável, portanto inconvaleável, mas que reclame sua manutenção na ordem jurídica,

preservando-se seus efeitos, a fim de resguardar princípios jurídicos, como a segurança jurídica e boa-fé, compreende-se que a resposta para esta questão é a estabilização do ato administrativo viciado, por meio de produção de ato administrativo ou sentença judicial, que construa justificativa com base na análise de juridicidade, ponderando os princípios jurídicos em questão para fundamentar, argumentativamente, a subsistência do ato viciado, demonstrando que a estabilização do ato é a resposta menos gravosa ao ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio A. da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Extinção do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 267, p. 41-65, set./dez. 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46457/44448>>. Acesso em: 15 fev. 2016.
- ARANHA, Márcio Nunes. Segurança jurídica *stricto sensu* e legalidade dos atos administrativos: convalidação do ato nulo pela imputação do valor de segurança jurídica em concreto à junção da boa-fé e do lapso temporal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 134, p. 59-74, abr./jun. 1997. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9636/1/ARTIGO_SegurancaJuridicaStricto.PDF>. Acesso em: 15 fev. 2016.
- ARAÚJO, Cícero. O processo constituinte brasileiro, a transição e o poder constituinte. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, ano 11, n. 88, p. 327-380, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000100011>. Acesso em: 15 fev. 2016.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Atos administrativos e recomposição da legalidade**. Rio de Janeiro, v. 207, p. 163-201, jan./mar. 1997. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46944/46299>>. Acesso em: 22 ago. 2016.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Convalidação do ato administrativo**. São Paulo: Ltr, 1999.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. 2. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- AURÉLIO, Bruno. **Atos Administrativos Ampliativos de Direitos**. Revogação e Invalidação. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47313/45714>>. Acesso em: 15 out. 2016.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Forense, 1969.

BARBOSA, Rui. Atos do Poder Executivo e seus Agentes Responsáveis por Motivo do Atentado de 5 de novembro de 1897 – I. In: _____. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro: Senado Federal, 1898. v. 25. t. 6.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 5 jan. 2015.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BIGOLIN, Giovani. **Segurança jurídica: a estabilização do ato administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 5 jun. 2016.

BRASIL. Lei n. 3.071, 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **DOU**, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 8 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. **DOU**, 7 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 8 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1973. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **DOU**, 22 jun. 1993. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 8 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. **DOU**, 24 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm>. Acesso em: 8 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **DOU**, 1º fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 8 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **DOU**, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132/RJ. Rel.: Min. Ayres Britto – Plenário, **DJe**, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 MC/DF. Rel.: Min. Marco Aurélio – Plenário, **DJe**, 9 set. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/adpf-situacao-sistema-carcerario-voto.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 217141 AgR/SP. Rel.: Min. Gilmar Mendes – 2ª Turma, **DJ**, 4 ago. 2006a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=331447>>. Acesso em: 11 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.029/DF. Rel.: Min. Luiz Fux – Plenário, **DJe**, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>>. Acesso em: 22 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 462909 AgR/GO. Rel.: Min. Gilmar Mendes – 2ª Turma, **DJe**, 12 maio 2006b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2331476>>. Acesso em: 11 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 85.179/RJ. Rel.: Min. Bilac Pinto – 1ª Turma, **DJ**, 2 dez. 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=179339>>. Acesso em: 11 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 346. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. **Imprensa Nacional**, 1964. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=346.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. Súmula n. 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. **DJ**, 10 dez. 1969.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CAMPOS, Felipe de Almeida; ROSA, Joabe Silva. A convalidação de ato administrativo em face de análise de preponderância do princípio constitucional da segurança jurídica: estudo de casos. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Belo Horizonte/MG. **Anais...** Belo Horizonte/MG: UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 11 a 14 nov. 2015. p. 34-51.

Disponível em:

<<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nlxnt420/yqL4E8x0gtKzwK9i.pdf>>.

Acesso em: 21 maio 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CIAMPAGLIA, Márcia Cristina Nogueira. Manutenção dos efeitos do ato administrativo inválido: a convalidação. In: _____. **Ato administrativo inválido e a restauração da legalidade**. 2014. p. 93-113. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2014. Disponível em:

<[http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-12122014-](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-12122014-093204/publico/Completa_Marcia_Cristina_Nogueira_Ciampaglia.pdf)

[093204/publico/Completa_Marcia_Cristina_Nogueira_Ciampaglia.pdf](http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-12122014-093204/publico/Completa_Marcia_Cristina_Nogueira_Ciampaglia.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: RT, 1979.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, p. 47-63, abr./maio/jun. 2005. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couth%20e%20silva.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, v. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. Da auto-tutela administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 108, p. 47-63, abr./jun. 1972. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/36520/35299>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo: Teoria do ato administrativo**. São Paulo: Forense, 1966a. v. 2.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo: Teoria do direito administrativo**. São Paulo: Forense, 1966b. v. 1.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 9. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Talking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo positivo**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FERRAZ, Sérgio. Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 47-66, jan./mar. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45800/45098>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. Ato administrativo inexistente. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 129, p. 350-355, jul./set. 1977. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42552/41273>>. Acesso em: 29 jul. 2015.

GUSTIN, Miraci Barbosa de Souza; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e pratica**. 4. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das nulidades do ato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

KRELL, Andreas. **Discricionariedade Administrativa e conceitos jurídicos indeterminados**. Limites do Controle Judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LACOMBE, Maria Margarida. **Hermenêutica e Argumentação: uma construção ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MAFFINI, Rafael da Cás. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. 2005. 253 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS), Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5220/000512451.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 jul. 2015.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. A banalização do instituto da convalidação no âmbito dos contratos administrativos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 49, p. 101-116, jul./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/9/8>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Princípio do fato consumado no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 220, p. 195-208, abr./jun. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47535/45214>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

MARQUES, Meire Aparecida Furbino. **A possibilidade de revisão jurisdicional dos atos administrativos discricionários no Estado Democrático de Direito**. 2016. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), Belo Horizonte, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Lisboa: Almedina, 2003.

OTT, Adriano. Invalidação dos atos administrativos à luz da doutrina e da jurisprudência do STF e STJ. **Revista Digital do Tribunal de Contas do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 5, p. 38-69, jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2013/10/flipbook/251591/index.html#/38/zoomed>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PAULA, Edylcéa Nogueira de. Contencioso administrativo. **R. Inf. Legil**, Brasília, ano 16, n. 62, p. 271-280, abr./jun. 1979. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181131/000365783.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed., 2. tir. São Paulo: RT, 1977. t. II.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 83-116, jan./abr. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/50736>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

RIVERO, Jean. O princípio da legalidade. In: _____. **Direito administrativo**. Trad. portuguesa. Coimbra: Almedina, 1981. p. 90-102.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança jurídica e ato administrativo: por um regime de transição de avaliação cogente**. 2013. 225 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9G8GUA/tese__marilda_de_paula_silveira.pdf?sequence=1>. Acesso em: 22 jul. 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

TÁCITO, Caio. O Desvio de Poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 228, p. 1-13, abr./jun. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45103/47875>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 15, p. 2-11, jul./ago./set. 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/20187-20188-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

VITTA, Heraldo Garcia. Atos Administrativos. Invalidações. Classificação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 221, p. 257-272, jul./set. 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47591>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2001.