

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – COGEAE

DANIELLA MOURA PALHA COSTA

**ATO ADMINISTRATIVO E OS EFEITOS DA INVALIDAÇÃO NO
ESTADO DE DIREITO**

SÃO PAULO - SP

2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - COGEAE

DANIELLA MOURA PALHA COSTA

**ATO ADMINISTRATIVO E OS EFEITOS DA INVALIDAÇÃO NO
ESTADO DE DIREITO**

SÃO PAULO - SP

2014

DANIELLA MOURA PALHA COSTA

**ATO ADMINISTRATIVO E OS EFEITOS DA INVALIDAÇÃO NO
ESTADO DE DIREITO**

Monografia apresentada para obtenção do grau de especialista em Direito Administrativo. Programa de Pós-Graduação em Direito. PUC – COGEAE. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Orientadora: Profa. Ms. Flávia Cammarosano

São Paulo - SP

2014

DEDICATÓRIAS

Ao meu amadíssimo filho Pedro Augusto, minha maior fonte de inspiração, que torna minha vida mais doce e plena...

Ao Marcelo, meu marido, amigo e companheiro de todos os momentos, pelo imensurável apoio e dedicação durante todos esses anos. A você, meu amor, minha eterna gratidão...

À minha mãezinha, pelo exemplo de perseverança e pela maior lição que carrego ao longo de minha vida: jamais desistir!

Aos meus amados irmãos, Afonso e Virna pelo incondicional amor.

À minha orientadora, professora Flávia Cammarosano, pela atenção, paciência e, sobretudo, pelas riquíssimas observações ao longo deste trabalho.

A todos os professores do curso de especialização em Direito Administrativo da PUC – COGEAE, pelas brilhantes exposições que instigaram e me fizeram, ainda mais, amar o Direito Administrativo.

À Deus, minha fonte diária de força para encarar as dificuldades da vida.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo desenvolver o tema “ato administrativo” nas suas várias facetas, sobretudo quanto à intrigante questão da possível modulação de efeitos decorrentes da invalidação desse ato, buscando como fundamento justificador os princípios axiológicos que compõe o ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: ATO ADMINISTRATIVO; INVALIDAÇÃO; MODULAÇÃO; EFEITOS.

ABSTRACT

This work aims to develop the theme "administrative act" in its various facets, especially regarding the intriguing question of the possible modulation effects of invalidation of this act, as justifying plea seeking the axiological principles that comprise the Brazilian legal system.

Keywords: ADMINISTRATIVE ACT; INVALIDATION; MODULATION; EFFECTS

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
 CAPÍTULO 1 - Estado de Direito e a função administrativa no Direito Brasileiro.....	 9
1.1) O Estado de Direito.....	9
1.2) A função administrativa e o princípio da legalidade no direito brasileiro.....	12
 CAPÍTULO 2 - Regime jurídico dos atos administrativos.....	 20
 CAPÍTULO 3 - Ato administrativo.....	 30
3.1) Conceito.....	30
3.2) Existência, validade e eficácia.....	40
3.3) Vinculação e discricionariedade.....	45
 CAPÍTULO 4 – Invalidação dos atos administrativos.....	 49
4.1) Considerações gerais.....	49
4.2) Conceito de invalidação.....	53
4.3) Objeto da invalidação.....	58
4.4) Classificação dos atos inválidos: atos nulos, anuláveis e inexistentes....	63
4.5) A convalidação como espécie de restauração da legalidade.....	65
4.6) Um breve cotejo entre o dever de convalidar e invalidar o ato viciado.....	67
 CAPÍTULO 5 – Efeitos da invalidação nas relações com os administrados.....	 71
5.1) O princípio da segurança jurídica, da confiança legítima e boa-fé dos administrados.....	76
5.2) Atos ampliativos e restritivos de direito e o dever de obediência ao princípio do devido processo legal	81
CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	89

INTRODUÇÃO

São inquestionáveis as modificações do papel do ente estatal no evoluir da história. Basta citar a distância abissal entre o Estado Leviatã hobbesiano, com dimensões absolutistas de poder, até a ideia, já bem consolidada nas democracias ocidentais, do Estado Democrático de Direito. A consequência inquestionável dessa mudança radical também deita reflexos na forma como esse ente transformado passou a expedir seus atos.

E em razão dessa nova concepção de ente estatal mais voltado à promoção do bem comum, exsurge enorme campo a respeito das possíveis modulações que a invalidade do ato administrativo pode ocasionar. Esse o caminho do trabalho ora apresentado.

O presente estudo tem por objetivo a análise dos efeitos do ato administrativo diante do modelo estatal hodierno, qual seja, Estado Democrático de Direito, acunhado na nova hermenêutica constitucional, que transcende o plano formal-positivista e busca a efetividade das normas-princípios, sobretudo no que tange à segurança jurídica como um direito fundamental.

Portanto, a partir desta novel perspectiva, o ato administrativo viciado, nascido sob o manto da ilegalidade, para ser desconstituído, deve enfrentar, precedentemente, a ponderação dos princípios envolvidos no caso concreto, em razão da possibilidade de ser realizada verdadeira modulação desses efeitos, conforme pretende expor o estudo ora apresentado. Para tanto, urge alocar em cada um dos capítulos, as “peças” necessárias, que, juntas, completarão o sentido do estudo.

O capítulo primeiro inaugura o trabalho traçando uma breve síntese dos modelos estatais. Partindo do Estado absolutista até a eclosão do Estado de Direito, este calcado no princípio da legalidade como limite do poder estatal, sobretudo quanto ao exercício do dever-poder do Estado, agora assumindo papel, antes pouco salientado, de gestor dos interesses sociais.

O capítulo segundo busca alocar o exercício da função administrativa, materializada por meio de atos administrativos, no regime jurídico de direito público, demonstrando, para tanto, as características gerais que justificam tal entendimento.

O capítulo terceiro trata minuciosamente da teoria dos atos administrativos, tecendo considerações gerais, partindo de seu conceito, até as formas de extinção.

O quarto capítulo, deter-se-á a uma das formas de extinção do ato administrativo, qual seja, invalidação do ato administrativo, como um dever de devoção ao princípio da legalidade, cujo desprezo, acarretaria ferimento frontal ao Estado de Direito.

O quinto e último capítulo, objeto principal do trabalho, tem por finalidade, demonstrar, sob a luz do ordenamento jurídico e posições dos tribunais brasileiros, a possível modulação dos efeitos da nulidade de um ato administrativo quando restar configurado conflito entre o princípio da segurança jurídica em oposição à legalidade, sobejamente quando colocados em pauta os atos ampliativos e restritivos de direitos, analisados em procedimento que assegure à Administração e ao administrado igualdade de condições para defender-se, em respeito ao devido processo legal.

Na verdade, conforme se pretende demonstrar nesse citado capítulo final, a configuração desse embate principiológico entre segurança jurídica e legalidade estrita poderá ter como consequência a modulação final dos efeitos da nulificação do ato.

CAPÍTULO 1 - O ESTADO DE DIREITO, A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

1.1) O Estado de Direito

Antes de desenvolver o tema específico do presente estudo, devemos, ainda que brevemente, tecer algumas necessárias considerações a respeito do conceito de Estado. Pois bem.

Dalmo de Abreu Dallari, magistralmente conceitua o Estado “como a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”¹. A partir desta premissa conceitual, torna-se uma tarefa menos espinhosa a análise das principais características do Estado Moderno, as quais se apresentam de inegável importância para a compreensão das mais intrigantes questões que circundam o Direito Administrativo no cenário hodierno.

Neste sentido, vale transcrição literal do já citado autor:

A noção de poder está implícita na de soberania, que, no entanto, é referida como característica da própria ordem jurídica. A politicidade do Estado é afirmada na referência

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do direito*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 122.

expressa ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo, e, finalmente, a territorialidade, limitadora da ação jurídica e política do Estado, está presente na menção a determinado território.²

Embora sejam tais características classificadas como gerais e ínsitas à noção de Estado, pode-se afirmar que o modelo primevo estatal enfrentou profundas transformações ao longo da história, começando pela completa ausência dessa figura com as características atuais, passando de um Estado autoritário/absolutista para liberal e liberal para social. O marco do absolutismo deu-se na França de Luís XIV, momento este marcado pela concentração de poder nas mãos do Rei, daí a conhecida frase: “*L’État c’est moi*” ou “O Estado sou eu”.

Na segunda parte do século XVIII, a sociedade não mais admitia essa forma de governo, um poder exacerbado concentrado única e exclusivamente nas mãos do governante soberano.

Tamanha inquietação culminou em um forte movimento conhecido como Revolução Francesa, e que serviu de mola propulsora ao constitucionalismo com as características hoje vivenciadas, que nas lições de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “está associado ao surgimento das duas primeiras constituições escritas, a americana e a francesa”.³ Os objetivos basicamente resumiam-se na busca pela supremacia da lei, limitação do poder e proteção dos direitos fundamentais.

Baseada nas ideias iluministas, a Assembleia Constituinte aprovou a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, a qual dispunha, em seu art. 16, que “todos os homens nascem livres e iguais em direitos e que a única fonte de poder é o próprio povo”.

Portanto, o povo passou a ser considerado o legítimo titular do poder, consolidando dessa forma a noção de Estado de Direito ou Estado Democrático de Direito, ou seja, aquele em que a vontade soberana se concentra no conhecido “governo do povo”, em contraponto ao antigo modelo político (absolutismo) em que o monarca concentrava todas as funções estatais, inclusive a legislativa.

A partir deste novel ideário, várias teorias a respeito da tessitura estatal surgiram, entre elas, embrionariamente, a de Aristóteles, desenvolvida posteriormente pelo Barão de Montesquieu, sobre a tripartição orgânica dos poderes ou das funções (Legislativo, Executivo e Judiciário), de influência incontestável em diversas Constituições principalmente no Ocidente, incluindo a atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴. Esta, em seu

² Id., Ibid.

³ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011. p. 27

⁴Dominada pelas sugestões constitucionais provenientes da França, a Constituição Imperial do Brasil foi a única Constituição do mundo, salvo notícia em contrário, que explicitamente perfilhou a repartição tetradimensional de poderes, ou seja, trocou o modelo de Montesquieu pelo de Benjamin Constant, embora de modo mais quantitativo e formal do que qualitativo e

artigo segundo dispõe que “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, Executivo e Judiciário”. Essa tripartição nada mais é do que o reconhecimento da impossibilidade da concentração absolutista de todo o poder nas mãos de uma pessoa.

Carlos Ari Sundfeld, em magistral lição, leciona que:

Legislativo, Executivo e Judiciário aparecem, assim, como órgãos cuja separação e independência seriam instrumentais a certo modelo de Direito. O modelo novo distinguiu as normas gerais e abstrata (as leis) dos atos concretos (decisões dos governantes, funcionários e juízes). O objetivo era claro: fazer com que os atos concretos se sujeitassem às aquelas normas. Esse movimento envolvia um propósito geral: submeter esse novo Poder Executivo ao Direito.⁵

Deste modo, a ideia fundamental de distribuição dos poderes ou funções decorre da intenção de eliminar a possibilidade de concentração nas mãos de um soberano, distribuindo-o entre várias esferas. Nas palavras sempre percucientes do eminente Celso Antônio Bandeira de Mello, “visa impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes”.⁶

Daí então se entende a trilogia dos Poderes como verdadeiras funções distribuídas entre os órgãos que compõem o Estado. Neste sentido, Marçal Justen Filho esclarece que “a consagração de um Estado Democrático de Direito, significou a funcionalização de todos os poderes, atribuições e competências estatais”⁷, emergindo com fortes cores o princípio da legalidade.

Neste cenário, portanto, emerge o citado princípio da legalidade como um vetor axiológico de fundamental importância à consolidação do Estado de Direito, onde todos, inclusive o ente estatal, têm o dever de observar e cumprir os mandamentos legais e a ordem jurídica. Assim, o Estado passa do patamar de criatura superior e suprema a “gestor” ou “promotor” de interesses sociais.

A ideia de submissão do Estado à lei surge da nova concepção de sua natureza, qual seja, a de pessoa jurídica⁸. No momento em que se justifica tal enquadramento estatal, passa-se a aceitar a noção de Estado como uma unidade, o que não o exime de ser considerado partícipe da coletividade. É

material. Com efeito, ao Executivo, Legislativo e Judiciário, acrescentou o Poder Moderador, de que era titular o Imperador e que compunha a chave de toda a organização política do Império. Em rigor, como redundou de sua aplicação constitucional, era ele o Poder dos Poderes, o eixo mais visível de toda a centralização de governo e Estado na época imperial”. In BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 363-4.

⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para cééticos*. Malheiros: São Paulo. 2012. p. 26.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, p. 31.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012-3.

⁸ Art. 41, I, II, III e IV, CC/2002.

neste cenário, então, que exsurge o alvorecer de um Estado integralmente subsumido à lei, e conseqüentemente desaguando na limitação de seu poder.

Neste mesmo sentido, Dalmo de Abreu Dallari esclarece:

Como se tem procurado evidenciar, inclusive com o objetivo de assegurar o respeito aos valores fundamentais da pessoa humana, o Estado deve procurar o máximo de juridicidade. Assim é que se acentua o caráter de ordem jurídica, na qual estão sintetizados os elementos componentes do Estado. Além disso, ganham evidência as ideias da personalidade jurídica do Estado e da existência, nele, de um poder jurídico, tudo isso procurando reduzir a margem de arbítrio e discricionariedade e assegurar a existência de limites jurídicos à ação do Estado.⁹

Portanto, tal sistemática que era de cerrada soberania estatal sobre o povo (relação vertical de dominação), passa a ser considerada mais democrática e com maior possibilidade de participação popular na vida societária (maior horizontalidade das relações sociais). O eixo passa a ser a efetivação das necessidades da coletividade, e não a mera concentração e fortalecimento de poder.

O próximo passo discutirá o significado de função estatal e de sua indeclinável submissão à lei.

1.2) A função administrativa e o princípio da legalidade no direito brasileiro

Etimologicamente a palavra função vem do latim *functio*, que significa dizer “realização, execução, performance”¹⁰. Cada vez mais, para a melhor doutrina administrativista, a função é um dever. Neste sentido, evidencia-se a importância da teoria Kelsiana, a qual leciona que “constituem funções jurídicas as de produzir, aplicar e observar o direito”¹¹. Ainda neste sentido, Weida Zancaner esclarece que “todos os indivíduos de um Estado produzem, aplicam e observam o Direito, inclusive o próprio Estado”¹². Mais adiante preleciona que:

...o Estado exerce funções jurídicas símiles às exercidas pelos particulares; entretanto, também exerce um tipo específico de função jurídica, a qual costuma-se nominar Estatal, que se distingue das demais em razão de ser exercida pelo Estado,

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. p. 129.

¹⁰ Retirado da página virtual <http://www.origemdapalavra.com.br>. Acesso em 15 de março de 2013.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed (Tradução: João Baptista Machado). Coimbra: Ed. Armênio Amado, 1976. p. 15.

¹² ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 1996. p. 15.

por lhe ter sido conferida, pela ordem normativa, a qualificação de órgão especial da sociedade.¹³

A partir da afirmação de que o Estado é órgão especial da sociedade, conclui-se que lhe cabe como função precípua, qual seja, o dever de prestar serviços públicos de forma excelente à coletividade, jamais em busca de seus próprios interesses, mas em prol da comunidade¹⁴. Trata-se, simplesmente, da prevalência da ideia de função sobre o elemento “poder”.

Nesta toada, vale as lições de Alexandre Santos de Aragão ao lembrar que:

A vontade que constitui o substrato do ato administrativo não é uma “vontade” subjetiva, na acepção tradicional civilista do termo, mas sim uma manifestação concreta, impessoal e objetiva da Administração Pública na execução das finalidades a ela outorgadas pela lei e pela Constituição.¹⁵

Marçal Justen Filho, ainda neste sentido afirma que “o Estado é investido de funções, não de direitos subjetivos”¹⁶. Mais uma vez, a afirmação da prevalência da ideia de serem exercidas funções em benefício social.

Dando continuidade ao significado de função, já agora no sentido de funções estatais, certamente não pairam dúvidas acerca das classificadas (bastante consolidadas doutrinariamente) como funções típicas, ou seja, aquelas que guardam relação direta com o respectivo órgão.

Muito embora tal questão seja desprovida de maiores dificuldades, não se torna inútil relembra que o poder é uno e indivisível, e sendo assim, os órgãos exercem, além das citadas funções típicas, também funções atípicas, em homenagem ao conhecido modelo alcinchado de “freios e contrapesos”, ou teoria do equilíbrio entre tais poderes. Tal teoria, semeada pelo pensador Montesquieu, fundamentava-se não apenas na necessária independência entre os três poderes (legislativo, executivo e judiciário), mas, incluindo a imprescindível harmonia entre eles.¹⁷

¹³ Id. *Ibib*.

¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello entende como serviço público “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. Op. cit., p. 671.

¹⁵ SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. *Os caminhos do ato administrativo*. Editora Revista dos tribunais, São Paulo, 2011. P. 39.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 113.

¹⁷ Sobre o assunto, vide, com maior profundidade Montesquieu. *Do Espírito das Leis* (Texto completo). São Paulo: editora Martin Claret. 2003.

Neste sentido, vale ressaltar, mais uma vez, as lições de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano:

Funções típicas são as que guardam uma relação de identidade com o Poder por que são desempenhadas e atípicas, contrariamente, são aquelas que não guardam nota de identidade e, por isso mesmo, são originariamente desincumbidas pelos outros órgãos de poder.¹⁸

Como salientado alhures, de maneira bastante simplificada, o Executivo busca tipicamente instrumentalizar a administração estatal; o Legislativo tem como função típica a de criar as leis; o Judiciário de julgar as contendas, decidindo com força de coisa julgada.

Porém, no interior de cada unidade desses poderes, formando o que se denomina órgãos, são praticados outros atos, chamados atípicos e que apenas torna-se possível identificá-los a partir do critério formal. Esse critério, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “é aquele que se prende a características impregnadas pelo próprio Direito à função tal ou qual”¹⁹. E mais adiante esclarece:

A função legislativa é a função que o Estado, e somente ele exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam diretamente na Constituição.

A função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de “coisa julgada”, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.

A função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça às vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.²⁰

Diante de todo o exposto, a função que realmente se apresenta com maior dificuldade de ser compreendida certamente é a administrativa, tendo em vista as inúmeras questões das mais diversas atividades que necessariamente

¹⁸ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit., p. 351.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 35

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 35-36.

devem ser praticadas por seus agentes, materializadas por meio de atos administrativos,²¹ em nome desse novel Estado provedor do bem social.

Carlos Ari Sundfeld a respeito de tal função, qual seja, função administrativa, leciona:

A função administrativa seria, quanto a seu regime jurídico, a atuação estatal subordinada às leis e ao controle dos juízes. Já, quanto a seu objeto, seria uma espécie de função residual, envolvendo desde atuações mais burocráticas como a fiscalização de atividades privadas, até a execução de serviços em geral, como os urbanos.²²

Ainda neste sentido, importante ensinamento professado por Hely Lopes Meireles:

Os Poderes de Estado, na clássica tripartição de Montesquieu, até hoje adotada pelos Estados de Direito, são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si e com suas funções reciprocamente indelegáveis (CF, art. 2º). Esses Poderes são iminentes e estruturais do Estado (diversamente dos poderes administrativos, que são incidentais e instrumentais da Administração), a cada um dele correspondendo uma função que lhe é atribuída com precipuidade.²³

Ocorre que para cumprir seus misteres são necessários usos de poderes, como instrumentos ao alcance de um fim, consubstanciado na concepção de interesse primário da Administração. Este significa nada mais que o próprio interesse público voltado à realização dos verdadeiros fins sociais.

Ressalte-se, que a Administração Pública, enquanto ente personalizado desenvolve atividades que se assemelham com as típicas dos particulares, por exemplo, de cunho patrimonial. Ocorrendo tal hipótese, estar-se-á diante do denominado interesse secundário da Administração.

Na situação ventilada, afasta-se por completo do anterior (interesse primário), desviando a consecução primária da finalidade estatal, qual seja, a

²¹ “Segundo uma linha, o ato administrativo decorreria da separação de poderes, no sentido de que deveria haver um meio de exteriorização para cada um dos poderes estatais; o Poder Executivo, como Administração, se expressaria mediante o ato administrativo, que não se confunde com a lei, nem com a sentença. Nos primórdios da Revolução Francesa, o ato administrativo decorreria da separação entre jurisdição e administração, no sentido de fugir à apreciação dos tribunais judiciais; daí ser denominada, por alguns autores, de concepção processualista”. In MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vítor Rhein (orgs.). Os caminhos do ato administrativo. MEDAUAR, Odete. *Ato administrativo: origem, concepções, abrangência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.18.

²² SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 27.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. 38. ed. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012. p. 61.

realização dos interesses societários. Ressalte-se que, embora seja possível a convivência dos referidos interesses no âmbito da Administração Pública, deverão caminhar lado a lado, ou seja, jamais haverá a mínima possibilidade de colisão.

Neste sentido, lembra com bastante acuidade Celso Antônio Bandeira de Mello que os interesses secundários apenas são legítimos se estiverem em consonância com os primários, conforme plasmado no seguinte ensinamento:

Interesse primário é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega a compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário.²⁴

Neste sentido, é corrente deparar-se com entendimentos desvirtuados acerca dos citados “poderes” estatais, que nada mais são que prerrogativas inerentes ao Estado e necessárias à consecução das funções administrativas já apreciadas. Diversas vezes esses poderes são confundidos com arbitrariedades. Porém, o Estado diante de sua nova perspectiva passa a ter o “dever-poder” de bem prestar os serviços à coletividade, e jamais o “poder-dever”²⁵ de prestá-los, visto que os poderes são instrumentos ancilares, medidas conferidas pela Lei à realização das citadas funções.

À administração Pública, diversamente do que ocorre com os particulares - cujo princípio que os rege é o da autonomia da vontade²⁶ - apenas lhe é permitido praticar atos prescritos previamente em lei. *A contrario sensu*, aos particulares é permitido praticar tudo aquilo que não é defeso em lei.²⁷

Portanto, diante do princípio cogitado, o Estado submete-se unicamente ao repositório legislativo, sob pena de desvio de finalidade,²⁸ e, consequentemente, vício de legalidade, pois o dever, em síntese, coincide com a função que lhe cabe, nada além dessa atribuição.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 99.

²⁵ Essa distinção é feita de maneira insuperável por BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, cit.

²⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, afirma que “segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe”. In *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005. p. 68.

²⁷ “Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 105.

²⁸ A propósito do uso de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria, costuma-se falar em “desvio de poder” ou desvio de finalidade”. In BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 406.

Konrad Hesse, em citação que merece transcrição literal, neste sentido afirma:

No Estado democrático intervencionista, de prestação de serviços e de previsão do presente, as tarefas são essencialmente distintas. Não se trata tanto de limitar um poder estatal absoluto, que viesse historicamente dado, mas de constituir um poder previamente limitado, democraticamente legítimo, e de manter sua virtualidade e sua eficiência no processo político regulado.²⁹

Portanto, nas sábias palavras do eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “a função pública é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso de poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”.³⁰ Mais adiante conclui o mesmo autor que “existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las”.³¹

Ricardo Marcondes Martins, sobre o significado de “função”, sabiamente esclarece:

A atuação do Estado deve consentir sempre no exercício de uma função, tomada esta palavra em seu significado técnico: é atividade dotada de prerrogativas necessárias ao cumprimento do dever de atender o interesse alheio.³²

Também neste sentido vale a transcrição integral dos ensinamentos de Marçal Justen Filho:

A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitados sob regime jurídico infralegal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional.³³

Concluindo essa ideia, Antônio Carlos Cintra do Amaral entende por função estatal “aquela no exercício da qual o Estado, como órgão

²⁹ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16.

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 29.

³¹ Id. Ibid., p. 71.

³² MARCONDES MARTINS, Ricardo. *Temas de Direito Administrativo*. Efeitos dos vícios do ato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 37.

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. cit., p. 94.

especialmente qualificado da sociedade e mediante ato de autoridade, cria normas jurídicas”.³⁴

Diante de todo o exposto, conclui-se que a Administração Pública frise-se, sempre subsumida à lei em homenagem ao princípio da legalidade, materializa sua função, realiza sua atividade, por meio de seus atos, quais sejam, atos administrativos, tema indissociável ao estudo do regime jurídico a que pertence e tratar-se-á com mais detenção no capítulo subsequente.

CAPÍTULO 2 – REGIME JURÍDICO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

No momento em que o intérprete pretende debruçar-se no estudo de determinada matéria jurídica, é imprescindível para uma melhor compreensão do instituto e como valor metodológico de profunda importância, analisar o regime jurídico enquanto categoria básica de um ramo do Direito,

³⁴ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008. p. 39.

razão esta ter o presente estudo optado por esse tema preceder ao desenvolvimento do ato administrativo.

Corroborando a ideia ora apresentada, Angélica Petian, em citação que merece transcrição integral, afirma que:

Qualquer que seja a disciplina jurídica em tela é possível, e bastante recomendável, realizar um estudo segundo o conjunto orgânico e sistemático de normas que a informam, considerando o regime jurídico enquanto categoria básica que permita identificar as vigas mestras daquela ramificação do Direito, independentemente do instituto jurídico que se tenha em vista”.³⁵

Entende-se o regime jurídico como microssistema balizador das citadas “categorias básicas” de uma determinada ramificação do direito (na linha da citação que acabou de ser feita), nele sendo desvelados os institutos fundamentais que o diferenciam dos demais ramos do direito. Óbvio que o trabalho em desenvolvimento conduz ao estudo do regime jurídico do direito administrativo.

A análise do Regime Jurídico é de suma importância no estudo do Direito Administrativo, pois Administração Pública, não apenas pratica atos revestidos pela característica da verticalidade, como os atos administrativos, mas outros, denominados pela doutrina de atos da administração.

Portanto, o Estado ora atua como pessoa jurídica de Direito Público (no uso de suas prerrogativas), ora no exercício de outras funções não propriamente Administrativas, como por exemplo, a realização de um contrato de locação de imóvel com um particular, o qual é regido primordialmente pelo regime de direito privado.³⁶

Neste sentido, passa-se a transcrever indispensável lição de Antônio Carlos Cintra do Amaral:

O Estado exerce funções jurídicas. Mas nem sempre essas funções são estatais. Vale dizer: o comportamento do Estado nem sempre difere do comportamento do particular. Quando ele observa o Direito, ou quando produz negócios jurídicos, que não se caracterizam como contratos administrativos, não age na qualidade de órgão especialmente qualificado da sociedade.³⁷

³⁵ PETIAN, Angélica. *Temas de Direito Administrativo: Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.23.

³⁶ Não é objeto do presente trabalho estudo relativo às possíveis incursões do direito público ainda quando o Estado atua como se fosse um particular.

³⁷ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Teoria do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.39.

Por esta razão, merece prosperar o estudo do regime a que pertencem os atos denominados administrativos. Para tanto, calha à necessidade do desenvolvimento do que se entende a respeito de ambos os regimes na visão doutrinária brasileira.

Marçal Justen Filho diferencia os regimes de maneira tão brilhante que merece citação literal:

O regime de Direito Público consiste num conjunto de princípios e regras jurídicas que se disciplinam poderes, deveres e direitos vinculados diretamente à supremacia e à indisponibilidade dos direitos fundamentais. O regime de Direito Público caracteriza-se pela criação de órgãos e funções na esfera pública, a quem é atribuída a titularidade de bens vinculados à realização de valores essenciais, assim como a competência para promover a satisfação de interesses indisponíveis. Em contrapartida, o regime de Direito privado é norteado pela autonomia privada na escolha dos valores a realizar e na disponibilidade dos interesses em conflito, reconhecendo-se a legitimidade de condutas de satisfação egoísticas das necessidades.³⁸

Para Regis Fernandes de Oliveira:

Entende-se por regime jurídico administrativo o conjunto de princípios que possam, em sua unidade sistemática, fornecer caracteres distintivos dos demais ramos do direito e dar-lhe autonomia própria, fisionomia específica.³⁹

Mais adiante o mesmo autor ressalta que:

O regime jurídico do ato administrativo deve ser procurado naquelas peculiaridades próprias que o possam distinguir dos outros atos praticados pela Administração e que lhe dêem especificidade em relação aos demais.⁴⁰

Portanto, ao identificar o ato administrativo como um ato típico da Administração, devem-se analisadas suas características próprias, denominadas pela doutrina de atributos do ato administrativo. São esses atributos que os diferenciam dos demais atos jurídicos. Neste caso, tem-se a presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.⁴¹

A razão de ser dos atributos do ato administrativo tem fundamento único, qual seja, a realização do interesse primário da Administração. São prerrogativas legalmente outorgadas à Administração, em prol da coletividade.

³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p.110.

³⁹ FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. *Ato Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.35.

⁴⁰ Id., Ibid., p. 47

⁴¹ Na esteira, por exemplo, do pensamento de MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit.

Passa-se, neste momento, ainda que sucintamente, a conceituar os mencionados atributos.

O primeiro atributo no iter da classificação é a presunção de legitimidade e de veracidade dos atos. Ora, a permissão para a prática de atos administrativos deriva unicamente do ordenamento jurídico. A Administração possui como limite para a execução de seus atos aquilo que a lei estabelece. Fato este, fundamentado pelo princípio da legalidade, como consequência do modelo de Estado de Direito.

Os administrados, quanto sujeitos passivos da relação com o Estado, presumem, pelas questões já expostas, que os atos administrativos tenham sido praticados conforme a lei, portanto hígidos e legítimos.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao conceituar o princípio da presunção de legitimidade, assevera que se trata de “qualidade que reveste tais atos, de serem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário,”⁴² portanto, há neste caso uma presunção relativa - *juris tantum*.

Hely Lopes Meirelles quanto à presunção de legitimidade assevera que:

Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da administração (art. 37 da CF), que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental.⁴³

Quanto ao atributo da imperatividade, é a qualidade do ato caracterizada pela possibilidade de a Administração impor unilateralmente e coercitivamente o seu cumprimento, denominada por Renato Alessi de “poder extroverso”⁴⁴. Portanto, despreza-se a concordância do administrado.

Regis Fernandes de Oliveira, quanto ao atributo apresentado, faz afirmação tão rica que merece a citação integral:

O Poder Público, ao agir, transpõe seu limite estreito de ação, no seu âmbito interno. Ingressa na esfera jurídica de terceiros, impondo-lhes obrigações. Enquanto os particulares não podem obrigar sem respaldo do judiciário (isto é, devem, antes, obter uma decisão para, então, exigir uma satisfação da pretensão), o Poder Público, por seus atos, interfere na intimidade jurídica de todos que se acham sob seu campo de regulamentação, impondo-lhes sua vontade, Constitui, unilateralmente, obrigações.⁴⁵

⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p.419.

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 166

⁴⁴ Pensamento extraído da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello. Op. cit., p. 419.

⁴⁵ FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. Op. Cit., p.49-50.

Tem-se ainda como consequência do atributo acima citado, a exigibilidade em que à Administração é facultada a possibilidade de ordenar o cumprimento das obrigações impostas, sem a necessidade de buscar socorro no Judiciário previamente para que o sujeito passivo cumpra os mandamentos estatais decorrentes da imperatividade.

Por fim, tem-se o atributo da executoriedade. Nesta o Estado vale-se da possibilidade de impor materialmente obrigações a terceiros, independentemente de prévia autorização judicial, ou seja, tem por objetivo compelir materialmente o administrado nas obrigações impostas.

Ora, se o ordenamento jurídico outorga à Administração Pública o poder (mecanismo para realizar o dever) de impor obrigações ao administrado (imperatividade), conseqüentemente, seria inócuo não promover meios de compeli-lo a realiza-las⁴⁶. Eis a justificativa para tanto.

O eminente professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha, cotejando os atributos da exigibilidade e executoriedade dos atos administrativos, salienta que:

A exigibilidade não se confunde com a imperatividade, porque a imperatividade constitui o administrado numa dada situação, num dever ou obrigação, enquanto a exigibilidade permite à Administração, por meios de coerção, exigir, pretender, o cumprimento da obrigação imposta. Elas estão situadas em planos distintos: a imperatividade, no campo da constituição da obrigação; enquanto a exigibilidade, no campo do cumprimento.⁴⁷

Frise-se que o uso desta espécie de ato, qual seja, executoriedade, para ser considerado legítimo, há de se observar alguns pressupostos do mundo fenomênico, como por exemplo, a necessidade imediata, urgente, de o ato ser praticado, além da observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, caso contrário, sua ausência poderá provocar lesão irreparável.

Ocasionalmente dano ao administrado pelo mau uso do da imposição da realização desse ato, este estará albergado pelo Judiciário em reverência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, prescrito no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e, conseqüentemente, a possibilidade de ajuizamento de remédio heróico de mandado de segurança, *habeas corpus* - como medidas assecuratórias e modificadoras do cenário decorrente dessa imposição, além da via ordinária necessária à responsabilização do Estado pelo dano causado.

⁴⁶ Sobre a imperatividade das normas jurídicas, não propriamente no âmbito do direito administrativo, vale conferir a obra seminal de KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas* (Tradução: José Florentino Duarte). Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris. 1986.

⁴⁷ FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p.310.

Nesta seara, convém transcrever excelente citação de Sílvio Luís Ferreira da Rocha:

Se o cidadão considerar que o ato administrativo que o afetou foi expedido com fundamento no princípio constitucional da supremacia do interesse público, poderá invocar o seu direito fundamental à tutela judicial efetiva e propor, através de instrumentos processuais idôneos, a revisão do ato pelo Poder Judiciário.⁴⁸

Neste cenário, muito embora à Administração Pública seja outorgado pela norma jurídica o dever-poder de praticar atos (e aqui se lê ato administrativo) revestidos de prerrogativas para com o particular como resultado da verticalidade, nem sempre essa relação (Estado-particular) decorre de um poder imposto unilateralmente, melhor explicando: em diversas situações haverá a presença de uma relação horizontal, quase igualitária, sendo afastada a aplicação dos supracitados atributos, o que neste caso descaracterizaria o ato administrativo, restringindo-o em ato da administração⁴⁹. Aliás, essa citada verticalidade perde a pungência justamente quando estiver em jogo a defesa de direitos fundamentais dos particulares⁵⁰.

Frise-se, mais uma vez, que as prerrogativas inerentes e dispensadas pela Lei à Administração Pública, são instrumentos indispensáveis pela finalidade da função estatal, que curar os interesses da sociedade, abandonando por completo o modelo pretérito absolutista de imposição inquisitória de atos por parte do Estado, transmudando-se sua atuação, simplesmente ao de gestor dos interesses da comunidade.

Regis Fernandes de Oliveira conclui que:

Pode-se assegurar, pois que o regime jurídico, tal como apontado, nem sempre estará presente no relacionamento do Estado com particulares. A necessidade pública a ser satisfeita já não mais estará abrigada no regime autoritário.⁵¹

⁴⁸ FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 54.

⁴⁹ No que pese as prerrogativas estatais, vezes há em que a Administração Pública não necessita de sua prática em vista dos interesses a serem perseguidos. Neste sentido, há duas correntes doutrinárias que tratam a respeito dos atos administrativos. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (corrente minoritária) todos os atos jurídicos praticados pela Administração Pública são atos administrativos. De outra banda, Celso Antônio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho, Diógenes Gasparini, entre outros autores, consideram que nem todos os atos jurídicos praticados pela Administração Pública inclui-se no conceito de ato Administrativo assim como os atos regidos pelo Direito Privado, os atos materiais e os atos políticos ou de governo. Quanto ao exemplo citado, por ora não se pretende avançar no assunto envolvendo a incidência dos direitos fundamentais dessas relações, quais sejam, entre Estado e particular e/ou entre particulares.

⁵⁰ Não é pretensão desse trabalho avançar na questão dos direitos fundamentais entre particulares. Sobre esse assunto, confira entre tantos, COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*. São Paulo; LTr. 2009.

⁵¹ FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. *Ato Administrativo*, cit., p. 51.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. em citação que merece transcrição literal, esclarece que:

Nem todos os atos dos entes públicos são soberanos. Quando o são, porém, aparece o *jus imperii*. Suas normas são, então, cogentes, pois pressupõe o interesse da ordem pública. É o princípio do interesse público relevante que, contrastando com interesses privados, prevalece em última instância sobre eles.⁵²

Portanto, quanto ao regime de Direito Público, que inserido mostram-se os atos administrativo, pode-se afirmar que emerge do fato de o Estado como gestor dos interesses sociais, portanto de todos, prescindir da prática de algumas medidas indispensáveis pela incessante busca à efetivação daquelas necessidades.

Regis Fernandes de Oliveira neste sentido afirma que “o Estado, como titular dos interesses públicos deve escolher o caminho e o mecanismo para seus objetivos”. Em síntese, o Regime de Direito Público ou Regime Jurídico Administrativo nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro “resume-se a duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições”⁵³. E esses caminhos, sempre, precisam ser bem pavimentados!

Diante deste entendimento e como fundamento desta prática, emerge como sustentáculo, viga mestra do regime de Direito Público, em síntese, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado nasce da ideia de que, na eminência de colisão entre o interesse de um indivíduo considerado singularmente, com o interesse do grupo, ou seja, da coletividade social, este último é que deve prevalecer. Exemplificando: havendo necessidade de serem construídas escolas, creches, hospitais em determinada área ocupada por propriedade imóvel de um particular localizada em local determinado como o mais conveniente para oferecer os serviços à sociedade⁵⁴, logo surgirá o interesse público, podendo ser utilizado o instituto da desapropriação⁵⁵ como instrumento ao alcance da finalidade mencionada.

⁵² FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 5º ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 139.

⁵³ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, cit., p. 64.

⁵⁴ O aprofundamento dessa questão importaria necessariamente no desenvolvimento do tema da judicialização das políticas públicas, muito além, portanto, do objetivo aqui pretendido. Sobre essa questão, confira, dentre tantos outros, FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 20. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v. 737, p. 11-22, mar. 1997; LIMA, Martônio Mont'Averne. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et. al. (Orgs.). *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 99-261.

⁵⁵ Desapropriação nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello é o procedimento através do qual o Poder Público despoja alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização, fundado em um interesse público. Trata-se, portanto, de um sacrifício de direito imposto ao desapropriado. Op. cit., p. 865.

Consequentemente, a propriedade⁵⁶ particular fica relativizada quando em conflito com a necessidade da população circundante daquela localidade⁵⁷. Na situação ventilada, vislumbra-se claramente a relação vertical da Administração para com o particular consubstanciada na prevalência do interesse público sobre o direito de propriedade individual.

Diante de tal prevalência, emergem algumas consequências que serão definidas nas palavras de Sílvio Luís Ferreira da Rocha da seguinte forma:

- a) Possibilidade de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais. Tais atos são imperativos e trazem consigo a decorrente exigibilidade, traduzida na previsão legal de sanções ou providências indiretas que induzam o administrado a acatá-los. Alguns enseja, ainda, possa a própria Administração executar a pretensão neles traduzida, sem a necessidade de recorrer às vias judiciais – o que denominamos de autoexecutoriedade dos atos administrativos, presente quando a lei expressamente a admite ou quando a providência for urgente ao ponto de demanda-la de imediato, por existir sério risco de perecimento do interesse público; b) a possibilidade de a Administração revogar os próprios atos inconvenientes ou inoportunos e o dever de anular os atos inválidos que haja praticado – denominada princípio da autotutela dos atos administrativos.⁵⁸

Portanto, ao tratar de ato administrativo, deve o hermeneuta identificá-lo como instituto acomodado ao regime de Direito Público em vista das características próprias que o sistema legal lhe outorgou. Isso se dá porque o interesse a ser zelado é o da coletividade, conhecido como interesse primário da Administração.⁵⁹ *A contrario sensu*, não se terá ato administrativo propriamente dito, mas atos que a Administração pratica na defesa de seus interesses predominantemente econômicos, ou interesse secundário.

Sobre a distinção entre interesse público primário e secundário vale a transcrição literal de Luís Roberto Barroso:

O interesse primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover; justiça, segurança e bem

⁵⁶ Neste sentido, cabe ressaltar que o direito de propriedade jamais será relativizado, o que se quer dizer com isso é que a propriedade individual poderá ser sacrificada quando a busca do interesse do grupo social se mostrar mais benéfica como um todo. Ressalte-se ainda, que a retirada da propriedade para ser legítima, deve passar por todo um processo, qual seja, processo de desapropriação, conforme a lei, que possa recompor os prejuízos sofridos pelo expropriado, sob pena de configuração de enriquecimento ilícito por parte do Estado.

⁵⁷ Ao suscitar o princípio do interesse público, deve o hermeneuta identificá-lo como o interesse do grupo social, o qual é integrado por indivíduos considerados singularmente. Neste sentido Sílvio Luís Ferreira da Rocha assinala que o interesse público é um interesse do indivíduo enquanto membro de uma comunidade política. Op. cit., p. 51.

⁵⁸ Op. cit., p. 53-54.

⁵⁹ Tal distinção, entre interesse primário e secundário, foi realizada pela doutrina italiana na pena de Renato Alessi. Na literatura pátria, foi apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello. Op. cit., p. 57.

estar social. Estes são interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – que se trate da União, Estado-membro Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.⁶⁰

Sem pretender aprofundar a discussão envolvendo tal distinção dicotômica, vale registrar, para evitar interpretação equivocada e superficial, que o já citado interesse público secundário não pode ser considerado “desimportante”,⁶¹ pois é dessa fonte que proveem “os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles”.⁶² Sem os recursos financeiros necessários, o ente estatal não pode realizar os investimentos sociais exigidos, nem muito menos prestar de forma adequada os serviços públicos inerentes ao modelo hodierno de Estado.

Contudo, o interesse público primário, aparelhado nos valores fundamentais como justiça, segurança e bem estar da sociedade, “há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático”,⁶³ devendo pautar toda a teia de relações jurídicas, seja entre particulares entre si, seja desses com o ente estatal como parte, seja nas relações entre as pessoas jurídicas de direito público.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o estudo do Regime Jurídico, ora trabalhado, torna-se imprescindível quando se coloca em pauta os atos administrativos. Não se pode falar em ato administrativo sem que parta do estudo do Regime a que é submetido, qual seja, o Regime Jurídico de Direito Público.

Razão esta que se passa, a partir do capítulo subsequente, a desenvolver a conceituação de ato administrativo diante das características apresentadas.

⁶⁰ Prefácio constante em SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados*. desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 13. No mesmo sentido, vide BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 92.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 93.

⁶² Idem.

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, cit., p. 94.

CAPÍTULO 3 - ATO ADMINISTRATIVO

3.1) Conceito

Uma vez outorgada à Administração Pública o dever de bem servir a coletividade, e sendo o Estado um ser anímico embora personalizado, esse ente realiza suas atividades por meio de seus agentes⁶⁴, pessoas investidas de competência para a consecução do exercício da função administrativa. Em consequência, emerge a ideia de atividade administrativa⁶⁵, materializada a partir da execução de atos administrativos como instrumentos de concretização da função estatal.

Leciona Antônio Carlos Cintra do Amaral que a “função da ciência do Direito é descrever normas jurídicas”.⁶⁶ É a partir deste fenômeno que prospera afirmar que a ciência do Direito se opõe à ciência da natureza, visto que esta simplesmente ocorre, sem intervenção alguma do homem. Quanto à ciência jurídica, ao contrário, há necessariamente uma atuação humana para que, enfim, possa existir e produzir efeitos no mundo fenomênico, fato este concretizado por meio de produção das normas.

Portanto, no mundo dos fatos, os acontecimentos naturais, só por si não tem valor jurídico. A ciência da natureza é aquela que se utiliza do estudo que parte de observação e experimentação, restringindo sua atuação no descrever do ser, ou seja, como o objeto é, diferentemente do que ocorre com o Direito, o qual se utiliza da produção humana das normas jurídicas que cuidam não apenas do objeto como é, mas também como deve ser.

⁶⁴ Neste sentido entende Celso Antônio Bandeira de Mello que a vontade e a ação do Estado (manifestada por seus agentes, repita-se) são constituídas na e pela vontade e ação dos agentes; ou seja: Estado e órgão que o compõem se exprimem através dos agentes, na medida em que ditas pessoas físicas atuam nesta posição de veículos de expressão do Estado. Op. Cit., p. 140

⁶⁵ A função administrativa é um conjunto de competências, e a atividade administrativa é a sequência conjugada de ações e omissões por meio das quais se exercita a função e se persegue a realização dos fins que norteiam e justificam sua existência. A função administrativa se traduz concretamente na atividade administrativa. . BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit., p. 98

⁶⁶ CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Teoria do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 29.

Luís Roberto Barroso, em trecho que merece transcrição literal, afirma com inegável correção:

As normas jurídicas são o objeto do Direito, a forma pela qual ele se expressa. Normas jurídicas são prescrições, mandamentos, determinações que, idealmente, destinam-se a introduzir a ordem e a justiça na vida social.⁶⁷

Neste sentido, frequentemente ao operador do Direito cumpre interpretar as normas e aplicá-las (esta última característica aplica-se predominantemente à função administrativa), porém, nem sempre há conceitos pré-definidos no ordenamento jurídico que possam afastar dúvidas a respeito de sua definição/aplicação, mas frequentemente esbarra-se nos conceitos fluidos, onde, a partir da prática hermenêutica chega-se a uma determinada conclusão.

Pode-se afirmar que ato administrativo é uma norma concreta expedida pelo Poder Executivo, cujo conceito não se extrai diretamente dos diplomas legais ou da jurisdição, mas parte de uma criação prática, necessária para melhor satisfazer as necessidades do mundo empírico.

Entende-se o ato administrativo como espécie do gênero ato jurídico. Neste diapasão, cumpre esclarecer que diferem os atos jurídicos dos fatos jurídicos. Embora ambos estejam enquadrados no gênero fatos jurídicos, ou seja, acontecimentos previstos no ordenamento que desencadeiam efeitos modificadores da situação do sujeito, o ato jurídico provém de uma declaração a ser manifestada por meio de certos signos, podendo ser de expressada de forma oral, escrita, mímica, entre outras, inclusive por meio eletrônico como entende doutrina mais moderna.

Ensina Regis Fernandes de Oliveira que “diante da evolução tecnológica, o ato administrativo passa a ter novas formas de emanção. Já não será mais o papel escrito e assinado pelo agente que invadirá a esfera íntima do administrado”.⁶⁸ Importante esclarecer que tais atos devem ser emanados por alguém investido de prerrogativas públicas (agente público).

No que tange ao fato jurídico, muito embora desague igualmente em modificação na esfera jurídica do administrado, não decorre da manifestação de vontade do agente, mas tão somente o ordenamento jurídico prevê consequências para os possíveis acontecimentos do mundo dos fatos.

Assim, conclui-se que o ato jurídico e, conseqüentemente, o ato administrativo, é identificado a partir do elemento prescrição, enunciação, ou manifestação de vontade, isto é, a presença de uma declaração é uma das marcantes características vislumbradas nesse instituto.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, cit., p. 212.

⁶⁸ FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. *Ato Administrativo*. Op. cit., p. 69

Neste sentido esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello:

Atos jurídicos são declarações, vale dizer, são enunciados; são falas prescritivas. O ato jurídico é uma pronúncia sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela deverá ser. Fatos jurídicos não são declarações; portanto não são prescrições. Não são falas, não pronunciam coisa alguma. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele.⁶⁹

Alexandre Santos de Aragão assevera, ao cotejar os referidos institutos, também de maneira acertada, que:

À luz da Teoria Geral do Direito, os atos administrativos são espécie de ato jurídico stricto sensu, ou seja, de manifestação unilateral de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos (criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações). A peculiaridade dos atos administrativos em relação aos atos jurídicos em geral é o fato de serem praticados no exercício da função de administração pública, isto é, de busca, com base no ordenamento jurídico, da realização dos objetivos incumbidos ao Estado pela Constituição, com todas as prerrogativas, privilégios, limitações e controles que esta peculiaridade acarreta.⁷⁰

Ainda neste sentido mais uma vez Celso Antônio Bandeira de Mello:

Atos jurídicos são declarações, vale dizer, são enunciados; são falas prescritivas. O ato jurídico é uma pronúncia sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela deverá ser. Fatos jurídicos não são declarações; portanto não são prescrições. Não são falas, não pronunciam coisa alguma. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele.⁷¹

O ato administrativo, com fundamento no direito positivo brasileiro, deve inicialmente ser analisado sob duas vertentes, em sentido lato e em sentido estrito. No primeiro caso, vislumbra-se como qualquer ato praticado no exercício da função administrativa, como por exemplo, os contratos administrativos ou o regulamento. A segunda espécie caracteriza-se como uma declaração unilateral do Estado modificadora da esfera jurídica do administrado, sob o império e controle jurisdicional, em vista da característica de definitividade inerente exclusivamente ao Poder Judiciário.

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 374.

⁷⁰ SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. Op. Cit., p. 38.

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 374.

Ademais, o ato administrativo, sendo uma norma jurídica concreta de terceiro escalão⁷² (no sentido estrito da palavra), deve ser tido como ato secundário em consequência de sua indeclinável subsunção à lei, cuja finalidade resume-se em lhe dar efetivo cumprimento.

Assim, quando se trata do sentido lato de ato administrativo, deve-se incluir o regulamento, o contrato administrativo e o ato administrativo *stricto sensu*.

Weida Zancaner distingue o sentido lato e estrito do ato administrativo da seguinte forma:

A expressão “ato administrativo” pode ser usada em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, serve para abarcar os atos praticados no exercício da função administrativa que possuem regime jurídico semelhante, quais sejam: os atos unilaterais gerais, os atos unilaterais concretos e os chamados contratos administrativos. Por sua vez, a mesma expressão, quando utilizada em sentido estrito, serve para designar apenas os atos unilaterais concretos expedidos no exercício da função administrativa, buscando, pois, uma semelhança ainda maior quanto ao regime jurídico que se lhes aplica.⁷³

O regulamento é ato geral e abstrato emitido privativamente pelo chefe do Poder Executivo com finalidade única de dar cumprimento à lei. Ressalte-se a existência de três espécies de regulamento no Direito Europeu: os regulamentos executivos, os autorizados e por fim, os autônomos.⁷⁴

No Brasil, por força do art. 84, IV da Constituição Federal, apenas é reconhecida a existência e aplicabilidade do regulamento executivo como instrumento de cumprimento da lei em devoção ao princípio da legalidade, previstos nos artigos 5º, inciso II e 37, *caput*, ambos prescritos expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil.

Assinala Celso Antônio Bandeira de Mello o regulamento como:

Ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública⁷⁵.

⁷² Para Antônio Carlos Cintra do Amaral, o ato administrativo só é norma jurídica (de terceiro escalão quando produzido com fundamento de validade diretamente na lei (e indiretamente na Constituição. Op.cit., p.53.

⁷³ ZANCANER, Weida. Op. cit., p. 24-5.

⁷⁴ Sobre o assunto, vide com mais acuidade, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, cit.

⁷⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p.343

Antônio Carlos Cintra do Amaral entende que:

Os regulamentos são normas jurídicas, que têm por conteúdo deveres e sanções. Mas não são comandos dirigidos diretamente aos particulares e sim apenas aos órgãos do Poder Executivo. São normas produzidas ainda no plano da abstração, dependentes de atos concretos que as apliquem a casos específicos⁷⁶.

Nesta toada, importante destacar as dessemelhanças entre a lei e o regulamento. Muito embora possuam caráter geral e abstrato há robustas diferenças entre ambos. Primeiramente, há de considerar que a lei provém do Poder Legislativo enquanto o regulamento é ato privativo do Poder Executivo e, consequentemente, o regulamento está efetivamente subsumido à lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao citar lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, distinguindo as leis dos regulamentos, afirma: “está em que a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera (...). É fonte primária do Direito, ao passo que o regulamento é fonte secundária, inferior”.⁷⁷

Diante do exposto, conclui-se que apenas a lei modifica originariamente a esfera jurídica do administrado alterando seu estado, jamais o regulamento, restringindo sua função e razão de ser em auxiliar da lei, expedindo normas a ela complementares.

Quanto ao contrato administrativo, embora haja a característica da bilateralidade como no direito privado, é regido pelas normas de Direito Público, as quais outorgam à Administração Pública poderes para instabilizar unilateralmente sua relação para com o particular em vista da supremacia do interesse público sobre o privado e os princípios do serviço público. Trata-se das chamadas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos⁷⁸ retiradas diretamente das normas. Esta instabilidade que resulta da existência de prerrogativas públicas (historicamente conhecidas como cláusulas exorbitantes) se resume em alterar unilateralmente o contrato, (diferentemente do que ocorre com o contrato de Direito Privado), restando ao Poder Público restaurar o equilíbrio econômico financeiro do contratado quando possa sofrer prejuízo pelo ato.

Nesta seara, tratando sobre contrato administrativo Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta:

⁷⁶ CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Op. cit., p.44

⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p.344.

⁷⁸ As cláusulas exorbitantes podem ser conceituadas como “aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado”. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 256.

De conseguinte, as prerrogativas da Administração nos chamados contratos administrativos são reputadas existentes por força da ordenação legal ou das cláusulas exorbitantes da avença. Evidentemente, sua “exorbitância” ocorre em relação ao Direito Privado e consiste em abrigar disposições nele inadmissíveis ou incomuns.⁷⁹

Importa esclarecer que o ato administrativo *estricto sensu*, é uma norma jurídica concreta, produzida unilateralmente pelo Poder Público no exercício de suas prerrogativas, em vista do exercício da função administrativa e com a estrita finalidade de dar fiel cumprimento à lei.

Neste sentido Rafael Valim entende que:

O ato administrativo em sentido estrito é uma norma jurídica concreta ditada unilateralmente no uso de prerrogativas públicas pertinentes à função administrativa, em ordem a dar fiel cumprimento à lei e submetida a controle jurisdicional.⁸⁰

Diante das considerações até aqui formuladas e em vista ao objetivo do presente estudo, cumpre desenvolver o conceito de ato administrativo *stricto sensu*. De antemão pertinente se faz citá-los diante das perspectivas doutrinárias hodiernas.

Weida Zancaner leciona que:

...quer seja a expressão ‘ato administrativo’ usado em sentido amplo ou estrito, ela é sempre referível a atos praticados pelo Estado, ou por quem lhe faça às vezes, no exercício de uma das funções estatais, isto é, a administrativa.⁸¹

Define com propriedade Marçal Justen Filho o ato administrativo como “uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa”.⁸²

Regis Fernandes de Oliveira entende o ato administrativo como, “declaração unilateral do Estado, ou de quem faça suas vezes, no exercício da função administrativa, que produz efeitos jurídicos”⁸³.

Ainda neste sentido, conceitua Sílvio Luís Ferreira da Rocha o ato administrativo como “uma declaração jurídica ou manifestação que produz

⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 616.

⁸⁰ VALIM, Rafael. *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 72.

⁸¹ ZANCANER, Weida. Op. cit., p. 25.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8º ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 33

⁸³ FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. Op. cit., p. 70

efeitos, como certificar, criar, extinguir, transferir, declarar ou modificar direitos ou obrigações”.⁸⁴

Rafael Valim, afirma que:

O ato administrativo é uma norma jurídica ditada no uso de prerrogativas públicas pertinentes à função administrativa, em ordem a dar fiel cumprimento à lei e submetida a controle jurisdicional.⁸⁵

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, define 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.⁸⁶

Concluindo as ideias supratranscritas, Celso Antônio Bandeira de Mello com a habitual perspicácia, acrescenta ainda alguns elementos no conceito de 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.⁸⁷

A partir dos conceitos apresentados, necessário se faz pincelar os elementos do ato administrativo, visto que, a partir da análise desses, pode-se avaliar eventual patologia fulminando ou restaurando a higidez do ato por meio da convalidação, assunto tratado com mais detença em capítulo específico do presente estudo.

Até os dias atuais, definir com exatidão os elementos do ato administrativo é uma tarefa inesgotável, isso porque cada autor se apropria de determinada palavra designando um dado sentido.

Hely Lopes Meirelles, baseado no art. 2º da Lei 4.717/ 65 (Lei da Ação Popular) entende que:

O exame do ato administrativo revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Tais componentes, pode-se dizer constituem a infraestrutura do ato

⁸⁴ FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. Op. cit., p.292.

⁸⁵ VALIM, Rafael. Op. cit., p. 71.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 189.

⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p.385

administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão.⁸⁸

Marçal Justen Filho denomina os elementos do ato administrativo como aspectos do ato e esclarece:

...o direito disciplina o ato administrativo relativamente a diversas questões, podendo ser referidos o sujeito, a forma, o conteúdo, o motivo e a finalidade. Esses são os *aspectos* do ato administrativo.⁸⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello ao conceituar os elementos ou requisitos do ato difere claramente em relação à maioria dos doutrinadores. Observa que os atos administrativos devem ser analisados sob duas vertentes, separando os elementos dos pressupostos. Para esse autor, os elementos do ato são inerentes a ele, ou seja, subentende-se que façam parte dele. Assim resume os elementos do ato administrativo em conteúdo e forma. Já os pressupostos, são classificados em pressupostos de existência e de validade. Estes, em sua visão, são exteriores ao ato, não integram a ele⁹⁰.

A primeira classificação dos pressupostos de existência do ato administrativo são o objeto e a pertinência do ato à função administrativa. Quanto aos pressupostos de validade, classifica o eminente autor da seguinte forma: 1) pressuposto subjetivo (sujeito), 2) pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais), 3) pressuposto teleológico (finalidade), 4) pressuposto lógico (causa) e 5) pressupostos formalísticos (formalização).⁹¹

O *sujeito* é aquele agente que pratica o ato. Pode-se afirmar que é o sujeito que recebe competência para a realização do ato. Razão merece o eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁹² ao expressar que o sujeito não pode ser tido como elemento do ato, uma vez que é o agente quem o pratica, portanto, está de fora, é exterior a esse ato.

O *motivo* justifica-se pela existência do pressuposto fático, do mundo fenomênico que antecede ao ato. É a razão de sua prática, e, portanto, é exterior a ele.

A *forma* é a exteriorização do ato, uma vez que, como já salientado alhures, o ato é uma expressão, manifestação, declaração, daí a razão da necessidade de se apresentar por meio de alguma forma, caso contrário não se verificará o ato, sendo assim, inexistente. Portanto, neste caso, a forma deve ser identificada como elemento do ato administrativo, pois é imprescindível para praticá-lo e inerente a ele.

⁸⁸ LOPES MEIRELLES, Helly. Op. cit., p. 159.

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 358.

⁹⁰ Vide amplamente em BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. Cit.

⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 392.

⁹² Id. Ibid., p. 396.

O *conteúdo*, que para parte da doutrina é identificado como *objeto*, é aquilo que dispõe o ato, é em síntese a modificação na ordem jurídica. Para Regis Fernandes de Oliveira o objeto é a coisa, atividade ou relação sobre que o ato pode incidir. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello “é o próprio ato em sua essência”.⁹³ Neste caso, é clara a identificação do conteúdo como sendo o elemento do ato, uma vez identificados como uma unidade.

Já a *finalidade* deve ser entendida como o objetivo da norma, ou seja, a finalidade está intimamente relacionada com a legalidade. Regis Fernandes esclarece que “a finalidade ou fim remoto é o conjunto de atribuições assumidas pelo Estado e encampadas pelo ordenamento jurídico. É o que André Gonçalves Pereira denomina de vontade normativa”⁹⁴. Celso Antônio Bandeira de Mello define a finalidade como sendo “o bem jurídico objetivado pelo ato”⁹⁵, ou seja, para o alcance de alguma finalidade sempre haverá um ato determinado.

Em face do exposto, conclui-se que, apenas são de fato elementos do ato administrativo o conteúdo e a forma⁹⁶. Os restantes são traduzidos como pressupostos. Classificação esta de suma importância para a análise de sua “anatomia” e consequente verificação de alguma anormalidade.

A observância dos supracitados aspectos internos e externos do ato administrativo torna-se imprescindível para detectar algum vício.

Verificando determinada irregularidade (aqui no sentido mais amplo da palavra) o Estado, deve repará-los ou fulminá-los, dependendo de sua gravidade e consequências no direito, pois o agente, ao praticar os atos administrativos diante da função que lhe cabe, tem o dever de observar todos os elementos que os compõem a fim de dar fiel cumprimento à lei, visto que o ato administrativo é ato secundário, é norma concreta inferior dependente de uma norma fundamental superior, no Direito pátrio representado pela Constituição da República.

Ocorre que o ato administrativo não é obra do acaso, não surge do nada. Há um caminho lógico a ser percorrido. Observado embrionariamente até o momento de sua eclosão. Melhor explicando: o ato administrativo tem início com a sua formação e, portanto, passa a existir. Porém, muito embora já exista no mundo jurídico pode ser válido ou inválido, eficaz ou ineficaz. É a partir destes fenômenos que desperta a necessidade de se compreender o significado das expressões existência, validade e eficácia dos atos administrativos.⁹⁷

⁹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 393.

⁹⁴ FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. *Ato Administrativo*. Op. cit., p. 81.

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 405.

⁹⁶ Sobre essa classificação vide, entre outros, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, cit.

⁹⁷ Sobre o assunto, vide com mais aprofundamento, MARTINS, Ricardo Marcondes. *Temas de Direito Administrativo. Efeitos dos vícios do ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

3.2) Existência, validade e eficácia

Já foi tratado que ato administrativo é espécie de ato jurídico e, portanto, espécie de norma jurídica.⁹⁸ No decorrer do presente item, o ato administrativo será tratado indistintamente como tal e como norma jurídica.

Ao analisar a estrutura de um ato jurídico (ou do ato administrativo), deve o intérprete partir da observação de três planos lógicos distintos, quais sejam, o plano da existência, da validade e da eficácia, exatamente consoante divisão ternária já amplamente difundida em nossa doutrina por Pontes de Miranda.

Ao afirmar que o ato é existente, significa dizer que passou por todo o processo de sua formação no tocante ao primeiro plano da citada existência, em que foi observada a presença de seus elementos e pressupostos necessários para designá-lo como tal.

Ricardo Marcondes neste sentido explica:

Dos aspectos necessários à existência do ato administrativo, há os que dizem respeito à sua própria composição, à sua realidade intrínseca, ao seu interior, e os que dizem respeito ao seu exterior, à sua realidade extrínseca. Os primeiros são denominados elementos; os segundos, de pressupostos.⁹⁹

Portanto, primeiramente, é preciso verificar se o ato existe juridicamente. “Em caso negativo, nada mais haverá a ser analisado”,¹⁰⁰ consequentemente, classificado como ato inexistente.

No Direito Administrativo o conceito de existência vincula-se também à de ideia perfeição, logo, o “primeiro plano lógico ao qual o ato administrativo se submete é o da existência ou perfeição”.¹⁰¹

Para que um ato administrativo possa ser reconhecido socialmente há que partir de uma declaração exteriorizada por meio de uma forma, eis a razão da afirmação de que “o ato administrativo surge com a declaração” segundo Antônio Carlos Cintra do Amaral.¹⁰²

Ao observar a presença do conteúdo e da forma, têm-se os elementos do ato, e ao observar o objeto e a referibilidade à função administrativa, têm-se

⁹⁸ Segundo Ricardo Marcondes Martins, “norma consiste na padronização, por meio da abstração, da ocorrência de determinado fenômeno. A norma sempre obedece a um esquema lógico, em que o consequente é condicionado a um antecedente – “H→C” (“se a hipótese, então a consequência”)”. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Temas de Direito Administrativo. Efeitos dos vícios do ato Administrativo*, cit., p. 25-26

⁹⁹ Id. Ibid., p.124-125.

¹⁰⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2012. p. 287.

¹⁰¹ MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 185

¹⁰² CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. Op. cit., p. 51.

os pressupostos do ato. A partir deste momento, pode-se afirmar que existe o ato administrativo.

Ricardo Marcondes Martins, em citação que merece transcrição literal, neste sentido afirma:

A norma jurídica existe para regular a conduta humana; não é um fim em si, mas um meio de cumprimento da função estatal. Por isso, norma sem um conteúdo, sem o estabelecimento de duas situações jurídicas e de uma relação entre elas, não é norma. Da mesma forma, se o conteúdo da regulação da conduta não é exteriorizado, permanece no íntimo do agente, não é emitida e recebida pelo destinatário, não há disciplina da conduta, e, por conseguinte, não há norma. A forma de exteriorização do ato administrativo é a publicidade, e essa se dá por dois meios: pela publicação e pela comunicação.¹⁰³

Celso Antônio Bandeira de Mello ao tratar de perfeição do ato administrativo afirma:

O ato administrativo é perfeito quando esgotadas as fases necessárias à sua produção. Portanto, ato perfeito é o que completa seu ciclo necessário à sua formação. Perfeição, pois, é a situação do ato cujo processo de formação está concluído.¹⁰⁴

O segundo plano lógico se consubstancia pela validade do ato jurídico. No que tange a validade, não se pode desprezar a observação de que para analisá-la há a necessidade de que o ato seja considerado primeiramente existente, pois a figura do ato inexistente não gera, nem pode gerar efeitos na ordem jurídica, seja porque não concluíram seu processo de formação, seja porque seu objeto é materialmente impossível. Portanto, o “ser válido (valer), ou inválido (não valer), já pressupõe a existência do ato jurídico”.¹⁰⁵

Tércio Sampaio Ferraz Jr. Neste sentido expõe:

Para a dogmática jurídica, para reconhecermos a validade de uma norma, precisamos em princípio e de início, que a norma esteja integrada no ordenamento. Exige-se, pois, que seja cumprido o processo de formação ou produção normativa, em conformidade com os requisitos do próprio ordenamento. Cumprido esse processo, temos uma norma válida.¹⁰⁶

¹⁰³ MARCONDES, Ricardo Martins. Op. cit., p.125.

¹⁰⁴ Id. Ibid., p. 387.

¹⁰⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da validade. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 13

¹⁰⁶ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 5º ed. São Paulo: Atlas, 2007.p.197-198.

No tocante ao ato administrativo, o plano da validade será preenchido quando tal ato for produzido em “conformidade com os requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico para a correta prática do ato administrativo”.¹⁰⁷ Isso se dá pelo fato de que o ato administrativo, sendo considerada norma jurídica concreta, tem seu fundamento último na lei e na Constituição em devoção ao princípio da legalidade estrita da Administração.

Portanto, ao desviar dos requisitos traçados pelo ordenamento jurídico, o ato torna-se viciado. Importante ressaltar que é errônea a afirmação de que ato administrativo válido é simplesmente aquele ato produzido em conformidade com a lei. Deveras, o ato administrativo válido é aquele produzido conforme a lei e o Direito.

Assim, correta é a afirmação de que ato administrativo válido é aquele em conformidade com o Direito. Esta última categoria abrange, além das leis, os princípios igualmente, os quais, especialmente no Direito Administrativo, são de profunda utilidade, diante da chamada constitucionalização dos princípios administrativos, como, por exemplo, os consagrados na cabeça do artigo 37 da Constituição Brasileira de 1988.

Luis Prieto Sanchís ao tratar do tema leciona:

*Decimos, pues, que una norma es válida cuando puede ser identificada como perteneciente a un sistema jurídico porque cumple con las condiciones prescritas en esse sistema para esse tipo de normas(dado que las normas de un sistema complejo no son todas de una sola classe y las condiciones pueden se y de hecho son distintas para cada una de ellas.*¹⁰⁸

Ademais, pode-se afirmar com toda a precisão, que nem todo o ato produzido em desconformidade com o Direito é ato inválido. Neste caso, o ato estaria sim, eivado de vício, o que difere de ato inválido. Portanto, ato viciado é diferente de ato inválido, tema tratado com mais aprofundamento no capítulo seguinte.

Passa-se neste momento a tratar do último plano lógico do ato jurídico, qual seja, o plano da eficácia.

Sabe-se que objetivo do ato administrativo é a produção de efeitos. No mesmo sentido, leciona Regis Fernandes de Oliveira que “todo o ato, efetivamente, destina-se à produção de um efeito”¹⁰⁹. Pode-se dizer desta forma que, o ato administrativo é eficaz quando está em situação de disposição para a produção de seus efeitos típicos, modificando a esfera jurídica do administrado, seja criando, modificando ou extinguindo direitos. Mais adiante o mesmo autor sobre o sentido de efeito dispõe:

¹⁰⁷ MAZZA, Alexandre. Op. cit., p. 185

¹⁰⁸ SANCHÍS, Luis Prieto. *Teoría del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 74.

¹⁰⁹ FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. *Ato Administrativo*. 5º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.112.

Entende-se por efeito toda a modificação da realidade jurídica preexistente ao ato. Este deve realizar ou realiza, em virtude da qualificação normativa, determinada função e esta se cumpre mediante dada modificação da realidade jurídica preexistente.¹¹⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello, ensina que:

O ato administrativo é eficaz quando está disponível para a produção de seus efeitos próprios; ou seja, quando o desencadear de seus efeitos típicos não se encontra dependente de qualquer evento posterior, como uma condição suspensiva, termo inicial ou ato controlador a cargo de outra autoridade¹¹¹.

Regis Fernandes de Oliveira sobre o significado de efeito o traduz da seguinte maneira:

Entende-se por efeito toda a modificação da realidade jurídica preexistente ao ato. Este deve realizar ou realiza, em virtude da qualificação normativa, determinada função e esta se cumpre mediante dada modificação da realidade jurídica preexistente.¹¹²

Diante de todo exposto, pode-se afirmar que os atos administrativos não são resultado de subjetivismos desmotivados, destemperos daqueles que os praticam, de vontades desmedidas e inconsequentes, mas antes de tudo esbarram na autorização legal que lhes cabe cumprimento.

Como visto, a atividade administrativa é infralegal, não podendo os agentes praticar nada que previamente não esteja prescrito em suas respectivas competências¹¹³ descritas no ordenamento em observância ao princípio da legalidade, ou seja, aos agentes são outorgados pelo ordenamento jurídico certos poderes como instrumentos de seus deveres a serem exercitados para a satisfação geral, não em busca de favorecimentos pessoais, donde esses necessários poderes devem exclusivamente ser exercitados na medida em que a finalidade legal os demande.

É comum deparar-se com a questionável e superada conceituação de competência como limitação de *poder*, isso porque no Estado de Direito, como já tratado alhures, o dever precede o poder, é a contraface deste, resultando

¹¹⁰FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. Op. cit., p.111.

¹¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27º ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.388.

¹¹²FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. Op. cit., p.111.

¹¹³ Manifesta-se com propriedade Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o sentido de competência: Visto que o “poder” expressado nas competências não é senão a face reversa do dever de bem satisfazer os interesses públicos, a competência pode ser conceituada como o *círculo compreensível de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação de interesses públicos*. Op. cit., p. 144.

em que qualquer extravasamento deste último inaugura-se a possibilidade de manifestação do Poder Judiciário em cumprimento ao princípio da inafastabilidade da jurisdição expresso no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Brasileira de 1988, quando acionado por quem se encontre prejudicado pela prática do ato viciado e danoso ao administrado.

É neste ambiente então que reside o necessário debruçar, ainda no âmbito do estudo da classificação dos atos administrativos, o exercício de competência discricionária e vinculada.

3.3) Vinculação e discricionariedade

Como já salientado, a função do ato administrativo é a concretização da lei. Inúmeras vezes a norma legal já define objetivamente, indubitavelmente e antecipadamente determinada situação do mundo fenomênico, é o que ocorre com os conceitos unissignificativos, onde afastaria por completo o exercício subjetivo do administrador ao produzir/aplicar determinado ato.

Neste caso, diz-se que o ato decorre do exercício de competência vinculada, ou seja, o ato é vinculado, onde não resta nenhuma margem de liberdade oferecida pela lei para praticá-lo, pois ela própria já definiu por completo a situação em que tal deverá ser expedido, como, por exemplo, a licença para edificar, a aposentadoria a pedido, onde, uma vez presentes todos os pressupostos, a Administração Pública não pode furtar-se de conceder¹¹⁴.

Sobre vinculação, calha transcrição das lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Pode-se, pois, concluir que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência, a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.¹¹⁵

Deveras, ao Poder Legislativo é impossível prevê minuciosamente toda e qualquer situação fática possível em uma dada sociedade. É neste caso então que reside a possibilidade que o ordenamento jurídico defere ao administrador, a partir de seu juízo próprio, diante de duas ou mais situações concretas traduzidas na lei, aplicar a melhor solução, sempre em vista de satisfazer excelentemente o interesse público, frise-se, sempre coincidente com a finalidade legal. Neste caso, é o que se entende por exercício de competência discricionária ou ato discricionário.

A respeito de discricionariedade Regis Fernandes de Oliveira dispõe:

¹¹⁴ Exemplo inspirado na obra de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, cit.

¹¹⁵ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. Op. cit., p.205.

Discricionariedade é, pois, a integração da vontade legal feita pelo administrador, que escolhe um comportamento previamente validado pela norma, dentro dos limites de liberdade resultantes da imprecisão da lei, para atingir a finalidade pública.¹¹⁶

Weida Zancaner com habitual clareza afirma que:

Há discricionariedade nos casos em que a lei define apenas algumas das condições necessárias ao exercício do poder, deixando que a Administração Pública complete o quadro regulativo para o exercício da potestade, através de uma estimativa subjetiva, quer quanto à escolha ou valorização do pressuposto de fato, quer quanto à determinação última do conteúdo concreto da decisão aplicável, dentro das lindes legais, quer quanto a ambos os elementos.¹¹⁷

Concluindo o raciocínio, ao diferenciar os dois institutos, qual seja, exercício de poder vinculado e discricionário, Marçal Justen Filho esclarece:

A discricionariedade é um tipo de disciplina legislativa. A lei pode conter todos os elementos necessários à sua aplicação – a isso se denomina disciplina normativa vinculada. Por outro lado, pode demandar que alguns desses elementos sejam verificados em vista do caso concreto – a isso se denomina disciplina normativa discricionária.¹¹⁸

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedirlos, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos discricionários, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.¹¹⁹

Saliente-se, que a discricionariedade é inconfundível com arbitrariedade, pois a margem que há para o exercício da pretensão do agente esbarra na lei, ou seja, a finalidade legal é o limite de tal liberdade. Pode-se

¹¹⁶ FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. Op. cit., p.93.

¹¹⁷ Id. Ibid., 47-48

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p.203-204.

¹¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 430.

dizer que há uma liberdade relativa, eis a razão de que se traduz a discricção como liberdade dentro da lei.

Acertadamente, neste sentido magistralmente leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não se confundem discricionariiedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto.¹²⁰

Frise-se que no momento em que a prática do ato de competência discricionária se afasta da finalidade legal, o Poder Judiciário tem o dever, desde que acionado pela pessoa prejudicada, de fulminá-lo, pois, ainda que haja como fundamento o mérito do ato, qual seja, oportunidade e conveniência da Administração Pública, a razoabilidade¹²¹, como princípio que norteador do Direito, deve ser uma tônica no dever de praticar esta espécie de ato.

A atuação estatal revestida de prerrogativas não raras vezes denominadas de “poderes” por grande parte da doutrina, deve ser repensada sob a luz do modelo de Estado hodierno, Estado de Direito, cujo fundamento axiológico se consubstancia pela submissão de todos, inclusive do Estado às diretrizes de um Diploma responsável por direcionar toda e qualquer prática daqueles que integram uma dada sociedade, no presente caso, o Brasil.

Daí a razão de ser superada a ideia de função do Estado como um “poder”, mas como um “dever”, palavra esta que deve ser utilizada não como apenas um rótulo, mas, sobretudo como uma verdade materializada pelo uso de medidas indispensáveis em busca de melhor satisfazer inúmeras necessidades de uma sociedade. Porém, muitas vezes, os administrados são submetidos a atos eivados de vícios, uns mais graves outros menos, no entanto, não deixam de estar revestidos de algum defeito.

Já agora, a partir das premissas singelamente apontadas a respeito das características gerais dos atos administrativos, fica mais clara a percepção de algum defeito, de algum vício do ato praticado pela Administração Pública.

¹²⁰ Id. Ibid., p. 433.

¹²¹ Celso Antônio Bandeira de Mello ao tratar sobre o princípio da razoabilidade esclarece: “enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”. Op. cit., p. 108

No próximo capítulo, o vício primordialmente trabalhado, por ser o núcleo do presente estudo, será a invalidação dos atos administrativos.

CAPÍTULO IV- INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

4.1) Considerações gerais

Diz-se que um ato é inválido quando produzido em desconformidade com a ordem jurídica. Em um Estado de Direito não há espaço para a prática e aceitação de atos contrários às prescrições legais, em respeito ao sustentáculo principiológico que baseia todas as interrelações em uma dada sociedade, qual seja, a subsunção à norma fundamental, a Constituição.

Cumpre neste sentido ressaltar magistral lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Uma Constituição, desde logo, define-se como um corpo de normas jurídicas. De fora parte quaisquer outras qualificações, o certo é que consiste, antes de mais nada, em um plexo de regras de Direito.

A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos e cidadãos.¹²²

Zeno Veloso, ainda neste sentido, afirma:

A Constituição, rainha das leis, situada no topo da pirâmide jurídica, fonte primária de todos os direitos, deveres e garantias, é que confere o fundamento de validade das leis e atos normativos, no sistema lógico de normas que forma o ordenamento jurídico.¹²³

¹²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e Direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p.11.

¹²³ VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2000. p. 17.

Portanto, é sabido que as normas constitucionais se colocam em posição de supremacia hierárquica e axiológica diante das demais leis e atos normativos como já afirmado em capítulos precedentes. Diante deste fato, todos os Poderes (ou funções como entendido pela melhor doutrina) delineados na Constituição Federal, ao serem realizados diante do exercício de suas respectivas competências, têm dever de devoção à norma fundamental, portanto, em nenhuma hipótese haverá faculdade de despir-se do dever de obediência à *lex legum*, sobretudo em razão da “força vinculante”¹²⁴ a ela inerente como ressalta o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello.

Razão esta, que o Brasil, por influência da Constituição norte-americana, desenvolveu inicialmente o controle de constitucionalidade difuso, e, posteriormente, também passou a criar instrumentos de controle concentrado, cujo ápice da organização aconteceu na Constituição Federal Brasileira de 1988, conforme previsão expressa no art. 102, I, “a”¹²⁵, regulamentado posteriormente por meio da Lei n.9.868/99, que disciplina a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), sendo um instrumento de utilidade indispensável aos países que adotam a Magna Carta como a Lei maior, cuja finalidade se resume em salvaguardar, dar efetividade às normas, bem como aos princípios axiológicos que pulverizam o ordenamento jurídico em sua generalidade.

Daí segue-se que os atos administrativos, sendo normas jurídicas de terceiro escalão, como bem esclarecido pelo ilustre mestre Antônio Carlos Cintra do Amaral¹²⁶, devem receber tratamento isonômico aos das leis, isto porque dentre referidas funções, sobretudo a função executiva (administrativa), cujo objetivo é dar fiel cumprimento à lei, por meio da prática dos atos administrativos (ressalte-se, são investidos de poderes como instrumento de seus deveres na aplicação ao caso concreto), deve, subsumir-se ao ordenamento jurídico como um todo, ou seja, não apenas à Constituição, mas igualmente nas leis infraconstitucionais, em respeito ao consagrado princípio da legalidade.

O professor Ricardo Marcondes Martins assevera que:

Dessarte, tanto as leis como os atos administrativos – relembre-se – são normas jurídicas; por terem a mesma natureza normativa, muitas das soluções encontradas para o controle das leis são plenamente extensíveis ao controle dos

¹²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e Direitos sociais*, cit., p. 11.

¹²⁵ Art. 102, I, a, CF/88: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe I: processar e julgar, originariamente a) a ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação direta de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

¹²⁶ “Quer-se simplesmente dizer que o ato administrativo só é norma jurídica (de terceiro escalão, como visto) quando produzido com fundamento de validade diretamente na lei e indiretamente na Constituição. Mais explicitamente: quando a solução de aplicação da norma legal, escolhida pelo órgão estatal, corresponde a uma solução de aplicação possível, contida na moldura da lei”. Op. cit., p. 53.

atos administrativos. O exame do controle de constitucionalidade é, por isso, um útil ponto de partida.¹²⁷

A partir destas premissas, conclui-se que no momento em que o agente administrativo deixa de observar e expedir os atos administrativos diante do plexo de regras de competência, e, repita-se, retiradas diretamente da lei, a serem observadas e que lhe dão amparo e permissão à execução desses atos, visivelmente depara-se com o “fato gerador” do dever Estatal de corrigir o ato. Há uma obrigatoriedade por parte deste de identificar atos defeituosos e corrigi-los, isso porque todo e qualquer ato administrativo deve ser revestido de requisitos e atributos, elementos esses indispensáveis ao exercício plenamente válido e despido de qualquer vício, conforme já exposto em linhas transatas.

Quanto a tal dever de verificação e correção de atos viciados, Marçal Justen Filho, esclarece nos termos a seguir:

Há um dever jurídico de adotar medidas para identificar a existência de atos administrativos defeituosos e de corrigir os defeitos existentes. A autoridade administrativa não pode omitir as medidas cabíveis e lhe compete, de ofício ou mediante provocação de qualquer sujeito, instaurar procedimento destinado a sanar o problema. Tomando conhecimento de indícios quanto à existência de um ato administrativo defeituoso, o agente estatal tem o dever de adotar as providências cabíveis ou de comunicar o ocorrido à autoridade competente. A omissão configura violação ao dever de diligência inerente à função ocupada, senão a prática de ilícito administrativo mais grave.¹²⁸

No tocante ao assunto, Ricardo Marcondes Martins assevera:

O vício consiste numa contrariedade ao Direito, e, assim, ato viciado significa ato praticado em desconformidade com a ordem jurídica, reflete uma violação, em maior ou menor medida, ao Direito, globalmente considerado. Como regra geral, o Direito não tolera o vício: os atos viciados devem ser regularizados, saneados ou eliminados.¹²⁹

Portanto, o estudo conceitual do significado de vício do ato administrativo é demasiadamente importante neste momento, sendo de grande valia no tocante às espécies de correções devidas por parte do Estado, pois é neste ambiente que reside a necessária distinção entre atos irregulares e atos inválidos.

¹²⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Op. cit., p. 407.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 402.

¹²⁹ Id. Ibid., p. 269.

Os atos irregulares são aqueles eivados de vícios, porém, consubstanciados em erros insignificantes. Nestes, a Administração ou o Judiciário admite que possam continuar existindo no mundo jurídico, tendo em vista que jamais teriam o condão de prejudicar o administrado e/ou a própria Administração. Em suma, vícios dos atos irregulares são de pequena monta, portanto, admite-se a manutenção desses atos no mundo dos fatos, desde que a mácula seja corrigida.

Como exemplo do citado vício, pode-se mencionar o defeito formalístico, ou seja, aquele em que há erro de ortografia. Neste caso, se o ato cumpriu sua finalidade, ressalte - sem prejuízo ao sujeito passivo do ato - é notória a ausência de prejuízo, não havendo neste caso razão para expurgá-lo, até mesmo em respeito ao princípio da economicidade. Exatamente como ocorre em relação ao erro material do processo, que pode ser corrigido inclusive de ofício. Ressalte-se, que, a Administração não está obrigada a retificá-lo, mas também não está proibida de fazê-lo.¹³⁰

No que tange aos atos inválidos, diferentemente dos irregulares, são investidos de vícios mais graves que podem ocasionar dano à Administração bem como ao administrado, e, por essa razão exige-se sua correção por parte do Estado, caso possível, ou, a decretação estatal da invalidade desse ato.

Quanto à diferenciação dos referidos institutos, assevera Ricardo Marcondes Martins:

Primeiramente, o ato inválido contrapõe-se ao irregular: ambos são viciados, mas só o primeiro exige correção do vício (eliminação ou sanatória). A diferenciação entre os atos irregulares e inválidos dá-se no momento imediatamente posterior à publicação ou notificação: se houver necessidade de expedição de novo ato para corrigir o vício, o ato é inválido; se não houver essa necessidade o ato é irregular.¹³¹

Ainda neste ambiente, torna-se evidente a percepção da gravidade do vício de um ato administrativo que acarreta a invalidação como consequência por sua prática. Por esta razão, passa-se ao cerne do presente estudo, a começar pela conceituação do instituto da invalidação.

4.2) Conceito de invalidação

Em primeiro momento urge identificar as diferenças entre os institutos da invalidade e invalidação, já que são palavras semelhantes, com sentido antagônico.

¹³⁰ Sobre assunto, cuida com a devida profundidade, JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, cit.

¹³¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Op. cit., p. 274.

A invalidade é identificada pela percepção de qualquer ato viciado e que impõe ao Estado o dever de repará-lo, ou seja, exige-se que seja praticado outro ato capaz de sanar o defeito originário.

Já a invalidação, é o meio pelo qual se corrige o vício do ato, expurgando-o do mundo jurídico com efeito retroativo. Quanto a tal diferenciação, Silvio Luís Ferreira da Rocha situa-se da seguinte forma:

A invalidade é uma qualidade dos atos viciados que gera o efeito de impor ao Estado o dever de correção do vício. Atos inválidos, nesse sentido, são atos dotados de invalidade, ou seja, que exigem a edição de outro ato jurídico, corretor do vício. Invalidação é uma das formas de correção do vício do ato administrativo, é a retirada do ato do mundo jurídico.¹³²

A razão de existência do fenômeno da invalidação assegurado pelo ordenamento jurídico justifica-se pelas razões já apresentadas, ou seja, pelo descumprimento de regras pré-definidas, o que impede sua convivência com o Direito por confrontar com o bloco de legalidade.

A este fenômeno de extinção do ato administrativo decorrente de desconformidade às prescrições legais, como já apresentado, denomina-se invalidação. Portanto, nas palavras do mestre paulista Celso Antônio Bandeira de Mello, a “invalidação é a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica”¹³³. Trata-se, em suma, nada mais do que o expurgo do ato viciado do mundo jurídico.

Também neste sentido, Antônio Carlos Cintra do Amaral afirma que:

Em regra, os atos administrativos são inválidos quando produzidos em desconformidade com a ordem legal. Pode acontecer, porém, que o ato administrativo com a ordem legal seja, não obstante, inválido, porque fundamentada sua validade em norma legal produzida em desconformidade com a Constituição.¹³⁴

Silvio Luís Ferreira da Rocha conceitua a invalidação da seguinte forma:

A invalidação é a supressão com efeito retroativo de um ato administrativo (ou da relação jurídica dele decorrente), por haver sido em desconformidade com a ordem jurídica. É o desfazimento do ato por razões de ilegalidade. Ela consiste na expedição de um ato administrativo cujo efeito é a retirada de

¹³² ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Op. cit., p. 274.

¹³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 462.

¹³⁴ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Op. cit., p. 89.

um ato inválido do mundo jurídico. É a retirada retroativa, total ou parcial, de um ato administrativo praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, por outro ato administrativo.¹³⁵

Os sujeitos ativos da invalidação são a Administração Pública e o Poder Judiciário. No primeiro caso, cumpre tal dever à Administração em decorrência ao seu poder de autotutela (auto-executoriedade), ou seja, a Administração Pública tem o dever-poder de corrigir seus atos sem a necessidade de socorrer-se previamente ao Judiciário para atuar de ofício ou por provocação do interessado. Fato este que emerge do dever inerente ao Estado de produzir seus atos em consonância com a lei, com fundamento na presunção de legitimidade inerente a todo e qualquer ato administrativo, tendo em vista que tais atos, em respeito ao princípio da legalidade administrativa, devem ser retirados diretamente da lei; é esta que autoriza sua prática.

Por isso, a Administração pode atuar de ofício para corrigir o ato ilegal, ou por provocação do interessado, isso porque, frise-se, está vinculada ao princípio da legalidade, e, portanto, tem o dever de obediência à lisura de seus atos.¹³⁶

Neste sentido esclarece Weida Zancaner que:

A Administração Pública é sempre parte interessada na lisura de seus atos e poderá invalidá-lo sponte própria ou quando provocada a fazê-lo; entretanto, é bom esclarecermos desde já que o dever de invalidar encontra limites.¹³⁷

A autora supracitada observa que o dever de invalidar o ato esbarra em alguns limites. Essa discussão se dá pelo fato de que é notória a evolução da matéria administrativista no cenário brasileiro, embora ainda caminhe em passos lentos em contraponto ao direito comparado, sobretudo no direito europeu. Porém, os tribunais vêm demonstrando tais modificações. Em algumas decisões, já é explícita a preocupação com a efetivação dos princípios constitucionais, sobretudo o da segurança jurídica, que se subdivide em tantos outros como o da proteção à confiança, da boa-fé, do contraditório.

¹³⁵ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Op. cit., p. 337-338

¹³⁶ Quanto ao ato nulo, a Administração Pública tem o dever de expurgá-los o que diferencia sobremaneira das questões de oportunidade e conveniência, conhecida doutrinariamente como o mérito do ato. Neste ambiente, não se fala em invalidação, mas em revogação do ato. Este instituto é conceituado como a retirada do ato por razões de inconveniência e inoportunidade. Neste caso, salvo incontestável abuso de direito e ferimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade do ato praticado, descabe a ingerência por parte do Judiciário no âmbito da Administração.

¹³⁷ ZANCANER, Weida. Op. cit., p. 45.

Neste cenário, nota-se que a legalidade estrita¹³⁸, tal como foi proposta no passado, já não tem mais o mesmo espaço ocupado anteriormente quando se invoca o real sentido de um Estado de Direito, mas sim, dando atenção ao Direito como um sistema, onde o interesse público, sempre que possível, deve ser buscado em consonância com interesses particulares.

Ressalte-se que, o dever de anular homenageia o princípio da legalidade e o referido interesse público deve sempre ser buscado por ser o fim precípua do dever estatal. Quanto ao assunto, será tratado com mais detença no caminhar deste estudo. Por hora, deter-se-á no que ordenamento jurídico prescreve acerca da matéria, porém, antecipa-se esta fase afirmando inexoravelmente que qualquer ato nulo deve ser expurgado, sendo intolerável sua permanência no mundo jurídico.¹³⁹

A Lei n.9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito Federal, expressamente dispõe no art. 53 que “a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e, pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”. Nada mais do que a consagração do já decidido, desde antes da edição dessa lei, pelo Supremo Tribunal Federal.

Os Tribunais vêm se pronunciando neste sentido, como bem elucidam as súmulas 346 e 473 do STF ao declararem respectivamente que “a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus atos” e que a “Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vício que os tornem 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”.¹⁴⁰

¹³⁸ Segundo Marcelo Freire Sampaio Costa, no “positivismo jurídico clássico, o direito encontra-se reduzido ao que dispõe a lei, e a atividade do intérprete resume-se à fictícia busca da real “vontade do legislador”, como se fosse possível delimitar e materializar precisamente tal vontade, e, também, da interpretação meramente literal desses textos. *In Eficácia dos Direitos fundamentais entre particulares*. Juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr. 2009, p. 24-25.

¹³⁹ Nesta oportunidade, é imperioso esclarecer que ato e efeito são dois institutos diferentes. Sendo assim, quando afirma-se que um ato nulo deve ser expurgado do mundo jurídico, não se quer dizer com isto, que seus efeitos também o sejam, isso porque, ocasionalmente, pode acontecer que a invalidação do ato ilegal seja mais prejudicial do que sua manutenção, por atender, de maneira mais justa, o interesse público.

Neste sentido os Tribunais vêm se pronunciando: “O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada do poder de autotutela do Estado, e na convalidação dos efeitos produzidos, quando, em razão de suas consequências jurídicas, a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que sua invalidação”. (RMS nº 24.430/AC, Quinta Turma. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia. Julg. 3.3.2009. DJe, 30 mar. 2009).

¹⁴⁰ A Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal, afirma que, a Administração pode anular seus atos eivados de vício e logo adiante ressalta que, de atos viciados não se originam direitos. Ora, vislumbra-se no presente caso que há certo contraponto no que tange a tais definições, pois em princípio, verifica-se que a palavra “pode” sugere uma faculdade de a Administração anular seus atos, posteriormente, conclui-se que não se reconhecerá direitos consequentes dos atos dotados de vício e, conseqüentemente, o único caminho seria a

Quanto à competência do Judiciário, apenas deve tal órgão pronunciar-se à respeito da invalidação de determinado ato, quando o interessado buscá-lo, salvo hipóteses previstas no ordenamento jurídico ao permitir tal prática. Há razões plausíveis para tanto. Melhor explicando, sendo o Direito um plexo de normas, deve ser analisado sistematicamente, e neste sentido, a título de exemplo, pode-se citar o princípio do dispositivo que circunda a matéria processual, o qual veda a possibilidade de o Poder Judiciário atuar de ofício no que tange ao início da demanda. Portanto, diante de tal princípio processual, defeso será ao órgão jurisdicional dar início a um processo sem que seja acionado pela parte interessada, como consagrado no art. 2º do Código de Processo Civil¹⁴¹.

Ademais, a finalidade precípua da função jurisdicional é justamente tutelar as relações conflituosas, incluindo por evidente as relações administrativas já constituídas e aplicar da melhor maneira a lei ao caso concreto apresentado, além de se preservar a autonomia das funções constitucionalmente tuteladas, dentre elas a função executiva, não menos, mas tanto quanto importante diante das demais no tocante ao princípio da tripartição dos poderes.

Porém, em qualquer situação, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, a última palavra, se necessário para a resolução dos conflitos gerados pelo mau uso do ato por parte da Administração e quando não solucionado no interior da mesma, deverá ser do Poder Judiciário¹⁴² por ser o “guardião” das leis.

Já a partir das premissas singelamente esclarecidas no tocante ao conceito de invalidação, bem como seus sujeitos ativos que possuem competência para apreciar as vicissitudes dos atos administrativos, passa-se a comentar questão intrigante que é reconhecer o que deve ser eliminado, ou seja, qual seria o objeto desta invalidação.

Muito se discute na doutrina hodierna sobre os atos e seus efeitos (já que ato administrativo é norma concreta). O que de fato é passível de extinção? Qual o objeto a ser atacado? É o próprio ato ou seus efeitos? Passa-se neste momento a tentativa de tornar mais clara tal questão diante do amparo doutrinário administrativista brasileiro.

4.3) Objeto da invalidação

anulação. Portanto, conclui-se que muito embora seja de grande valia o amparo das referidas súmulas, no cenário hodierno de evolução do Direito Administrativo, não se pode invocá-las apenas pelo poder de autotutela da Administração e desprezando os direitos e garantias dos administrados consagrados na Constituição Federal que se consubstanciam como um direito fundamental. Neste sentido “Se não se nega à Administração a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer disso o reino do arbítrio (STF – RE 108.182/Min. Oscar Corrêa).

¹⁴¹ Art. 2º, CPC: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer nos casos e formas legais”.

¹⁴² Art. 5º, XXXV, CF/1988.

Diante das considerações até aqui formuladas, já é possível afirmar que os atos administrativos são produzidos com a finalidade de gerar efeitos, esta é a sua razão de existência sendo incontestável tal assertiva.

A título de exemplo, pode-se ilustrar a concessão de aposentadoria¹⁴³ por idade entre tantos outros exemplos que poderiam ser apresentados. Porém, deter-se-á neste caso especificamente. Pois bem. O servidor público ao completar seus setenta anos de idade, concluirá o ciclo necessário para fazer valer seu direito à aposentação, ou seja, cumprida a condição, emergirá o direito. Portanto, neste caso, a Administração por meio de ato vinculado¹⁴⁴ (visto que foi cumprido o requisito para tanto, os 70 anos de idade) concede a aposentadoria. Em síntese, foi praticado o ato administrativo – a aposentação – ato instantâneo e, portanto, quando praticado exaure-se cumprindo sua razão de existência. Ocorre, que a partir desta prática decorrerão seus efeitos, quais sejam, o benefício previdenciário enquanto esse servidor estiver vivo; inclusive com possível transferência de titularidade desse benefício, nos casos legais determinados.

Outra questão curiosa e que merece atenção é a figura do regulamento, justamente por ter características semelhantes às das leis como a generalidade e abstração, apenas divergindo quanto ao órgão que os expede, legislativo e executivo respectivamente. Por isso, todo e qualquer regulamento quando eivado de vício deve ser atacado em seu todo, ou seja, tanto o ato quanto seus efeitos justamente pelos efeitos contínuos que se dão todas as vezes que a situação fenomênica se apresentar.

Neste caso, torna-se evidente a percepção de que ato e efeito são dois fenômenos distintos, porém ambos passíveis de revisão. Assim, pode-se dizer que tanto os atos, seus efeitos ou atos e feitos, juntos, podem ser reexaminados, e quando contrários à ordem legal, devem ser corrigidos. Ou pela retificação (quando o vício não acarretar dano à Administração ou administrado) ou pela sanatória (nos casos de convalidação) ou pela eliminação total do ordenamento jurídico (pela invalidação).

Neste sentido, vale a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito, já se disse que, em Direito, ato administrativo significa uma fonte, u'a matriz de efeitos jurídicos. Esta fonte que é o ato não se confunde com os efeitos dele nascidos. São coisas distintas o produtor (ato) e o produzido (efeitos). Quando se ataca um ato ineficaz, seja ele ato abstrato ou ato concreto, os efeitos previstos ainda não eclodiram. Estão contidos, porque só devem irromper no futuro. Logo, ainda não há efeitos

¹⁴³ No que pese ao ato de concessão de aposentadoria, há tribunais se manifestando quanto à declaração de que tal ato se verifica como complexo tendo em vista a necessidade de manifestação precedente do TCU. "O ato de concessão de aposentadoria de servidor público é um ato administrativo complexo, que somente se torna perfeito e acabado após o seu exame e registro pelo Tribunal de Contas da União; por isso, o prazo para a sua anulação, sob à luz do art. 54 da Lei 9.784/1999, conta-se a partir da data de sua publicação, feita após o registro (MS 25.697/DF; MS 25.525/DF).

¹⁴⁴ Ato completamente preenchido pelo princípio da legalidade.

a serem atacados. O que se quer é suprimir esta virtualidade de produção suposta no ato. Então, o que se fulmina é o ato. Elimina-se aquela fonte da qual dependia o surgimento de efeitos.¹⁴⁵

Diógenes Gasparini magistralmente identifica o objeto da invalidação da seguinte maneira:

O objeto do ato de invalidação é, comumente, um ato administrativo ilegal e eficaz, de natureza abstrata ou concreta. Tratando-se de ato administrativo ilegal, eficaz e abstrato como é o regulamento, a invalidação desfaz o ato, pois deseja-se eliminar esta fonte perene de efeitos jurídicos. Cuidando-se de ato administrativo ilegal, eficaz e concreto, como é o caso de majoração de tarifa de transporte coletivo, a invalidação extingue os efeitos produzidos, pois o ato que a majorou, por ter cumprido o seu objetivo, não mais existe. O objeto do ato de invalidação, também pode ser um ato administrativo ilegal e ineficaz. Por não estar produzindo qualquer efeito, a invalidação desfaz o ato, seja ele abstrato, seja ele concreto.¹⁴⁶

Neste cenário, a conclusão será que tanto os atos quanto os efeitos dele decorrentes devem ser legítimos, visto, ressalte-se, que ato administrativo é a materialização da norma, da lei, é ele que será aplicado no caso concreto.

Ocorre, que diante de determinada deformidade do ato, há diferentes reações previstas no ordenamento jurídico ao solucionar o incidente. A discussão é de suma importância, pois dependendo da corrente a ser seguida, emergirá consequências diversas.

Essa controvérsia parte da discussão na aplicabilidade ou não a teoria das nulidades previstas no Direito Civil, as quais preveem que os vícios podem resultar em nulidade absoluta ou relativa, explicitados nos artigos 166 e 171 do Código Civil de 2002.

No entanto, a doutrina pátria não é uníssona quanto à classificação dos atos inválidos. Para alguns que fazem parte da corrente mais radical, entendem que no Direito Administrativo não pode haver a dicotomia prevista no Código Civil de 2002 (por se tratar de relações de direito privado) quanto aos atos nulos e anuláveis. Sendo que todo e qualquer ato contrário às prescrições legais será sempre nulo, portanto, seu efeito é *ex tunc*, ou seja, o ato é atingido em seu nascedouro.

Entre os que defendem essa linha de raciocínio estão Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini, Diogo de Figueiredo Moreira Neto entre outros mais. Portanto, vale transcrição literal das ideias de alguns deles:

¹⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 462-463.

¹⁴⁶ GASPARINI, Diogenes. Op. cit. p. 164.

Hely Lopes Meirelles traduz expõe da seguinte maneira:

(...) Todavia, continuamos a não aceitar o ato administrativo anulável no âmbito do Direito Administrativo, justamente pela impossibilidade de preponderar o interesse privado sobre o público e não ser admissível a manutenção de atos ilegais, ainda que assim o desejem as partes, porque a isto se opõe a exigência da legalidade administrativa.¹⁴⁷

Diógenes Gasparini no mesmo sentido assevera:

A nosso ver, só há uma espécie de ato administrativo inválido: o comumente chamado de nulo. Desse modo, não se tem no Direito Administrativo, como ocorre no Direito Privado, atos nulos e atos anuláveis, em razão do princípio da legalidade, incompatível com essa dicotomia. Ademais, os atos anuláveis ofendem direitos privados, disponíveis pelos interessados, enquanto os nulos agredem interesses públicos indisponíveis pelas partes. Lá são anuláveis, aqui são nulos. O ato administrativo sempre ofenderá, quando ilegal, um interesse público, sendo, portanto, nulo. Destarte, não há como ser aplicada no Direito Administrativo a teoria dos atos nulos e anuláveis do Direito Privado.¹⁴⁸

Em contraponto ao entendimento da primeira corrente que afirma não ser possível a utilização da dicotomia prevista no Código Civil, qual seja, ato nulo e anulável, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello, pondera que:

A distinção entre atos nulos e anuláveis, embora objeto de sistematização pelos civilistas, não envolve matéria jurídica de Direito Privado, mas da Teoria Geral do Direito, pertinente à ilegitimidade dos atos jurídicos, e, portanto, perfeitamente adaptável ao Direito Público, especialmente, ao Direito Administrativo. Não se trata por conseguinte, de transplantação imprópria da teoria do Direito Privado para o Direito Público inconciliável com os princípios informadores do ato administrativo.¹⁴⁹

Neste mesmo sentir, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que “a distinção entre nulos e anuláveis, usual no Direito Privado, aplica-se, com as devidas adaptações, ao Direito Administrativo”¹⁵⁰. Além da classificação alhures, ainda defende o ilustre mestre a tese de que há atos inexistentes, classificação esta utilizada igualmente por Weida Zancaner, e por derradeiro os atos irregulares classificação já tratada em tópico precedente.

¹⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 182

¹⁴⁸ GASPARINNI, Diogenes. Op. cit., p. 164.

¹⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 145.

¹⁵⁰ Id. Ibid., p.461.

Diante das premissas apresentadas, e tendo em vista que ato administrativo é espécie de ato jurídico, conclui-se que é de grande utilidade a aplicação do Código Civil nas relações entre Administração e administrado desde que adaptadas às peculiaridades existentes da função estatal.

Neste sentido, vale lembrar lição de Antônio Carlos Cintra do Amaral:

Tanto os atos administrativos válidos quanto os inválidos podem produzir efeitos. A distinção entre eles somente se põe quando suscetíveis de apreciação, por um órgão estatal competente, no que respeita a sua legalidade. Se dessa apreciação resulta sua manutenção no mundo jurídico (admito aqui a hipótese de decisão judicial transitada em julgada), são válidos. Se dela resulta sua eliminação, são inválidos.¹⁵¹

Portanto, conclui-se em um primeiro súbito de olhar que, se o ato administrativo estiver no âmbito da nulidade, a consequência imposta pela norma pela prática do ato é mais severa, tendo em vista o ferimento frontal à lei, uma vez que o princípio da legalidade é o sustentáculo que baseia todo o ordenamento, e, repita-se, deve ser expurgado sumariamente, sendo defeso convalidá-los.

Já o segundo, a anulabilidade, o vício, por ser considerado mais ameno diante do nível de repúdio considerado e previsto no interior do ordenamento jurídico brasileiro, não terá consequência tão grave ao ponto de abolir por completo o ato e/ou seu efeitos, podendo assim, ser convalidado.

No presente estudo, será utilizada a classificação adotada pelo ilustre mestre Celso Antônio Bandeira de Mello e Weida Zancanner quanto aos atos inválidos.

Ressalte-se que, a finalidade precípua da discussão que norteia às diferentes classificações, tem por objeto uma única razão, qual seja, a de buscar formas que possam preservar a legalidade. O que se quer é justamente buscar meios de restabelecimento da legalidade, tendo em vista o dever do Estado em salvaguardar tal princípio, sobretudo o princípio da legalidade administrativa.

Portanto, três categorias serão apresentadas a seguir: atos nulos, anuláveis e os inexistentes, sendo imprescindível destrinchar as características de cada um desses institutos. É o passa-se a fazer neste momento.

4.4) Classificação dos atos inválidos: atos nulos, anuláveis e inexistentes

¹⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, cit., p. 92-93.

Os atos inválidos estão inseridos na categoria dos atos nulos, portanto, não podem continuar convivendo no mundo jurídico justamente por contraria-lo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “anulação, que alguns preferem chamar de invalidação é o desfazimento do ato por questões de ilegalidade”.¹⁵² Por esta razão, o ato deve ser atacado no seu nascedouro, então a anulação (ou invalidação) sofrerá efeitos retroativos, *ex tunc*.

Hely Lopes Meirelles assevera que a “anulação é a declaração de invalidação de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria administração ou pelo Poder Judiciário”.¹⁵³ Mais adiante, o mesmo autor completa a ideia pronunciando-se que ato nulo “é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo”.¹⁵⁴

Completando tais entendimentos, Silvio Luís Ferreira da Rocha declara que:

Os atos nulos são os atos que a lei assim os declare. Os atos nulos são, também, os atos não convalidáveis, isto é, aqueles que não podem ser reproduzidos sem que a invalidade também se reproduza, como o conteúdo ilícito, o desvio de poder, a falta de motivo vinculado.¹⁵⁵

Essa classificação é de suma importância, pois a partir do momento em que se insere o ato no âmbito da nulidade, conclui-se que jamais poderá ser este convalidado. Isso porque o Estado não pode conviver com situações nascidas pelo fardo da ilegalidade, devendo tal situação ser reexaminada, eis a razão da existência de mecanismos para restabelecê-la. No presente caso, o ato nulo deve ser corrigido por meio da invalidação.

Embora a invalidação seja um mecanismo de correção da legalidade, não se pode conceber que a Administração possa rever seus atos eternamente, sob o risco de desconstituir a estabilidade das relações jurídicas. Esse entendimento doutrinário foi posteriormente consolidado por meio do art. 54 da Lei n. 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), que estabeleceu o prazo decadencial de cinco anos para que a Administração anule seus atos, desde que favoráveis aos destinatários¹⁵⁶.

¹⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 226.

¹⁵³ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 212.

¹⁵⁴ Id. Ibid., p. 182.

¹⁵⁵ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Op. cit., p. 343.

¹⁵⁶ A doutrina pátria diverge no que tange ao prazo para a Administração Pública invalidar seus atos. Vale, neste sentido, observação feita por Alexandre Santos de Aragão: “Importante questão diz respeito ao eventual prazo para o exercício do dever da Administração Pública de invalidar atos administrativos: há os que entendem que, em virtude do princípio da legalidade, não há prazo limite, a não ser que exista previsão expressa e específica neste sentido (Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Odete Medauar); outros fazem analogia com o maior prazo prescricional, que é de dez anos buscando validade (art. 205, CC/2002); e há, ainda, os que aplicam, por analogia e pelo princípio da igualdade, o prazo quinquenal de prescrições das ações contra a Fazenda Pública (art. 1º do Dec. 20.910/1932), sendo este o entendimento de

A segunda classificação gira em torno do ato inexistente. Os atos inexistentes seriam aqueles que se depara com situação fenomênica de tal gravidade que ultrapassa até mesmo às questões de invalidação, e, portanto classificados como absolutamente insanáveis. Seriam os exemplos utilizados por Weida Zancaner e Silvio Luis Ferreira da Rocha respectivamente ao elucidar sobre a ordem de um superior para torturar um preso, a autorização para a exploração de trabalho escravo entre outras condutas vedadas pelo Direito.

Weida Zancaner entende que são “atos absolutamente insanáveis aqueles que têm por objeto a prática de um ato criminoso, isto é, de um comportamento a que o Direito atribui sanção extrema”.¹⁵⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello ao tratar dos atos inexistentes esclarece que:

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 do Direito que informam o ordenamento jurídico dos povos civilizados.¹⁵⁸

Outra conclusão que se retira da verificação do ato inexistente decorre da possibilidade de permitir-se o direito de resistência e, além disso, jamais prescreve o direito de vir buscar a tutela administrativa e/ou jurisdicional, ou seja, torna-se inaplicável o prazo decadencial previsto na Lei 9.784/1999, justamente pela gravidade dos atos praticados, onde se suscitam vários fundamentos para o afastamento de tais práticas como os Direitos fundamentais, inserindo nesta esfera, o princípio da dignidade humana, e ainda que o ato seja revestido de todas as formalidades plenamente definidas pelo ordenamento jurídico, ou seja, obediência aos requisitos e pressupostos, não há de se admiti-los justamente pela gravidade de seu mau uso, pelas razões supracitadas que transcendem os defeitos materialmente considerados.

A terceira categoria apresentada é a do ato anulável. Neste sentido, diz-se que um ato é anulável quando torna-se possível sanar o vício sem consequência gravosa à Administração e/ou ao administrado por meio de outro ato, agora produzido com observância dos contornos traçados pela lei. São os atos em que a doutrina denomina como atos relativamente sanáveis.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho, que tem prevalecido, inclusive na legislação (art. 54, da Lei 9.764/1999, cuja aplicabilidade direta aos Estados e Municípios é discutível”. ARAGÃO, Alexandre Santos. Teoria geral dos atos administrativos – uma releitura à luz dos novos paradigmas do direito administrativo. In MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. *Os caminhos do ato administrativo*, p.63-64.

¹⁵⁷ ZANCANER, Weida. Op. cit., p. 97.

¹⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 469.

Para Silvio Luís Ferreira da Rocha “são anuláveis os atos que a lei assim os declare, bem como os atos passíveis de convalidação, isto é, os atos que podem ser refeitos sem vício”.¹⁵⁹

Portanto, é nesta categoria de ato viciado que se justifica a aplicação do instituto da convalidação.

4.5) A convalidação como espécie de restauração da legalidade

A este fenômeno de restabelecimento da legalidade denomina-se convalidação. Pode-se afirmar que “A convalidação é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos”.¹⁶⁰ É uma forma de restauração da legalidade, é um ato administrativo que tem por finalidade reeditar o ato eivado de ilegalidade.

A Lei 9.784/1999 em seu art. 55 elucida a convalidação da seguinte forma: “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”. Além da previsão legal explicitada, vale ainda amparo doutrinário a respeito do fenômeno, valendo-se em princípio das considerações de Marçal Justen Filho ao esclarecer que a convalidação “consiste na adoção de um ou mais atos administrativos destinados a eliminar defeitos sanáveis de ato administrativo anterior como condição para que esse produza a integralidade dos efeitos jurídicos previstos”.¹⁶¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define o instituto da seguinte maneira:

Convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que foi praticado. Ela feita, em regra, pela Administração, mas eventualmente poderá ser feita pelo administrado, quando a edição do ato dependia da manifestação de sua vontade e a exigência não foi observada. Este pode emití-la posteriormente, convalidando o ato.¹⁶²

Também neste sentido, vale lição professada por Ricardo Marcondes Martins:

O vício pode ser corrigido pela convalidação: edição de um ato administrativo, que retira, com efeitos retroativos, o vício do ato administrativo inválido. Reflete uma menor repulsa do sistema jurídico ao vício, pois não se exige o afastamento total ou parcial da norma, nem sua modificação: aproveita-se a norma integralmente, ela permanece no sistema tal como

¹⁵⁹ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Op. cit., p. 340.

¹⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 473.

¹⁶¹ FILHO, Marçal Justen. Op. cit., p. 403.

¹⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 235-236.

editada. Rigorosamente, o ato convalidante retira o ato inválido do sistema e assume como seus todos os efeitos produzidos por ele.¹⁶³

Ressalte-se derradeiramente que apenas os atos anuláveis podem ser convalidados; atos nulo, jamais. Neste sentido, Diogenes Gasparini esclarece:

Se os atos administrativos afrontam o ordenamento jurídico e, por essa razão, são tidos como inválidos, não cabe falar em convalidação (supressão retroativa da ilegalidade de um ato administrativo). Não se convalida o que é inválido. O que se admite é a correção de pequenas irregularidades, que não consubstanciam a invalidade, a exemplo de vícios gráficos. (troca de letras e números). Os que admitem a anulabilidade podem falar em convalidação.¹⁶⁴

Questão que se enfrenta no cenário administrativista hodierno circunda na discricionariedade ou vinculação do dever de convalidar o ato administrativo. Passa-se neste momento, a desenhar o que trata a melhor doutrina quanto ao tema ventilado.

4.6) Um breve cotejo entre o dever de invalidar e convalidar o ato viciado

A Administração Pública tem dever de subsumir-se à lei. Neste sentido, em um primeiro súbito de olhar, imagina-se que, todas as vezes que encontrar-se diante de um ato viciado, estar-se-ia no dever de invalida-lo, expurgando-o do mundo jurídico, sem nenhuma produção de efeito. Porém, esta consideração não prospera. Isso porque, não há apenas uma forma de recompor a legalidade, qual seja, a invalidação do ato administrativo, a qual resulta em sua morte no mundo jurídico, mas sim, duas formas, a mencionada invalidação e a convalidação. São estes dois institutos que a ordem jurídica se utiliza na incessante busca da recomposição da legalidade.

Weida Zancaner, em trecho que merece transcrição literal assevera:

O princípio da legalidade visa a que a ordem jurídica seja restaurada, mas não estabelece que a ordem jurídica seja 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.¹⁶⁵

¹⁶³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Op. cit., p. 278-279.

¹⁶⁴ GASPARINI, DIÓGENES. Op. cit., 167.

¹⁶⁵ ZANCANER, Weida. Op. cit., p. 56.

Portanto, havendo duas formas de recompor a legalidade em homenagem ao princípio da legalidade, resta saber se há discricção por parte do administrador de invalidar ou convalidar o ato viciado.

Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, acompanhando tese de Weida Zancaner, entendem pela não admissibilidade de discricção por parte do administrador quando se depara com um ato viciado, salvo uma única hipótese, qual seja, quando o ato for praticado por agente incompetente.

Weida Zancaner, neste sentido:

Se existe uma hipótese em que a Administração Pública pode optar entre o dever de convalidar e o dever de invalidar segundo critérios discricionários. É o caso de ato discricionário praticado por autoridade incompetente. Destarte, nestes casos pode a Administração Pública, segundo um juízo objetivo, optar se quer convalidar ou invalidar o ato viciado.¹⁶⁶

Em todas as outras hipóteses não há que se falar em discricionariedade, mas sim em vinculação. Não haverá espaço para subjetivismo do administrador. Ou estará obrigado a invalidar ou estará obrigado a convalidar. Assim, “a Administração deve invalidar quando o ato não comportar convalidação. Deve convalidar sempre que o ato comportá-la”.¹⁶⁷ Portanto, a Administração apenas deverá utiliza-se da invalidação quando carecer de outra forma para reestabelecer a legalidade, não havendo, só lhe resta expurgar o ato viciado em respeito ao princípio da legalidade. A *contrario sensu*, haverá obrigatoriedade de praticar o ato de convalidação quando este mesmo, assim, possibilitar.

Importante destacar que em alguns casos, ainda, haverá impossibilidade de praticar a invalidação e a convalidação, em respeito a outros princípios que norteiam o Direito, além do princípio da legalidade, quais sejam, o da Segurança jurídica e boa-fé, o qual se verifica de suma importância no Direito Administrativo em vista da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Em síntese, quer-se dizer com isto que há limites para a prática desses atos, ou seja, as situações geradas pela prática de determinado ato administrativo, ainda que viciados, podem estabilizar-se com o decorrer do tempo, neste caso a prescrição, quando se perfaz diante de situação que amplia o direito do administrado que agiu de boa-fé. Outro limite é a impossibilidade de convalidar o ato quando este for impugnado pelo interessado administrativamente ou judicialmente.

Diante de todo o exposto, o que se conclui, é que a invalidação e a convalidação são caminhos para o reestabelecimento da legalidade prevista no

¹⁶⁶ ZANCANER, Weida. Op. cit., p. 57.

¹⁶⁷ Id. Ibid.

ordenamento jurídico tendo como fundamento o princípio da legalidade. Havendo possibilidade de se manter os efeitos do ato eivado de vício, a administração não terá a faculdade, mas o dever de convalidá-lo, salvo, evidentemente, os casos em que tal possibilidade não se apresente, a exemplo dos atos nulos.

Ainda assim, o entendimento doutrinário elucida que há limites para a prática da convalidação e da invalidação, buscando como pressuposto a existência dos princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança e consequentemente, boa-fé dos administrados, os quais não podem ser desprezados diante da prática de atos administrativos. Isso se dá pelo fato de que inúmeras vezes, quando a situação apresentada no caso concreto diante do dever de invalidar, por exemplo, se torna mais gravosa do que a preservação do ato viciado, porém, tal prática apenas se justifica quando o ato viciado trazer benefício ao administrado que agiu sob o manto da boa-fé, ressalvado, em qualquer hipótese os atos classificados como absolutamente insanáveis que “são os atos que devem ser invalidados e que nem o decurso do tempo, só por si ou aliado a qualquer outro fator, os estabiliza.

Marçal Justen Filho, quanto ao assunto ressalta:

A invalidação deve ser pronunciada somente como solução indispensável para a realização dos valores jurídicos. Não se cogita de invalidade se tal for inadequado para gerar, sob o prisma de causa e efeito, a realização dos interesses e valores protegidos pelo direito.

Em segundo lugar, somente é cabível a invalidação se tal for a solução menos lesiva ao conjunto de interesses em jogo. Por fim, não cabe a invalidação quando importar sacrifício de valores e interesses protegidos de modo intransponível pela ordem jurídica.¹⁶⁸

Feitas essas considerações, é possível afirmar que a Administração tem o dever de restaurar a legalidade pelos meios jurídicos já assinalados.

Porém, não obstante esta assertiva de inegável importância, jamais deve despir-se do dever de aplicar os princípios que inspiram o Estado Democrático de Direito, fato este que soma e torna efetivo o modelo estatal referido.

Sobre o assunto, qual seja, os efeitos da invalidação na esfera jurídica dos administrados diante do Estado Democrático de Direito, passa a ser tratado no capítulo que se segue.

¹⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 404.

CAPÍTULO 5 – OS EFEITOS DA INVALIDAÇÃO NAS RELAÇÕES COM OS ADMINISTRADOS

Pode-se dizer que o ato administrativo¹⁶⁹ é a forma de o Estado se expressar, expedir comandos. É por meio dele que a Administração Pública,

¹⁶⁹ Odete Medauar neste sentido assevera que: Ainda em decorrência do Estado de Direito, vem a ideia de o ato administrativo ser meio prévio à concretização de um intuito do governante; a teoria do ato administrativo vai estabelecer as normas de sua edição e prefixar seus efeitos; apresenta-se assim, como garantia aos particulares, sem afastar as prerrogativas do poder público; daí a invocação da característica da tipicidade também denominada por autores italianos de nominatività, referente à necessária correspondência do ato a esquemas preordenados das principais manifestações da atividade administrativa. Na doutrina contemporânea, o alemão Schmidt – Assmann se alinha a esta diretriz, afirmando que o ato administrativo “proporciona, aos cidadãos, uma expectativa clara do que se vai levar a cabo, sob a responsabilidade da Administração; refere-se à segurança jurídica do destinatário do ato, citando exemplos do direito alemão; e menciona, ainda, ser o ato administrativo necessário

amparada pela lei, exerce o dever de bem curar às necessidades sociais, o interesse público – primário e secundário, criando, modificando ou extinguindo direitos e obrigações, e, conseqüentemente, adentrando e modificando a esfera jurídica do administrado. Portanto, da prática dos referidos atos, reconhece-se que seu objetivo é gerar efeitos que modificam tais situações.

Note-se que, quando um ato administrativo, ao ser produzido, respeitando todos os liames traçados na lei, inquestionável será a sua higidez, desaguando, portanto, na plenitude e eficácia de seus efeitos.

A questão a ser enfrentada nessa quadra trata dos atos nulos. Seria possível afirmar que de atos nulos decorrem efeitos? Ou apenas se reconhece efeitos de atos produzidos em consonância com o ordenamento jurídico? Há vozes discrepantes no direito pátrio quanto ao tema.

Tomando como exemplo a Súmula 473 do STF, a qual afirma que “de atos ilegais não se originam direitos”, conseqüentemente, conclui-se pela negação dos efeitos de atos viciados. Diante da exegese da referida súmula, portanto, não seria aceitável, em princípio, conviver com os efeitos de atos viciados, e em contrapartida, devendo produzir efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativo, atingindo todo o ato defeituoso, desde a sua produção até a eclosão de seus efeitos.

Ocorre que, inúmeras vezes, diante de situação fenomênica passível de ordinária ocorrência, há atos que inobstante nulos acabam naturalmente produzindo efeitos, principalmente quando se coloca em pauta os princípios da auto-executoriedade e presunção de legitimidade dos atos administrativos, os quais coagem o administrado ao cumprimento de seus mandamentos, constituindo situações jurídicas que, aparentemente, mostram-se despidas de vício, como se válidas fossem desde o início.

Neste passo, é equivocada a pretensão inquisitória da afirmação de que atos nulos não se originam direitos. O que se pode aquiescer é que, diante do princípio da legalidade estrita, os atos nulos não deveriam produzir efeitos, logo, sumariamente deveriam tais atos serem expurgados antes de eclodirem os efeitos nascidos sob a roupagem de alguma ilegalidade. Pelo menos é essa a posição plasmada pela súmula já citada do Supremo Tribunal Federal.

Rafael Valim, em trecho que merece transcrição literal leciona:

Retire-se, neste sentido, que a invalidade não predica a ineficácia do ato administrativo. Portanto, o nascimento de direitos subjetivos – pertencentes ao domínio da eficácia, porque integrantes de relações jurídicas – não é obstaculizado pela invalidade dos atos jurídicos. Subsistirão os direitos subjetivos até que seja desconstituído o ato administrativo que os veicula. Por conseguinte, a invalidade não exerce influência

sobre o nascimento do direito subjetivo, mas, sim, sobre sua perenidade no mundo jurídico.¹⁷⁰

Marçal Justen Filho neste sentido esclarece que:

É equivocado afirmar que o ato nulo não produz efeitos. A asserção é incorreta tanto sob o prisma fático como sob o enfoque jurídico. No plano dos fatos, os atos nulos podem produzir efeitos – os quais se configuram como indevidos e demandam, muitas vezes, a intervenção judicial para pronunciar seus desfazimento. Na dimensão jurídica, a ausência do conhecimento ou certeza a propósito do defeito conduz frequentemente a situações jurídicas similares às derivadas de atos válidos. Ou seja, o máximo que se poderia afirmar é que os atos nulos não deveriam produzir efeitos jurídicos. Aliás, atos nulos não deveriam sequer ocorrer.¹⁷¹

Esta permissibilidade dos efeitos decorrentes de atos nulos busca como fundamento o princípio da segurança jurídica, tendo em vista a necessária estabilidade das relações sociais, baseadas na confiança recíproca e boa-fé, subjetiva e objetiva.

Neste sentido, embora ainda em passos lentos, já é notória a evolução do Direito Administrativo, bem como as posições dos Tribunais brasileiros na busca da efetividade da Constituição no que tange aos princípios que pulverizam todo ordenamento jurídico. Esta é a tendência da chamada pós-modernidade, qual seja, dar eficácia às normas constitucionais, sobretudo no que tange ao princípio da segurança jurídica, qualificado como o fundamento da estabilidade das relações sociais, incluindo o Estado como pessoa jurídica integrante do corpo social. Deixa a Constituição de ostentar um perfil estático e passa a ser dinâmica, em decorrência das necessidades transmutadas no decorrer do tempo¹⁷².

Diante de tal assertiva, diz-se, com toda razão, que o Direito deve evoluir em conjunto com as necessidades sociais, que, a cada minuto se transformam. As necessidades atuais certamente não mais coincidem com as aspirações que remontam tempos passados, eis a inquietude de vários juristas em produzir movimentos que impulsionaram e continuam impulsionando práticas que exijam modificações no tocante à efetividade dos direitos

¹⁷⁰ VALIM, Rafael. Op. cit., p. 108.

¹⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 404.

¹⁷² “No direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Rememore-se que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para a interpretação e aplicação de regras. Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso e direito constitucional contemporâneo*, cit., p. 343.

consagrados na Constituição, sobretudo quanto aos direitos fundamentais esparramados na Carta Magna, principalmente no art. 5º. A título de exemplo das frenéticas transformações, citam-se o significativo número de emendas constitucionais. Quantas foram produzidas em um breve espaço de tempo levando-se em consideração o momento de sua promulgação em 1988? Quantas mudanças no campo do direito processual? Do direito material como o Código Civil? Todo esse movimento tem um fundamento: oferecer dignidade aos integrantes de um Estado Social e Democrático de Direito, tornando efetivas as medidas prescritas e asseguradas na Magna Carta.

Portanto, é nesta seara que reside a necessária atenção às relações entre Estado e administrado quanto aos efeitos de uma invalidação, não mais baseada apenas na efetividade da legalidade estrita, mas também às relações constituídas com terceiros de boa-fé que agiram sob a crença da fidelidade do ato.

Esta possibilidade de relativização dos efeitos do ato administrativo é emprestada, com todo o sentido, do Direito Constitucional, precisamente no estudo do controle de constitucionalidade, principalmente sob a modalidade concentrada. Matéria nascida principalmente pela Lei n. 9.868/1999 (Lei que regulamenta o controle de constitucionalidade).

Prescreve o art. 27 da Lei 9.868/1999 que ao “declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fiado”. É a chamada modulação de efeitos em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Ora, é inquestionável que a lei quando em confronto com a Constituição produz vício de nulidade gravíssimo e intolerável, eis a razão do mecanismo legal transcrito acima para a defesa da mesma. Porém, em nome do princípio da segurança jurídica, consagrados no art. 5º, XXXVI, da CF/88, é possível que o Supremo Tribunal Federal restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, e que tal declaração possa ter seus efeitos alterados.

Humberto Ávila neste sentido esclarece:

A segurança jurídica, todavia, também pode assumir uma dimensão coletiva, quando o seu uso tem a finalidade de preservar a ordem jurídica como um todo para a coletividade. O ordenamento jurídico também contém várias normas que protegem essa dimensão, como é o caso da competência para o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com base na segurança jurídica.¹⁷³

¹⁷³ ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. Malheiros Editora: São Paulo, 2011. p. 154.

Neste sentido, vale a máxima de que, “quem pode o mais, pode o menos”. Segundo Antonio Rulli Neto e Justine Esmeralda Rulli, “se até mesmo a norma inconstitucional produz efeitos, não poderia ser diferente com o ato administrativo eivado de ilegalidade”.¹⁷⁴

Conclui-se, portanto, que é plenamente possível a modulação dos efeitos dos atos administrativos nulos, também denominada doutrinariamente de “modulação temporal dos efeitos da declaração de nulidade”, em devoção aos princípios constitucionais que tornam efetivo o Estado Democrático de Direito, exatamente conforme acontece nas hipóteses de modulação de efeitos de leis declaradas inconstitucionais por intermédio do controle concentrado de constitucionalidade.

Neste sentido, Marçal Justen Filho:

Essa disciplina conduz ao reconhecimento de que a infração do ato administrativo à constituição não acarreta necessariamente a pronúncia do vício com efeitos retroativos à data de sua prática. Poderá ser mantida a eficácia do ato administrativo inconstitucional, nas hipóteses previstas no art. 27 da Lei 9868/99. É evidente que a solução referida deve ser adotada não apenas para a inconstitucionalidade da lei, mas também do ato administrativo.¹⁷⁵

Por derradeiro, observa-se que o fundamento da relativização dos efeitos gerados pelos atos inválidos tem fundamento, repita-se, no princípio da segurança jurídica como viga mestra de tantos outros que dele decorrem como entende a melhor doutrina. Dentre eles o do contraditório, e ainda que implícitos, o da proteção à confiança e o da boa-fé dos administrados.

5.1) O princípio da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé dos administrados

É indubitável que todo ser humano, como parte integrante de um corpo social busca pela estabilidade nas suas relações. Desde os primórdios, houve a necessidade de que homens se unissem em busca dos mais variados propósitos, inicialmente pela conquista de territórios e posteriormente envolvendo outros aspectos. Esta necessidade de relacionamentos interpessoais derivou outra situação: à busca pela estabilidade das relações. A expectativa da estabilidade das relações presentes projetadas para o futuro tornou-se crucial, tendo em vista que a imprevisibilidade traz em seu bojo sentimentos de incerteza e insegurança.

¹⁷⁴ NETO, Antonio Rulli; RULLI, Justine Esmeralda. Op. cit., p. 187.

¹⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 405.

Porém, no presente caso, o sentido utilizado da palavra “segurança”, restringe-se ao plano subjetivo do psique humano, ou seja, é um estado psicológico baseado simplesmente na necessidade de confiança entre si, o que diverge do sentido de “segurança” na sua concepção objetiva (segurança jurídica), materializada na norma posta, necessária nas sociedades organizadas.

Magistralmente, Humberto Ávila sobre o assunto ensina:

A segurança jurídica só entra em cena quando se ultrapassa a dimensão psicológica individual para adentrar a dimensão axiológica social, mas não meramente comportamental: segurança jurídica representa, pois, a segurança como fenômeno valorativo intersubjetivável vinculada ao Direito de uma dada sociedade, quer como valor, quer como norma, tendo o jurídico como seu objeto ou como seu instrumento.¹⁷⁶

Portanto, o simples conhecimento da existência de normas que previamente descrevem regras de condutas permitidas ou proibidas traz certa segurança à comunidade, impedindo, inclusive, o caos social. A certeza jurídica traz naturalmente mais segurança às relações sociais, que é justamente o fim que justifica e que se propõe o Direito, o qual, segundo lições de Celso Antônio Bandeira de Mello “propõe-se a ensejar certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da segurança jurídica”, sobretudo quando as relações se perfazem entre Estado e administrado diante da relação vertical daquele em relação aos últimos.

Neste sentido, Geraldo Ataliba ressalta:

O Direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que segura os governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras são as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discrepam.¹⁷⁷

Dentro desta perspectiva, o Estado como protagonista do dever de bem curar os interesses públicos, necessariamente relaciona-se constantemente com os administrados, seja emitindo atos administrativos normativos (que atinge genericamente indivíduos de uma coletividade), seja por meio de atos administrativos concretos (atingindo número determinado de sujeitos ou individualmente considerados). Destas relações, muitas vezes, por motivo de conveniência ou oportunidade (na busca do interesse público) ou de nulidade, pode servir-se dos poderes (ressalte-se, como contra face de seus deveres) para alterá-las unilateralmente.

¹⁷⁶ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 104.

¹⁷⁷ ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores 2011. p. 180-181.

Não obstante tal assertiva, a Administração encontra barreiras no tocante ao seu poder de autotutela em virtude da invocação do princípio da segurança jurídica¹⁷⁸, bem como a confiança legítima e boa-fé do administrado.

O ordenamento jurídico pátrio não é silente quanto ao assunto. A título de exemplo, citam-se, além do fundamento constitucional art. 5º, XXXVI, a legislação infraconstitucional traduzidas nos arts. 2º¹⁷⁹ e 54¹⁸⁰, da Lei 9.764/1999 (Lei que regulamenta o processo Administrativo no âmbito da União), art. 27¹⁸¹, da Lei 9.868/1999 (Lei que regula a Ação Declaratória de Constitucionalidade) e, por derradeiro, o art. 11 da Lei 9.882/1999¹⁸² (Lei que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental).

Ainda tratando sobre o princípio da segurança jurídica, imperioso se faz afirmar que, as disposições infraconstitucionais supra mencionadas, apresentam o referido princípio sob dois enfoques, pode-se dizer, duas dimensões. A primeira, no que se refere a impossibilidade de a Administração alterar aleatoriamente os efeitos de seus atos (estabilidade jurídica) em devoção ao consagrado art. 5º, XXXVI da CF/88 ao tratar do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

A segunda dimensão do princípio da segurança jurídica, leva-se em consideração o plano subjetivo, ou seja, na expectativa legítima do administrado em relação aos comandos estatais. É nesta seara então, da análise subjetiva do administrado perante a atuação estatal que emerge, segundo a melhor doutrina, o subprincípio da proteção à confiança legítima.

Neste sentido, J.J. Canotilho ao identificar os princípios mencionados esclarece que:

¹⁷⁸ “Recurso em Mandado de segurança. Administrativo. Servidores públicos que assumiram cargos efetivos sem prévio concurso público, após a CF de 1988. Atos nulos. Transcurso de quase 20 anos. Prazo decadencial de cinco anos cumprido, mesmo contado após a Lei 9.784/99, art. 55. Preponderância do princípio da segurança jurídica. Recurso ordinário provido. O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada da autotutela do Poder Público”. In JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 108.

¹⁷⁹ Art. 2º, da Lei 9.784/1999: “A Administração Pública obedecerá, entre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

¹⁸⁰ Art. 54, da Lei 9.784/1999: “O direito da Administração Pública 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”.

¹⁸¹ Art. 27, da Lei 9.868/1999: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros

¹⁸² Art. 11, da Lei 9.882/1999: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica, ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os preceitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos.¹⁸³

Ainda neste sentido, Antonio Rulli Neto e Justine Esmeralda Rulli que:

Não obstante haja entendimento de que o princípio da proteção à confiança seria um subprincípio da segurança jurídica, este estudo os considera conexos, mas independentes entre si, cada um a proteger sua esfera específica. O princípio da segurança jurídica resumir-se-ia em seu aspecto objetivo, restando o aspecto subjetivo para o princípio da proteção à confiança. Entretanto, em razão dessa conexidade existente entre eles, atualmente, não há como se analisar segurança jurídica sem adentrar o aspecto da proteção à confiança do administrado.¹⁸⁴

Dentro do plano subjetivo, a doutrina ainda acresce o princípio da boa-fé ao lado do princípio da proteção à confiança. Parte dessa mesma doutrina trata dos referidos princípios como um só, embora classificados em sua individualidade.

Ocorre que o princípio da proteção à confiança traduz-se na credibilidade do administrado perante os atos administrativos enquanto norma, fato este que decorre da presunção de legitimidade dos atos administrativos. Traduzindo-se melhor: pelo princípio da legalidade e presunção de legitimidade do ato administrativo, carece, em princípio, ao administrado questionar sua legitimidade. Presume-se que sua produção foi elaborada conforme os ditames legais.

Já o princípio da boa-fé refere-se à necessidade de a Administração e administrado agirem com higidez, lealdade em suas relações recíprocas. Portanto, fica claro que os princípios examinados não se confundem.

Magistralmente, Ricardo Marcondes Martins contrapõe os referidos princípios da seguinte forma:

A incidência do princípio da confiança legítima dá-se com a inserção de uma norma no sistema jurídico: o próprio sistema exige que o administrado acredite na correção dessa norma e,

¹⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

¹⁸⁴ RULLI NETO, Antonio; RULLI, Justine Esmeralda. Op. cit., p. 182-183.

por isso, protege sua confiança, dando um peso maior às razões favoráveis à manutenção da norma no sistema. O princípio da boa-fé é bem mais complexo: ele exige que os sujeitos, ao se relacionarem, atuem com lealdade e ética e, de certa forma, favorece quem tenha obedecido a essa exigência e desfavorece quem a tenha violado. Em outras palavras, ele beneficia o agir leal e ético e pune o agir desleal e antiético.¹⁸⁵

Mais adiante, ainda Ricardo Marcondes Martins, ilustra os princípios da confiança e boa-fé com magnífico exemplo:

No Brasil, típico exemplo é o atraso nos pagamentos devidos pela Administração. Nenhum brasileiro tem a esperança de que o Estado de São Paulo, por exemplo, pague suas contas em dia; já se tornou notório, um autêntico e infeliz costume, o atraso no pagamento dos precatórios. O não-pagamento das obrigações no prazo convencionado não viola a confiança do administrado, pois este não espera outro comportamento da Administração, não tem essa expectativa; enfim, não confia. Mais há evidente incidência do princípio da boa-fé, em face do comportamento desleal e antitético da Administração Pública.¹⁸⁶

Note-se, nessa linha de raciocínio, que os princípios elucidados são indissociáveis, pois não se pode falar em segurança jurídica sem falar e confiança, não se pode falar em confiança sem boa-fé e assim sucessivamente.

Por derradeiro, o que o ordenamento busca é, simplesmente, assegurar àqueles sujeitos que agem com higidez, sob a crença de estarem sendo submetidos a relações nascidas sob o manto da legalidade, à expectativa legítima da prática dos atos administrativos por parte das autoridades que os submetem, inúmeras vezes, unilateralmente, à modificações em suas esferas jurídicas.

Neste sentido, o administrado que agiu de boa-fé não poderá sofrer repentinamente os efeitos originais da invalidação, qual seja, *ex tunc*, atingindo o ato *ab initio*, onde, nas palavras do mestre paulista Celso Antônio Bandeira de Mello, essa espécie de efeito “fulmina o que já ocorreu, no sentido de que são negados hoje os efeitos de ontem”. Portanto, conclui-se que a partir da declaração da invalidação, poderão ocorrer efeitos retroativos ou irretroativos, efeitos esses que dependerão da situação apreciada no caso concreto, mediante processo administrativo que ofereça o contraditório, sopesando os princípios conflitantes.

Isso porque, em um Estado Democrático de Direito, é inadmissível que o Estado vire as costas para o administrado, sem dar-lhe oportunidade de

¹⁸⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. Op. cit., p. 316-317.

¹⁸⁶ Id. Ibid., p. 317-318.

defender-se, sobejamente quando da prática de um ato inválido nasce situação desfavorável ao administrado no que tange a invalidação de um ato administrativo, ou seja, quando desta prática sua esfera jurídica é diminuída.

É nesta esfera que se faz imprescindível o estudo da teoria dos atos ampliativos e restritivos de direito.

5.2) Atos ampliativos e restritivos de direito e o dever de obediência ao princípio do devido processo legal

Como a literalidade da palavra sugere, os atos ampliativos de direito são àqueles em que os administrados são beneficiados diante da produção de um ato administrativo, ainda que inválido, desaguando na ampliação de sua esfera jurídica, ao passo que, os restritivos, diminuem a esfera jurídica dos destinatários do ato.

O art. 54 da Lei 9.784/1999, prescreve que a Administração Pública possui o prazo decadencial de 5 anos para anular seus atos, quando desses, ocorrerem efeitos favoráveis aos administrados. Portanto, a partir da exegese do referido dispositivo, conclui-se que “efeitos favoráveis”, nada mais são do que a doutrina administrativista denomina de “ato ampliativo de direito”¹⁸⁷.

Nesta toada, é certo afirmar que, quando a Administração produz determinado ato inválido, e dele decorrem efeitos desfavoráveis ou prejudiciais ao administrado que agiu de boa-fé, não haverá razão alguma por sua manutenção, devendo ser expurgado do mundo jurídico com efeitos retroativos, *ex tunc*.

Por outro lado, conclui-se pela negação dos efeitos originais de um ato inválido, tornando neste caso, possível que seus efeitos operem apenas a partir de sua pronúncia, ou seja, *ex nunc*.

Isso porque, o Direito homenageia àquele que agiu com boa-fé, que agiu sob a crença da produção de um ato fidedigno que lhe atingiu a esfera jurídica trazendo-lhe benefícios, alargando seu direito, eis a razão de defender-se a possibilidade de modular os efeitos de um ato inválido.

Neste sentido, vale lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Na conformidade desta perspectiva, parece-nos que efetivamente 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. Pelo contrário, nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para

¹⁸⁷ Sobre esse assunto, vide com bastante proveito PETIAN, Angélica. *Temas de Direito Administrativo: Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito*, cit.

o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada.¹⁸⁸

Observe-se que, a *contrario sensu*, torna-se inadmissível a permanência tanto dos atos quanto seus efeitos quando o administrado agiu com má-fé, culminando na plena invalidação do ato. Portanto, a boa-fé é elemento definidor no momento da verificação no caso concreto quanto a modulação dos efeitos da declaração de nulidade.

Ressalte-se, que apenas deverá ser pronunciada a invalidação com a identificação de seus efeitos, seja no tocante aos atos ampliativos quanto aos atos restritivos, após o devido processo administrativo¹⁸⁹ que assegure o contraditório em devoção ao princípio do devido processo legal, consagrado no art. 5º, LV da CF/1988.

Calha neste momento, brilhante observação feita por Angélica Petian:

Se para ampliar a esfera jurídica do administrado a Administração deve ouvi-lo, garantindo-lhe a participação no círculo de formação da vontade que ele terá de cumprir adiante, com muito maior razão terá de assim proceder quando intentar estreitar-lhe a esfera jurídica.¹⁹⁰

Mônica Toscano ao tratar sobre a forma de invalidação elucida que:

Não deve a Administração proceder, de imediato, à invalidação do ato. Com efeito, entre a constatação do vício e a invalidação do ato deve transcorrer o chamado procedimento administrativo, ao fim do qual poderá ser emitido o ato invalidador. Quer-se com isto dizer que a invalidação de atos administrativos, mesmo quando pronunciada pela própria Administração Pública, deve observar o devido processo legal, sob pena de ofensa frontal ao sistema constitucional brasileiro.

¹⁹¹

Marçal Justen Filho, também nesta linha de raciocínio assevera:

Não cabe argumentar que o ato administrativo, porque nulo, pode ser desfeito sem observância do devido processo legal. A

¹⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 480.

¹⁸⁹ Angélica Petian conceitua os processos ampliativos de direito da seguinte maneira: “são aqueles que alargam a esfera jurídica do destinatário, causando-lhe um efeito favorável, seja porque autorizam o exercício de um novo direito, seja porque ampliam direito já existente, ou ainda, restringem ou extinguem limitações a direitos dos destinatários”. Op. cit., p. 104. Já os processos restritivos de direito, segundo a mesma autora, “são aqueles que diminuem a esfera jurídica do destinatário, causando-lhe gravame, seja porque impõe um novo dever ou restrição, seja porque entendem dever já existente, ou ainda, suprimem direito existente. Em qualquer hipótese haverá um efeito negativo para o administrado”. Op. cit., p. 107.

¹⁹⁰ PETIAN, Angélica. Op. cit., p. 107.

¹⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 464-465.

afirmativa traduz uma petição de princípio. Somente é possível concluir que um ato administrativo é nulo por meio de processo administrativo. A qualificação do ato administrativo como inválido é a conclusão de um processo administrativo. Portanto, sem processo administrativo é juridicamente incabível afirmar que o ato administrativo é inválido.¹⁹²

Ora, sabe-se que a Administração Pública para exercer sua função de bem curar o interesse público, muitas vezes toca o patrimônio do administrado. A título de exemplo pode-se citar a desapropriação por interesse público. Tal instituto se apresenta como sacrifício de direito. Neste caso, é legalmente possível que a Administração Pública exproprie determinado imóvel de um particular em detrimento do bem coletivo. Porém, para ser plenamente legítima, deverá obedecer ao procedimento expropriatório delineado na lei, que ofereça indenização prévia, justa e em dinheiro ao administrado¹⁹³. Isso porque, a não observância do devido procedimento, ofende o art. 5º, LIV da Magna Carta ao prever que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Portanto, em caso de desrespeito às regras prescritas no ordenamento, caberá responsabilização do Estado, o qual deverá reestabelecer a situação jurídica do administrado que agiu de boa-fé.¹⁹⁴

Diante de todo o exposto, conclui-se que, o ato administrativo nascido com vício de ilegalidade, em princípio, deveria produzir efeitos retroativos.

Ocorre que diante do modelo de Estado hodierno em que se valoriza a efetividade dos princípios axiológicos, não deve o administrador simplesmente praticar a invalidação desprezando as relações com os terceiros de boa-fé, que muito embora dessas relações tenham se originado atos nulos, desconheciam a forma que se desenvolveram, tendo em vista a presunção de legitimidade dos atos administrativos.

Não se quer dizer com isto que, a Administração Pública ou mesmo o Judiciário devam transmudar o ato inválido por ato válido. Este fato seria enorme afronta aos preceitos constitucionais, ainda que suscitados fossem os princípios da segurança jurídica e boa-fé dos administrados.

O que o ordenamento busca, é apenas modular os efeitos de atos administrativos revestidos de ilegalidade em nome da segurança jurídica, quando se coloca em jogo direitos feridos pela Administração Pública ao

¹⁹² JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 409-410.

¹⁹³ ART. 5º, XXIV, CF/1988.

¹⁹⁴ Neste sentir, estabelece jurisprudência do STF: “O Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência no sentido de que é necessária a observância do devido processo legal para a anulação de ato administrativo que tenha repercutido no campo de interesses individuais. Precedentes. Agravo Regimental a que se nega provimento” (RE nº 501.869-AgRg, Segunda Turma. R. Min. Eros Grau. Julg. 23.9.2008. DDJe, 30 out. 2008. Outro julgado na mesma linha: “Processo – Ato administrativo – Declaração de insubsistência – Audição da parte interessada – Inobservância. Uma vez constituída situação jurídica a integrar o patrimônio do administrado ou do servidor, o desfazimento pressupõe o contraditório” (AgRg no AI nº 587.487/RJ, Primeira Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Julg. 31.5.2007. DJ, 29 jun.2007).

administrado que agiu com boa-fé, como pode-se citar o exemplo da viúva que recebia pensão e que, por meio de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade a lei instituidora foi extinta. Neste caso, tendo em vista que a lei foi considerada inconstitucional, a viúva, em princípio, deveria devolver o que durante algum tempo percebeu. Ocorre, que, em homenagem ao princípio da segurança jurídica e boa-fé, analisados em processo administrativo, os valores pagos a ela já não poderão ser tocados.

Em vista disso, embora nulos, é inegável que produzem efeitos, e que, em respeito ao princípio da segurança jurídica, da confiança legítima e boa-fé, abrirá possibilidade de serem mantidos até um determinado tempo e, portanto, não retroativos.

Isso porque, muitas vezes, torna-se mais prejudicial ao administrado quanto à Administração Pública o desfazimento do ato do que sua manutenção. Cita-se, mais uma vez, outro exemplo, apresentado por Antonio Rulli Neto. Descreve “ação que pede a anulação de contrato de empreitada celebrado entre a Administração e construtora vencedora de certame licitatório para a construção de conjuntos habitacionais para população de baixa renda”. Afirma que quando a ação foi intentada os conjuntos habitacionais já estavam em fase de conclusão e todas as unidades praticamente vendidas. A suposta ilegalidade teria ocorrido durante o procedimento licitatório. Caso o Poder Judiciário houvesse concedido medida liminar para suspensão das obras, ou mesmo julgado procedente a ação para a anulação do contrato, gravíssimos seriam os prejuízos, tanto para os indivíduos que adquiriram as unidades habitacionais (haveria enorme frustração, já que ou demorariam muito para receber suas unidades ou sequer receberiam), como para o interesse público (prejuízos advindos da paralisação ou do próprio abandono da obra). Nessa hipótese, caso realmente constatado o vício alegado, os responsáveis arcariam com eventual indenização e/ou outras sanções, restando preservado tanto o interesse público como a confiança daqueles que adquiriram as unidades habitacionais e que estavam de boa-fé. Portanto, a partir do exemplo citado, certifica-se que até mesmo um ato eivado de ilegalidade pode ter seus efeitos mantidos de acordo com o caso concreto quando se pondera os princípios que regem todo o ordenamento sempre tendo em vista o real sentido de Justiça, finalidade esta que se presta o Direito.

Em qualquer caso, a decisão de manter o efeito característico do ato inválido (*ex tunc*) ou relativo (*ex nunc*), apenas deverá ser declarada após o devido processo administrativo que ofereça igualdade de participação da Administração e administrado como interessados, tendo em vista a tutela constitucional do devido processo legal, principalmente quando o patrimônio do administrado é alcançado pela Administração Pública (sacrifício de direito) no tocante à sua função, bem como o dever de suportar os ônus como, por exemplo, a servidão.

Portanto, no momento em que o administrado se encontra diante de seu patrimônio constrito pela Administração (expropriação), nascerá o direito

de exigir indenização. Caso seja desrespeitado tal direito, caberá suscitar responsabilidade do Estado, o qual terá o dever de reestabelecer a situação jurídica prejudicada por sua ação.¹⁹⁵

CONCLUSÃO

Até os dias atuais, é comum escutar-se no âmbito da sociedade o entendimento desvirtuado de que o Estado é sinônimo de poder, que são dois elementos indissociáveis. De fato, razões plausíveis contribuíram para tal errônea concepção. Isso porque, o modelo estatal que perdurou durante algum tempo foi o de regime absolutista, ou seja, Estado absoluto ou de Polícia, cuja característica se propunha a concentrar todas as funções (que hodiernamente

¹⁹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, conceitua a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado como “ a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos e omissivos, materiais ou jurídicos. *In Curso de Direito Administrativo*, cit., p.993.

denominam-se legislativa, executiva e judiciária) nas mãos do soberano. Portanto, determinava inquisitorialmente às regras aplicáveis em uma dada sociedade, sem participação alguma dos cidadãos.

A doutrina administrativista toma como divisor de águas a Revolução Francesa, com a desconstituição do Estado absoluto e o alvorecer de um Estado de Direito, expressado pela submissão de todos os cidadãos e o próprio Estado à Lei, portanto, o Estado absoluto teve seus poderes limitados pelo surgimento do princípio da legalidade.

Neste sentido, a figura dos atos administrativos transmudou-se no decorrer do tempo, o que se denominava atos do rei, atos do soberano, passou-se a juridicizá-los no Estado de Direito, ou seja, os atos administrativos passaram a buscar fundamento na lei, produzida no exercício da função legislativa.

Dentro desta novel perspectiva, qual seja, do modelo de um Estado de Direito, totalmente descabida e errônea é a concepção de que Estado e poder são sinônimos. O Estado é, sem sombra de dúvidas, o gestor dos interesses sociais, concluindo-se dessa forma que o dever precede o poder. Estes últimos apenas justificam-se como instrumentos pela busca do bem social e, ainda assim, conformados com a proporcionalidade e razoabilidade.

Não poderia ser diferente tal proposta, pois, os atos administrativos têm a finalidade de criar, modificar e extinguir direitos e obrigações, ou seja, toca diretamente a situação jurídica dos administrados, os cidadãos. Sobretudo, quando os efeitos dos atos nulos e anuláveis apresentam-se em situações estabilizadas pelo tempo, sendo cabível a modulação dos efeitos dos atos administrativos viciados em devoção ao princípio da segurança jurídica e boa-fé dos administrados como empréstimo do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos federais.

Diante de todo o exposto, conclui-se que, a Administração Pública no exercício de sua função, deve expedir atos administrativos hígidos, com obediência aos atributos e requisitos exigidos legalmente para tanto, o que, na falta de algum deles, depara-se com o fenômeno do vício do ato, devendo, restabelecer a legalidade ferida com o fundamento constitucional do princípio da legalidade.

Ocorre que, juntamente com o princípio supracitado, caminham tantos outros não menos importantes que aquele, sobretudo quando se coloca em pauta o modelo pós-positivista do Estado de Direito hodierno ao abandonar o modelo positivista jurídico clássico caracterizado pela ultrapassada interpretação seca da lei.

Portanto, o efeito, em regra, retroativo dos atos nulos, pode ser modulado diante da avaliação do caso concreto pelo princípio da segurança jurídica e boa-fé do administrado, sobretudo, quando se está diante de atos ampliativos de direito, sendo possível, impedir que a decisão administrativa possa ser transportada a partir de outro momento, impedindo, assim, prejuízo

ainda maior ao administrado que não contribuiu para tanto, bem como à própria Administração.

Por derradeiro, frise-se: ainda que nulo seja o ato, emergirá a necessária instauração de processo (ou procedimento) administrativo, que ofereça plena possibilidade de manifestação dos interessados, assim, abstraindo-se do plano formal constitucional, projetando materialmente o princípio do devido processo legal na esfera administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores 2011. p. 180-181.

ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. Malheiros editora. São Paulo, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Ed. Malheiros , 2012.

_____. Eficácia das normas constitucionais e Direitos sociais. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. São Paulo: Saraiva, 2013.

BEZNOS, Clovis. Aspectos jurídicos da desapropriação. São Paulo: Editora Fórum. 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 23. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Teoria do Ato Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v. 737, p. 11-22, mar. 1997

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*. São Paulo; LTr. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do direito*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18° ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERNANDES DE OLIVEIRA, Regis. *Ato Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. 5° ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas* (Tradução: José Florentino Duarte). Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris. 1986.

_____. *Teoria pura do direito*. 4. ed. (Tradução: João Baptista Machado). Coimbra: Ed. Armênio Amado, 1976.

LIMA, Martônio Mont'Averne. *Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et. al. (Orgs.). *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARCONDES MARTINS, Ricardo. *Temas de Direito Administrativo. Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. Curso de Direito Administrativo Brasileiro. 38. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico. Plano da validade. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

Montesquieu. Do Espírito das Leis (Texto completo). São Paulo: editora Martin Claret. 2003.

PETIAN, Angélica. Temas de Direito Administrativo: Regime jurídico dos processos administrativos ampliativos e restritivos de direito. São Paulo: Malheiros, 2011.

SANCHÍS, Luis Prieto. Teoria del Derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. Os caminhos do ato administrativo. Editora revista dos tribunais, São Paulo, 2011.

SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus interesses privados. desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos". Malheiros: São Paulo. 2012.

VALIM, Rafael, Temas de Direito Administrativo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro.

VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. 2. ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2000.

ZANCANER, Weida. Da Convalidação e da Invalidação dos atos administrativos. 2. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.