

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

Guilherme Luiz Sever Carvalho

**A INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ANTE A TEORIA
DO CONTROLE RESPONSIVO SOBRE A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

DIREITO ADMINISTRATIVO

São Paulo

2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

Guilherme Luiz Sever Carvalho

**A INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ANTE A TEORIA
DO CONTROLE RESPONSIVO SOBRE A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de especialista em **DIREITO ADMINISTRATIVO**, sob a orientação do Professor **Thulio Caminhoto Nassa**.

São Paulo

2017

BANCA EXAMINADORA

Dedico este trabalho aos meus pais, Sylvia Regina Leite Sever e Adelino de Brito Souza Carvalho, por representarem a origem dos meus estudos. Aos meus irmãos, Gabriel e Gustavo Sever Carvalho, pela fraternidade. À minha namorada, Renata Perrella Bonotti, pelo incentivo, companheirismo e paciência.

Ainda, aos amigos Filipe Augusto Lima Hermanson Carvalho e Bruno Machado Miano, pela incansável colaboração. Por fim, ao professor Thulio Caminhoto Nassa, pelo indistinto cuidado dispensado na orientação.

RESUMO

A presente monografia pretende estudar relações existentes entre a invalidação do ato administrativo e a teoria do consequentialismo jurídico, notadamente no que tange aos efeitos decorrentes do controle externo sofrido pela administração. Isso porque, não são raras as vezes em que as consequências advindas de controles externos formalísticos, impulsionados pela tentação de efetivar ao máximo o princípio da juridicidade, acabam por invalidar atos da administração que, conquanto não produzidos exata e precisamente nos termos da lei, mereceriam manutenção, em homenagem a outros vetores também caros ao ordenamento jurídico, como, por exemplo, a segurança jurídica, a eficiência, a economicidade e a boa-fé. Pretende-se, portanto, analisar se haveria razão para que a anulação de atos da administração demandasse ponderação entre os princípios e valores constitucionais eventualmente conflitantes em dado caso concreto.

Palavras-chave: Direito administrativo – administração pública – ato administrativo – controle da administração – consequentialismo jurídico - responsividade

ABSTRACT

This research aims to discuss the relations between the invalidation of the administrative act and the theory of legal consequentialism, especially regarding the external control practiced on the administration. This is because it is not uncommon for the consequences of formalistic external controls, driven by the temptation to make the principle of juridicity to the utmost, invalidate acts of the administration which, although not precisely and precisely produced under the law, would merit maintenance, in honor of other vectors that are also expensive in the legal system. It is therefore intended to analyze whether there is a reason for the annulment of administrative acts to require a balance between the constitutional principles and values that may be conflicting in a given case.

Keywords: administrative law – public administration – administrative act – control administrative – consequentialism

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I - HISTÓRICO DO CONTROLE EXERCIDO SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	10
2.1 – Histórico do controle exercido pelo Poder Legislativo, com enfoque ao uso de CPI. 10	
2.2 – Histórico do controle exercido pelo Tribunal de Contas	11
2.3 - Histórico do controle judicial sobre a Administração Pública	13
CAPÍTULO II – O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: NORMAS, PRINCÍPIOS E REGRAS	16
2.1 – Relação entre as normas jurídicas que conformam o ordenamento jurídico pátrio: os princípios e as regras.....	16
2.2 – As regras	17
2.3 – Os princípios jurídicos como normas jurídicas.....	18
2.4 – As diretrizes	21
CAPÍTULO III - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS	22
3.1 – Princípio da legalidade.....	22
3.2 – Princípio da moralidade administrativa	24
3.3 - Princípio da razoabilidade	26
3.4 - Princípio da eficiência	27
3.5 - Princípio da segurança jurídica.....	28
CAPÍTULO IV - A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS ATOS ADMINISTRATIVOS ..	30
4.1 – Conceito de Administração Pública.....	30
4.2 - A repartição dos poderes e a função administrativa	30
4.2.1 - Tipos de função administrativa	32
4.3 – O interesse público.....	34
4.4 – Teoria do ato administrativo	36
4.4.1 – Conceito de ato administrativo	36
4.4.2 – Elementos (requisitos) do ato administrativo	40
4.4.3 – Atributos do ato administrativo	43
4.5 – Formas de extinção do ato administrativo	45
4.5.1 – Sobre a revogação.....	46
4.5.2 – Sobre a invalidação	49

CAPÍTULO V – DA MULTIPLICIDADE DE CONTROLES EXERCIDOS SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	52
5.1 – Natureza jurídica de controle	52
5.2 - Modalidades	53
5.3 – Controle interno	53
5.4 - Controle externo	55
5.4.1 – Controle parlamentar	55
5.4.2 – Controle exercido pelo Tribunal de Contas	57
5.4.2.1 - Natureza jurídica do Tribunal de Contas ante a Constituição de 1988	57
5.4.2.2 - Competências controladoras do Tribunal de Contas	59
5.4.3 – Controle externo praticado pelo Poder Judiciário.....	61
CAPÍTULO VI – DAS INCONVENIÊNCIAS GERADAS PELO ATUAL CONTEXTO DE CONTROLE QUE VIVENCIA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	63
CAPÍTULO VII – DO CONTROLE RESPONSIVO OU CONSEQUENCIALISTA.....	67
CAPÍTULO VIII - DA INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ANTE AO CONTROLE DE RESULTADOS.....	70
CAPÍTULO IX – PONDERAÇÕES SOBRE UM EXEMPLO HIPOTÉTICO – DAS CONTRATAÇÕES EMERGENCIAIS PREVISTAS NO INCISO IV, DO ARTIGO 24, DA LEI 8666/93.....	75
CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	82

INTRODUÇÃO

É possível notar que, atualmente, o controle exercido sobre a Administração Pública, quer no tocante ao seu interior, quer no que tange ao seu âmbito exterior, vem tomando proporções cada vez maiores e, talvez, destemidas. Sem embargo, ainda que a concreta possibilidade de controle do Poder Público represente uma das facetas mais importantes da democracia, denota-se que o contexto controlador experimentado pelo Executivo, evidencia, por vezes, irresponsividade e, pois, insegurança jurídica aos administrados.

Em verdade, não são raras as vezes em que as consequências advindas de controles externos formalísticos (quicá irresponsáveis), impulsionados pela tentação de efetivar ao máximo o princípio da juridicidade, acabam por invalidar atos da Administração que, conquanto não produzidos exata e precisamente nos termos da lei, mereceriam manutenção, em homenagem a outros vetores também caros ao ordenamento jurídico, como, por exemplo, a segurança jurídica, a eficiência, a economicidade e a boa-fé.

Vislumbra-se, ademais, impasses vivenciados pela administração em relação à multiplicidade de controladores que lhe fiscalizam, notadamente quando, dentre outras hipóteses, competências políticas são sacrificadas em razão da opinião técnica do controlador; atos administrativos válidos são extintos, pela mera discordância de opinião jurídica do controlador; e, assim, administradores deixam de perseguir o interesse público, para enfim, atenderem as orientações dos órgãos de controle.

Deveras, observa-se que tais ocorrências somente aumentam o grau de insegurança jurídica vivenciada tanto pelos administradores como pelos administrados. Isso porque, forçoso reconhecer essa situação pode levar os cidadãos à cegueira, evidentemente por não saberem se os atos que em um determinado momento seguem como legítimos e imperiosos, posteriormente sumirão do mundo jurídico, invalidados por critérios meramente formais ou técnicos. De outra banda, percebe-se, outrossim, que dificilmente agentes políticos engajados conseguem imprimir políticas públicas ativas e eficazes enfrentando controles desfreios e vinculantes¹.

Nesse sentido, partindo-se das premissas de que o controle deve ser responsivo ou que deve ter um viés pragmático ou consequencialista e que, portanto, qualquer órgão ou agente incumbido do controle deve sempre perquirir e avaliar as consequências da medida de controle

¹ Vinculantes, pois, atualmente, o maior medo dos administradores é, sem sombra de dúvidas, tornarem-se réus em ações judiciais pessoais, como, por exemplo, as de improbidade. Pode-se se enxergar, nesse sentido, que, na prática, muitos controladores “ordenam” suas opiniões jurídicas, como se vinculantes fossem, para quem em troca, não haja ajuizamento de ação qualquer.

antes de adotá-la², é que se pretende ventilar pensamentos acerca da relação existente entre a teoria da invalidação dos atos administrativos e as consequências de sua eventual aplicação como se regra fosse (mediante subsunção), sobretudo em atenção a outros vetores constitucionais (eficiência administrativa, economicidade e segurança jurídica).

Para tanto, por primeiro, o presente trabalho abordará o histórico do controle judicial exercido sobre a administração pública.

Em ato posterior, analisar-se-á o sistema normativo brasileiro. Isso porque, considera-se de suma relevância avaliar as normas jurídicas que conformam o ordenamento pátrio, notadamente diferenciando as regras – aplicáveis mediante subsunção – dos princípios – mandados de otimização aplicáveis mediante ponderação.

Em capítulo seguinte, far-se-á a descrição da teoria dos atos administrativo, descrevendo-se o conceito, os requisitos e os atributos, sobretudo para se perquirir as possibilidades de sua extinção do mundo jurídico.

Posteriormente, serão estudadas as formas de controle que são experimentados pela administração pública, a saber o controle interno, como sendo aquele exercido pelos órgãos integrantes do próprio aparelho administrativo; e o controle externo, como sendo a fiscalização exercida por órgãos alheios ao aparelho estatal. O controle externo, para fins pedagógicos, será dividido em (i) controle parlamentar; (ii) exercido pelo Tribunal de Contas; e (iii) controle judicial.

Finalmente, tecidas todas as premissas relevantes ao esclarecimento do tema que se pretende abordar, abordar-se-ão os impasses vivenciados pela administração pública em relação à multiplicidade de controle que lhe rodeia e tecer-se-á as possíveis relações entre o dever (poder) de anulação dos atos ilegais e a possibilidade de sua manutenção ante questões também caras ao texto constitucional, como a responsividade e a segurança jurídica.

² Floriano de Azevedo Marques Neto. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). Nova organização administrativa brasileira. 2 ed., rev, e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 199-238.

CAPÍTULO I

HISTÓRICO DO CONTROLE EXERCIDO SOBRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle exercido sobre o Executivo, como melhor se explanará a seguir, é caracterizado como princípio fundamental da administração pública, bem como elemento intrínseco ao regime democrático e ao Estado de Direito. Com efeito, talvez em razão dessa relevância jurídica, vislumbra-se que o ordenamento jurídico brasileiro impõe que a Administração Pública se renda a múltiplas ações controladoras, a fim de que, em tese, elidisse, com isso, a possibilidade de que os administradores se desviem das finalidades para as quais foram investidos para percorrer.

Classificando essa multiplicidade de controles, tem-se que a administração sofre controles internos e externos. Pelos externos, merecem referências históricas as atuações praticadas pelo Poder Legislativo, pelo Tribunal de Contas e pelo Poder Judiciário. Sobre essas três é que se construirá o esboço acerca do histórico do controle externo realizado sobre o Executivo.

2.1 – Histórico do controle exercido pelo Poder Legislativo, com enfoque ao uso de CPI.

Como se sabe, uma das atribuições típicas atinentes à função legislativa é o seu dever de fiscalizar as ações do Poder Executivo. Para tanto, verifica-se que o Poder Legislativo dispõe de diversos instrumentos jurídicos, sendo que, dentre eles, há a possibilidade de formação de Comissões Parlamentares de Inquéritos, as ditas CPI's. É sobre as CPI's que se desenhará o contexto histórico do controle parlamentar.

A Comissão Parlamentar de Inquérito é o instrumento de que dispõe o Congresso Nacional para obter elementos uteis à atividade parlamentar. Na forma indicada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho³, seguem as seguintes linhas: (a) visam a apurar fatos determinados; (b) por prazo certo; (c) possui poderes análogos aos concedidos ao Judiciário; (d) constitui-se a requerimento de um terço dos membros da Casa; e (e) devem explicitar, ao cabo, suas conclusões, em documento final (art. 58, §3º, da CF).

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional – 38, ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 189.

Com efeito, como elucida Bruno Jorge Fagali⁴, as comissões em voga tiveram sua origem na Inglaterra. A data, entretanto, parece divergir na doutrina: há quem diga que foram instituídas em 1889 para investigar fatos relacionados à guerra contra a Irlanda, ao passo que outros relatam que elas já existiam no ordenamento de 1571.

No Brasil, a despeito de serem utilizadas desde datas anteriores⁵, vislumbra-se que ganharam previsão expressa no ordenamento jurídico com a Carta de 1934⁶, e, ainda assim, por apenas três anos, eis que ato contínuo foi instaurado o Estado Novo e foram esquecidas pela Carta de 1937.

Posteriormente, foram restabelecidas pela Constituição de 1946 e, sob sua égide, foi editada a Lei nº 1.579/1952, que especificou regras referentes a este instrumento. Continuaram previstas na Carta de 67, bem como na Emenda nº 01, de 1969.⁷

2.2 – Histórico do controle exercido pelo Tribunal de Contas

Sem embargo, é de se notar que a existência de um órgão especializado para fiscalizar a Administração Pública e, conseqüentemente, a aplicação do dinheiro público pelas autoridades brasileiras advém de longa data. Como cediço, o Império brasileiro foi bastante marcado pelas influências do contencioso administrativo francês, donde a justiça contenciosa distinguia-se, em termos, da justiça administrativa, também representada pelo Conselho de Estado do Brasil, órgão atinente ao Poder Moderador⁸.

Em 1891, com a sobrevivência da carta republicana daquele ano, em tese, foi consagrado o princípio da unidade de jurisdição, reforçando-se, com isso, a criação dos Tribunais de Contas,

⁴ FAGALI, Bruno Jorge. O controle da administração pública pelas CPI's: breves notas sobre o funcionamento e os poderes dessas comissões. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 145 – 163.

⁵ Manoel Gonçalves Ferreira Filho relata que, segundo Pimenta Bueno, muito embora a Constituição de 1891 não tenha previsto a CPI, o regimento interno do Senado o fez.

⁶ Art. 36: A Câmara dos Deputados criará comissões de inquérito sobre factos determinados, sempre que o requerer a terça parte, pelo menos, de seus membros. Parágrafo único: Aplicam-se a tais inquéritos as normas do processo penal, indicadas no Regimento Interno. (sic)

⁷ FAGALI, Bruno Jorge. O controle da administração pública pelas CPI's: breves notas sobre o funcionamento e os poderes dessas comissões. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 145 – 163.

⁸ Sabe-se que no período Brasil-Império, os poderes eram divididos em Legislativo, Administrativo, Judiciário e Moderador, de sorte que a este último competiam as funções de assessoramento ao Imperador, sobre o caráter imperfeito de modelo jurisdicional administrativo. Sem embargo, importante observar que a expressão 'em termos' acima relacionada se deve ao fato de que, àquela época, os conceitos institucionais brasileiros não eram muito bem definidos como o eram os franceses, de modo que o Conselho de Estado brasileiro, enquanto existente, nunca despontou como modelo de justiça administrativa independente.

órgãos tais que, ainda sem conceituação e competência definidas com exatidão, passaram a substituir a justiça administrativa.

Deveras, como rememora Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o Tribunal de Contas foi criado pelo Governo Provisório, por meio do Decreto nº 966-A, da lavra de Rui Barbosa, que também inspirou a inserção desse órgão de contas no texto constitucional⁹. A redação do artigo 89, da citada Constituição de 1891 era a seguinte:

É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão seus lugares por sentença.

Em 1896, o Decreto nº 392 organizou a Corte de Contas de modo a prevê-la com jurisdição própria. Dessa feita, sob críticas de inconstitucionalidade formuladas por Carlos Maximiliano e Pontes de Miranda, previu referido ato normativo que o Tribunal de Contas teria *“jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência” e que atuando “como Tribunal de Justiça, as suas decisões teriam força de sentença judicial (art. 2, caput)”*¹⁰.

Como prossegue relatando Fernando Couto Garcia, as Constituições de 1937, 1946, 1967 e 1969 ainda mantiveram como atribuições dos órgãos de contas a específica de julgar as contas dos responsáveis pelo dinheiro público, o que podia aparentar que, em tese, os órgãos de contas poderiam emanar jurisdição. Ressalva, todavia, à Carta de 1946 que declarou expressamente o acesso ao Poder judiciário como direito fundamental.

Sucedo que, a partir da vigência do Decreto-lei nº 199/1967, a legislação infraconstitucional federal deixou de atribuir ao Tribunal de Contas, ao menos explicitamente, competências de caráter jurisdicional, de sorte que atualmente, sob a égide da Carta de 1988, tem-se como certa a jurisdição una brasileira e a inafastabilidade do Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República¹¹).

Hoje, conforme se reforçará mais avante, tem-se que o Tribunal de Contas se trata de um órgão autônomo, de natureza jurídica político-administrativa¹², a quem compete, dentre outras

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional – 38, ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 186.

¹⁰ GARCIA, Fernando Couto. Controle Judicial das Decisões dos Tribunais de Contas. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 103-126.

¹¹ Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹² Teoria de Carlos Ayres Britto, que será melhor abordada oportunamente.

ações fiscalizatórias, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, bem como aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei.

2.3 - Histórico do controle judicial sobre a Administração Pública

No que toca ao histórico do controle judicial sobre os atos da Administração Pública, imperioso notar que remonta ao direito francês, mais especificamente às normas que derivaram da queda da monarquia francesa. É que o direito administrativo, como ramo autônomo que disciplina sobretudo as prerrogativas e sujeições incidentes sobre a Administração Pública, originou-se do ensejo das revoluções sociais que pretendiam encerrar o regime estatal absolutista que acompanhou a Idade Média.

Em breve resumo, pode-se dizer que, sobrevivendo a Revolução Francesa de 1789, a França estruturou-se como Estado de Direito, oportunidade em que se planejou sob a ótica dos princípios da legalidade, igualdade, fraternidade e separação dos poderes, conceitos estes de objetivo comum: assegurar a proteção de direitos individuais à sociedade.

Não por acaso, portanto, costuma-se indicar, como o faz Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³, o termo inicial do nascimento do direito administrativo como sendo a Lei de 28 de pluvioso (agosto) do Ano VIII, que teria organizado juridicamente a Administração Pública francesa, em 1800.

Mas, sem embargo, os créditos da construção do regime jurídico administrativo como ramo autônomo do Direito são atribuídos, a extreme de dúvidas, à elaboração jurisprudencial do Conselho de Estado francês. Por essa razão, mesmo não sendo um órgão especificamente atinente ao Poder Judiciário, o histórico aqui abordado fará menção ao Conselho de Estado Francês, órgão tal que, em nossa visão, encabeçou o controle “judicial” do Executivo¹⁴.

O Conselho de Estado da França é o órgão encarregado de dirimir as contendas que envolvem a Administração Pública francesa e seus administrados. Denota-se que sua criação deriva do surgimento da justiça dualista francesa, esta que foi impulsionada pela desconfiança

¹³ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Tratado de Direito Administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 43.

¹⁴ Deveras, em razão da dita desconfiança que os constitucionalistas franceses criaram com o Poder Judiciário, até então chamado de Parlamento, o controle da Administração francesa passou a ser realizado por meio do próprio Poder Executivo, a fim de se evitar interferência de um poder em outro. Por essa razão, o Conselho de Estado da França não integra o Poder Judiciário comum, muito embora decida, com força definitiva, questões administrativas.

que os constituintes franceses pós-revolucionários tinham em relação ao Poder Judiciário comum. Notícia Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵, nesse sentido:

Com efeito, os constituintes pós-revolucionários deram alcance mais amplo à teoria da separação de poderes, entendendo que a solução dos litígios nos quais a Administração Pública é parte não pode ser atribuída ao Poder Judiciário, sob pena de criar-se subordinação de um Poder ao outro. Essa concepção do princípio da separação dos poderes traduzia uma visão política herdada da experiência do Velho Regime: a desconfiança em relação ao Poder Judiciário, pois a sua resistência ao poder real e às reformas que ele pretendia promover foi uma das principais causas do imobilismo que acabou por provocar a Revolução.

Isso porque, consoante relata ainda Di Pietro, “*Na metade do século XIV, foi criada, na França, a Corte de Parlamento, como seção da Corte Real, com competência para julgar definitivamente os pleitos*”. Os parlamentos, que aos poucos foram criados em diversas regiões do território francês, eram os órgãos competentes pela função judicial, muito embora “legislassem” quando seus arestos eram aplicados como se lei fossem, em casos análogos.

Sucedede que, como não poderia ser diferente, o Parlamento passou a criar desavenças com a Coroa, ao passo que, investido em sua função jurisdicional retida, vale dizer, aquela que ao cabo ainda poderia ser revista pelo Governo (quer dizer, pelo rei), começou a resistir ao poder real, sobretudo expedindo-lhe recomendações (*remontrances*¹⁶). Lembra-se, aliás, que no regime absolutista vigente à época, o monarca concentrava todas as competências públicas em si (judicial, administrativa e legislativa).

Foi exatamente por isso que, a partir de sua existência, pela primeira vez o rei Luis XIV proibiu que os Parlamentos tomassem qualquer conhecimento dos assuntos estatais, anulando todas as decisões tomadas no período de 1648 a 1652 (salvo as proferidas em questões entre particulares). Retirou do parlamento, ademais, o direito à *remontrance*¹⁷.

Dessarte, vislumbra-se que este fato (abertura e fechamento do Parlamento) se repetiu outras vezes mais, em reinados posteriores, até que referido caos institucional atingiu seu apogeu, quando as cortes judiciais lograram êxito em impedir grandes reformas tentadas pelos ministros de Luis XV. Daí a dizer que, em verdade, a recusa do Parlamento em implementar as ditas reformas “*provocou a convocação dos Estados Gerais, culminando com a Revolução*

¹⁵ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Tratado de Direito Administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 44.

¹⁶ As *remontrances* utilizadas na antiga monarquia francesa eram recomendações, observações feitas pelo Parlamento ao Estado-rei, cujo cumprimento era, por razões óbvias, não vinculante.

¹⁷ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Tratado de Direito Administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 45.

Francesa de 1789, baseada, em grande parte, na doutrina da separação dos poderes de Montesquieu".¹⁸

Ao cabo, como conclui Celso Antônio Bandeira de Mello, “*havendo receio de que persistisse agindo de tal modo e perturbasse os rumos da Revolução, já em 1790 – ou seja, um ano depois da Revolução -, com a Lei de 16-24 de agosto, foi estabelecido que*”¹⁹:

As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas; os juízes não poderão, sob pena de crime funcional (*forfatuire*) perturbar seja de que maneira for as operações dos corpos administrativos, nem citar perante si os administradores em razão de suas funções (Título III, art. 13).²⁰

Diante desse contexto histórico, pode-se extrair que desde os tempos mais remotos sempre houve impasses com a não aceitação da Administração francesa em ter seus atos submetidos à apreciação dos Parlamentos (órgãos judiciais). Ocorre que, nessa senda, tais celeumas desenharam o princípio da separação dos poderes na França de uma maneira diferente do que vinha sendo projetada até então. Entendeu-se, na prática, que ao Poder Judiciário, por assim dizer, não competiria o controle do Poder Executivo, sob pena de interferência de um poder no outro.

Percebe-se, com isso, que este desenho institucional culminou na forma pela qual o Estado francês organizou seu sistema jurisdicional dualista, notadamente mediante a criação de um modelo pelo qual de um lado está o poder judiciário comum e independente, enquanto, de outro, a justiça administrativa inerente ao próprio Executivo, capitaneada pelo Conselho de Estado.

Esse desenho francês, como já dito, muito inspirou o Brasil Império, onde a justiça contenciosa distinguia-se, em termos, da justiça administrativa, também representada pelo Conselho de Estado do Brasil, órgão atinente ao dito Poder Moderador. Em 1891, como já dito, com a sobrevivência da carta republicana daquele ano foi consagrado o princípio da unidade de jurisdição, reforçando-se, com isso, a inafastabilidade do Poder Judiciário brasileiro e, pois, a possibilidade de controle da Administração Pública pelo Judiciário.

¹⁸ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Tratado de Direito Administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 45.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 40.

²⁰ Esta prescrição se encontra vigente até a presente data.

CAPÍTULO II

O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: NORMAS, PRINCÍPIOS E REGRAS

2.1 – Relação entre as normas jurídicas que conformam o ordenamento jurídico pátrio: os princípios e as regras.

O ordenamento jurídico pátrio consubstancia um sistema de fenômenos sociais, geralmente prescritos, destinados a modular a conduta humana. Referido sistema, em verdade, traduz-se em normas jurídicas, isto é, estruturas do Direito pelas quais são atribuídos valores dignos de proteção pela sociedade, compositores da ordem jurídica.

A norma jurídica, portanto, nas palavras de Marçal Justen Filho “*consiste em um modelo de conduta para sujeitos públicos ou privado, respaldado pelo poder do Estado, cuja observância apresenta graus variáveis de obrigatoriedade*”.²¹

Referido conceito impõe a acertada ideia de que a norma jurídica, enquanto modelo de conduta para sujeitos de qualquer natureza (pública ou privada), configura um padrão de orientação de como se deve agir em determinado caso concreto. Ainda, evidencia a ideia de que aludida orientação, ainda que não produzida formalmente pelo Estado (como o são as leis), tem, em instância final, o respaldo de que, se não cumpridas, o Poder Público poderá garantir sua observação, mediante uso da violência que lhe é constitucionalmente reservada. Por fim, demonstra a percepção de que, sendo orientativa, sua observância poderá abranger graus variáveis de obrigatoriedade; vale dizer, as prescrições poderão incidir em obrigações, vedações ou permissões.

Vislumbra-se, assim, que a norma jurídica obedece um sistema deôntico, donde a padronização das ocorrências obedece a esquemas lógicos, no sentido de que a prescrição consequente é sempre condicionado à ocorrência da prescrição antecedente (é dizer: se há determinada hipótese, há determinada consequência).²² Cuida-se, dessa forma, a norma jurídica, de imperativo autorizante²³, de sorte que o antecedente se relaciona em imediato com o consequente.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, - 10 ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 133.

²² MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 13.

²³ Expressão de Goffredo Telles Jr, em Direito Quântico, citada por Marcondes Martins in: Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

Dessarte, há, hodiernamente, diferentes classificações doutrinárias acerca das espécies de normas jurídicas. Aqui, seguindo-se a classificação aparentemente mais difundida acerca das espécies normativas – tese essa adotada no presente trabalho – notadamente sistematizada por Ronald Dworkin e Robert Alexy²⁴, tem-se que as normas jurídicas serão divididas em regras e princípios, como melhor se explicará abaixo.

2.2 – As regras

Denota-se que as normas jurídicas se configuram como regras quando exibem prescrições pormenorizadas, cujo bojo especifica, em regra, (a) a hipótese de incidência e (b) o conseqüente o mandamento nuclear.

A hipótese de incidência, por primeiro, relata a descrição teórica e genérica de delimitado acontecimento fático, cuja efetivação é escolhida como pressuposto de aplicação do mandamento. É no mandamento, por outro lado, que se determina como os sujeitos dentre os quais a hipótese de incidência pode se subsumir devem agir, isto é, se certa conduta, a certo sujeito, é facultada, vedada ou obrigatória²⁵.

Reportando-se às lições de Bobbio, Marçal Justen Filho relata, ainda, que o mandamento normativo pode consistir em uma sanção negativa ou em uma sanção positiva. Com efeito, a sanção dita como negativa apresenta natureza predominantemente punitiva, formatando-se em restrições de direitos ou interesses impostos ao infrator. Noutra giro, a sanção positiva se apresenta como benefício assegurado ao sujeito que realiza a conduta desejável prevista na norma.

De todo modo, a principal característica atinente às regras, ao menos para ser ressaltada neste trabalho, é que, diante desse contexto, sua aplicação se dá mediante subsunção, é dizer: dado o fato x, conseqüentemente se atingirá o resultado jurídico y. Isso porque, consoante conceitua Robert Alexy²⁶, “regras são normas que exigem um cumprimento pleno, sendo somente cumpridas ou descumpridas; são, nesse sentido, determinações no campo das possibilidades fáticas e jurídicas”.

Caracterizam-se, então, pela concretude, seguindo-se a lógica do tudo ou nada.

²⁴ ²⁴ É o que citam Ricardo Marcondes Martins, *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*, Marçal Justen Filho, em *Curso de Direito Administrativo* e Wallace Paiva Martins Junior, em *Tratado de Direito Administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*; dentre outros autores.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, - 10 ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. P. 133.

²⁶ Robert Alexy apud Ricardo Marcondes Martins in: *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 16.

Daí a dizer que são, pois, estruturas que, quer quando abstratas, quer quando concretas, cuidam-se do resultado sopesado das ponderações realizadas sobre os princípios jurídicos incidentes sobre determinada hipótese fática. Imperioso, nesse sentido, esclarecer a conceituação e o sentido dos princípios jurídicos no ordenamento pátrio.

2.3 – Os princípios jurídicos como normas jurídicas

Os princípios, como normas jurídicas autônomas, consistem em padrões abstratos de condutas, os quais não estabelecem soluções hipotéticas e predeterminadas, ao passo que consagram valores a serem atingidos; impulsionam a otimização dos resultados esperados pelo Direito.

Ocorre que, como se sabe, o conceito que se tem atualmente acerca de princípio como norma jurídica é, em verdade, uma evolução científica, eis que, segundo a melhor doutrina, a conceituação em voga transitou pela teoria geral do direito em, ao menos, três dimensões.

Deveras, pela primeira dimensão, por assim dizer, como narra Ricardo Marcondes Martins, princípios representavam todos os assuntos gerais e fundamentais relacionados ao início do estudo de uma matéria jurídica. Os princípios do direito administrativo, *exempli gratia*, eram as matérias a serem estudadas por quem pretendia iniciar referida matéria²⁷.

Era, como se pode perceber, um conceito sem técnica jurídica, pois expressava o significado semântico da expressão. Tal fase, é certo, encontra-se superada.

Avante, nos termos da segunda fase, impulsionada no Brasil principalmente pelas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello e em alusão ao direito estrangeiro, fixou-se a ideia sistemáticas, técnica – e clássica - de que:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.²⁸

Visivelmente, contemplou-se princípio como a viga mestra do ordenamento jurídico, fenômeno ordenador de interpretação das normas jurídicas, um enunciado lógico, mas não ainda como norma jurídica propriamente dita. Passou-se a pensar princípio com significado técnico,

²⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 21.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 54.

vale dizer, como o elemento mais importante do sistema jurídico, sem o qual o ordenamento perderia unidade e coesão.

Eis, pois, o motivo da célebre assertiva, ainda de Bandeira de Mello, *in verbis*:

Eis porque violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.²⁹

Concebe-se, nesse diapasão, que, até então, além de os princípios serem vistos como o próprio sistema de comandos (e não como uma das partes do sistema), eram, ademais, mensurados, de modo que poderiam haver valores do mais alto ou baixo escalão.

Inobstante, na atual e terceira fase é que atribuem-se aos princípios jurídicos significado diferenciado, dissociado do que se pensava até então. Os juristas ocidentais, impulsionados pelos pensamentos de Ronald Dworkin, passaram a entender que a aplicação dos princípios teria cabida quando a pura e simples aplicação das regras pudesse provocar injustiças. Nessa senda, Wallace Paiva Martins Junior relembra transcrições de Josef Esser, “*ao tratar da incidência de princípios gerais do direito quando a letra da lei fosse insuficiente ou como ponto de partida para uma nova avaliação*”.³⁰

Passou-se, nesse aspecto, a denominar como princípio jurídico a norma que positiva um valor, determina que esse valor seja concretizado na maior medida possível e, assim, estabelece um fim a ser atingido, sem fixar um meio. Nota-se, pois, que princípio passou a compreender, também, espécie de norma jurídica, que, diferentemente da regra, conceituou-se como mandado de otimização realizável de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas incidentes *in casu* – como disseram, reitera-se, Ronald Dworkin e Robert Alexy³¹, *verbi gratia*.

Faz-se, aqui, um adendo: na opinião de Ricardo Marcondes Martins, a terceira dimensão de princípio aqui descrita não resultou na superação da segunda. Ambas se somaram. O conceito de princípio, nesse caso, passou a abranger o mandamento nuclear de um sistema, bem como o mandado de otimização de resultados. Para o referido autor, “*índice em lamentável equívoco*

²⁹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 54.

³⁰ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo. Wallace Paiva Martins Junior, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 245.

³¹Robert Alexy, sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica *apud* Ricardo Marcondes Martins. Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 16.

quem considera que a segunda fase foi superada. Abdicar do segundo conceito de princípio seria abdicar da estrutura sistêmica do Direito e, pois, condenar à morte a Ciência Jurídica”³².

Nenhuma situação concreta estaria, por isso, subordinada a um único princípio, de modo que a pluralidade de valores a serem atingidos acarretaria interferência de um em outro. Não se restringe ao princípio, então, a fixação de limites, uma vez que sua aplicação impõe a melhor solução possível em determinado caso concreto. Sua incidência, em verdade, impositiva ponderação, sopesamento.

Sem embargo, a ponderação (ou sopesamento), como assevera George Marmelstein³³, *“é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram adequadas”*.

Cuida-se, em verdade, do dever de explicitar todos os motivos relevantes e fundamentais que amparam a escolha de um princípio em detrimento de outro, revelando-se, outrossim, o peso de cada um deles, bem como a medida de concretização exigida pela ordem jurídica. Importa, por consequência, em reconhecer que a necessidade de sopesamento resulta no reconhecimento da existência de hierarquia axiológica entre os valores constitucionais.

É que, de fato, apesar de não existir, do ponto de vista jurídico, hierarquia entre os direitos individuais constitucionais, parece ser clara, ao menos na prática, a existência de diferentes níveis de importância dos direitos previstos constitucionalmente. Evidentemente, alguns direitos “valem” mais do que outros, sobretudo diante de conflitos que podem surgir em casos concretos, podendo, nesse aspecto, falar-se em hierarquia axiológica entre as normas constitucionais, incluindo-se, obviamente, os direitos fundamentais. Ninguém diria, por exemplo, que o direito de liberdade de religião autorizaria a prática de atos de sacrifício de vidas humanas. Em situação assim, certamente o direito à vida seria considerado mais importante do que o direito à crença³⁴.

Assim, portanto, configuram-se os princípios jurídicos – vale dizer, mandamento de otimização de resultados aplicados mediante ponderação - pensamentos tais que, em nossa opinião, modulam a aplicação praticamente todos os atos administrativos, bem como a implementação das políticas públicas.

³² MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 27.

³³ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4, ed. - São Paulo: Atlas, 2013, p. 378.

³⁴ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4, ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

2.4 – As diretrizes

Há, ainda, autores – como é o caso de Marçal Justen Filho, que definem uma terceira espécie de norma jurídica: as diretrizes. A diretriz, em suas palavras;

Consagra a eleição de fins a serem atingidos e a escolha de soluções para questões práticas pertinentes ao tema. Basicamente, a diretriz elege as políticas a serem adotadas a propósito de certa atividade (estatal ou privada). É o vínculo para a implementação de políticas públicas.³⁵

Diferenciando-se das regras e dos princípios, as diretrizes fixam uma finalidade a ser atingida, independentemente de prescrever uma imediata conduta humana. Cita-se, a título de exemplo, o artigo 3º, da Constituição Federal, o qual fixa os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil³⁶.

Sucedem que, lembrando as sempre bem-vindas consignações de Genaro Carrió³⁷, no sentido de que as classificações não são verdadeiras ou falsas, mas úteis ou inúteis, as diretrizes serão, por ora, retiradas do foco deste trabalho, por razões de utilidade.

³⁵ Políticas públicas, nas palavras de Maria Paula Dallari Bucci *são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*” - In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

³⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional, III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.14.

CAPÍTULO III

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

A Constituição Federal de 1988, seguindo a sorte do sistema jurídico pátrio, apresenta-se ora com roupagem de regra, ora com roupagem de princípio, isto é, há preceitos que criam normas aplicáveis mediante subsunção, enquanto há valores em seu bojo que funcionam como mandamentos de otimização de resultados.

Deveras, no que se refere aos preceitos voltados ao modo de agir da Administração Pública, denota-se que a Constituição da República preferiu, em vezes, se valer de princípios para tanto. Basta analisar que, ao se falar em direito administrativo, o dispositivo constitucional mais referido para tanto, é o *caput*, do artigo 37, segundo o qual, a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Os constitucionalistas brasileiros, ao cuidarem da aplicabilidade das normas constitucionais, relatam não ser essencial tal distinção, como o faz Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁸. Anotam, entretanto, que embora os princípios constitucionais não sejam aplicáveis por si mesmo, diante da indefinição relativa à sua hipótese de incidência e pela pluralidade de soluções que ensejam suas prescrições, pode a Carta da República considerá-los autoexecutáveis. Seria, para ele, o caso do já citado artigo 37, *caput*, da Carta Maior.³⁹

Acresce que, a despeito da discussão acerca da aplicabilidade dos princípios constitucionais de forma autoexecutável - o que defende-se aqui ser corolário à efetividade do Texto Maior - importa para este escrito, sobretudo o conceito dos relevantes princípios administrativos, ao passo que a conclusão deste feito depende do eventual ponderação sobre eles, quando incidentes sobre determinada situação fática, concomitantemente.

3.1 – Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo⁴⁰. Cuida-se de norma

³⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional, 38 ed., ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 419.

³⁹ Repita-se, porque importante: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 102.

jurídica que qualifica um Estado como Estado de Direito, ao passo que é, em suma, a consagração de que o poder administrador somente adotará medidas conforme comandos dispostos pela vontade geral, vale dizer, pelos desideratos do povo. Ora, lembra-se que, no Brasil, dispõe o artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

O princípio da legalidade foi impulsionado para a finalidade de sobrepor a vontade da população sobre os egoístas desejos dos antigos governantes monarcas e unitários. É, dessarte, uma norma jurídica personificada no Poder Legislativo. Daí a dizer que o princípio da legalidade retrata a clássica ideia de *rule of law, not of man*.

Assim, pode-se dizer que a legalidade retrata a ideia de que a administração pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é a atividade infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei. Aqui, lembra-se que as normas vigentes no ordenamento jurídico, porque sistemáticas, seguem escalas de competências. Dessa forma, tem-se que as normas de hierarquia inferior são válidas apenas se estiverem de acordo com as que lhes são superiores. Constitui o ordenamento, segundo clássica lição de Hans Kelsen⁴¹, uma escala normativa presidida pela Constituição Federal, seguida pelas leis (artigo 59 da Carta Maior) e, posteriormente, pelos atos regulamentares e normativos.

Nesse sentido, o princípio da legalidade impõe aos administradores da *res publica* – desde o chefe do mais alto escalão até o servidor público da menor repartição existente - a estrita e imediata submissão à lei. Impraticável, perante esse vetor constitucional, qualquer ato que não seja expressamente previsto em ato normativo originado do Poder Legislativo.

Nesse diapasão, a clássica lição de Bandeira de Mello, para quem:

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.

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. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o em conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis.

Com efeito, a despeito de se tratar de um desdobramento imediato do princípio republicano, como sugere Geraldo Ataliba⁴², o princípio da legalidade é constitucionalmente

⁴¹ Citação de 1934.

⁴² ATALIBA, Geraldo. A República e a Constituição. 2ª Ed., 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

previsto nos artigos 5º, inciso II⁴³, e 37, *caput*. Observa-se, desse modo, que a própria Constituição assegura que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; ou seja, a função do ato administrativo somente pode ser a de conceder concretude ao mandamento legal, nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer intervenção a direitos de terceiros.

Não por outra razão, aliás, é que de acordo com o artigo 84, inciso VI, da Lei Maior, compete ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução. Isto é: com espeque no desenho constitucional construído para o conceito de legalidade, não cabe à administração expedir atos normativos gerais e abstratos para inovar no ordenamento jurídico – o que o direito alienígena chamaria de decretos autônomos ou delegados – de modo que lhe cabe tão-só a expedição de decretos regulamentadores.

Por fim, oportuna a ressalta feita por Bandeira de Mello, no sentido de que a integral vigência do princípio da legalidade pode sofrer transitória constrição perante circunstâncias excepcionais mencionadas expressamente na Constituição, notadamente quando invocadas as medidas provisórias, o estado de sítio ou o estado de defesa⁴⁴.

3.2 – Princípio da moralidade administrativa

O princípio da moralidade administrativa, conquanto pareça óbvio, tem sua conceituação bastante discutida dentre os administrativistas. A moral, como se sabe, cuida-se de expressão derivada do latim “*morales*”, cujo significado seria relativo aos costumes. É o sentimento comum que, segundo Alexandre Mazza, “*exige respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade incorporados pela prática diária ao conceito de boa administração*”⁴⁵. Em outras palavras, conceitua-se pelo conjunto de regras, valores, normas e de noções aceitáveis para a sociedade de uma determinada época.

A moral se diferencia do Direito, uma vez que este é positivo e coercivo, ou seja, formado por normas jurídicas obrigatórias, que estabelecem sanção ao seu descumprimento. Já, os atos considerados moralmente corretos, em tese, não estariam sujeitos à coercibilidade inerente ao Direito.

⁴³ Art. 5º (...) II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.109.

⁴⁵ MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 5 ed., - São Paulo: Saraiva, 2014, p. 93.

É exatamente nesse sentido que reside a discussão doutrinária acerca da moralidade enquanto princípio administrativo. É que, formulando-se como ponto comum entre os autores publicistas, tem-se que de acordo com o princípio da moralidade administrativa, a administração e seus agentes devem atuar na conformidade de valores éticos. Violá-los implicaria violação ao próprio Direito. Compreende-se em seu âmbito, como seria evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, pelos quais a administração há de proceder em relação aos administrados com segundo padrões éticos de probidade, decoro, boa-fé (artigo 2º, inciso IV, da Lei Federal nº 9.784, de 1999).

Ocorre que, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁶, que faz referências às lições de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, por exemplo, mesmo as atitudes ofensivas à moral comum implicariam afronta à moralidade administrativa. Em suma, a moralidade administrativa representaria o sentimento também comum ao homem médio, insurgindo basicamente com a mesma definição obtida na moral filosófica.

Noutro giro, Márcio Cammarosano – em posição que ora se concorda - sustenta que o *“princípio da moralidade não é uma remissão à moral comum, mas está reportado aos valores morais albergados nas normas jurídicas”*⁴⁷. É de se entender, assim, que o princípio da moralidade não está referido à diretamente à ordem moral, mas há outros princípios e normas que juridicizam preceitos morais.⁴⁸

É exatamente por isso que, na visão do citado professor, a moralidade administrativa não agrega, por si só, denso valor ao direito, razão pela qual qualquer norma moral, quando violada, não acarretaria a invalidade de nenhum ato administrativo. A ofensa à moralidade, enquanto princípio jurídico, para acarretar a anulação de atos da administração, demandaria, também, a afronta a outro valor moral juridicizado. Em suas palavras:

Portanto, violar a moralidade administrativa é violar o Direito. É questão de legalidade. A violação de preceito moral, não juridicizado, não implica a invalidade do ato. A só ofensa a preceito que consagra, explícita ou implicitamente, valores morais, implica a invalidade do ato, mas não a imoralidade administrativa.

Todavia, deve ressaltar, contudo, que o princípio focado, não se confunde com o princípio da legalidade, visto que o ato administrativo, ainda que previsto em lei, pode afrontar os parâmetros éticos juridicizados, e, portanto, ser declarado nulo. ilegal. Trata-se, pois, de um

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 79.

⁴⁷ CAMMAROSANO, Marcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. O princípio da moralidade administrativa e valores juridicizados.

⁴⁸ CAMMAROSANO, Marcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. O princípio da moralidade administrativa e valores juridicizados.

vetor que não pode ser reduzido a simples integrante da legalidade, como elucida Wallace Paiva Martins Junior⁴⁹. Significa, como arremata Bandeira de Mello, “*um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria*”⁵⁰.

Também previsto expressamente no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, o princípio em voga tem sua defesa assegurada, ainda, no 5º, inciso LXXIII, do Texto Maior, dispositivo tal que legitima o cidadão à propositura de ação popular, para, dentre outros motivos, tutelar a moralidade administrativa.⁵¹

3.3 - Princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade explicita que a administração pública deve atuar, a despeito de todas as formalidades legais, também em obediência a critérios aceitáveis do ponto de vista da pertinência. Pretende-se esclarecer que não serão apenas inconvenientes, mas também inválidas, hipóteses incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.⁵²

Nesse sentido, consoante anota Bandeira de Mello, reconhece-se que o princípio da razoabilidade, embora não citado de forma expressa no texto constitucional, se fundamenta nos mesmos preceitos que asseguram os princípios da legalidade (arts. 5º, inciso II; 37, *caput*; e 84, inciso IV) e da finalidade (art. 5º, inciso LXIX).

Por essa razão, não haveria cabida, portanto, dizer que o controle judicial exercido com base na avaliação da razoabilidade de determinado ato administrativo incorreria sobre o seu mérito, e, pois, sobre razões de conveniência e oportunidade. Deveras: a liberdade somente é válida quando dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Sem embargo, o fato de não se pode saber qual seria a decisão ideal, cuja apreciação compete à esfera administrativa, não significa, entretanto, que não se possa reconhecer quando dada providência, seguramente, não é sequer comportada na lei. Sobre isso, arremata-se: a

⁴⁹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo. Wallace Paiva Martins Junior, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 349.

⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 123.

⁵¹ Art. 5º. (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 111.

interpretação do direito evidencia, em vezes, zonas de certeza negativa e positiva. Nesse sentido, o fato de não se saber se uma coisa está na zona de certeza positiva não significa que não se possa saber que, sem dúvidas, está na zona de certeza negativa.

3.4 - Princípio da eficiência

O princípio da eficiência foi introduzido ao *caput*, do já citado artigo 37, da Carta Maior, pela Emenda Constitucional nº 19/98 e, posteriormente, também recebeu referência no artigo 2º, *caput*, da Lei Federal 9.784/1999, que regula o processo administrativo federal.

Entende-se por eficiência o mandamento de otimização que ordena a boa administração, vale dizer, aquela em que todas as atividades são desempenhadas com o objetivo de projetar o maior número possível de efeitos positivos ao interesse público, sobrepesando o custo-benefício. Nesses termos, é considerado eficiente, *verbi gratia*, o ato administrativo competente, legal, moral e que não acarreta dano ao erário.

Alexandre de Moraes salienta que o princípio da eficiência é constituído por características básicas como o direcionamento da atividade pública à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade.⁵³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, indica que a eficiência, em verdade, apresenta dois aspectos. O primeiro representa o indicativo de que a atuação do agente público deve se pautar no melhor desempenho possível de suas atribuições, notadamente em vista de melhores resultados. No mais, o segundo indica que a eficiência representa o modo de organizar e estruturar a Administração Pública, também diante do objetivo de se alcançar melhores resultados na prestação dos serviços públicos⁵⁴.

A despeito de ser um vetor constitucional atualmente reconhecido pela maioria dos administrativistas, bem como por todos os Tribunais Superiores, sempre salutar ressaltar as advertências formuladas por Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que referida Emenda Constitucional que culminou a criação do princípio da eficiência seria, deveras, imprópria, ao passo que “*jámais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência*”⁵⁵. Para referido autor, o princípio da

⁵³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo, São Paulo: Editora Atlas – 2013.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 84.

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 125.

eficiência não passaria de uma faceta de um princípio maior, há muito tempo tratado no direito italiano como princípio da boa administração.

De todo modo, pode-se considerar a eficiência como um vetor constitucional que se agrega aos demais princípios constitucionais administrativos, o qual, embora seja caro ao texto constitucional, não tem o condão de se sobrepor a nenhum deles, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao Estado Democrático de Direito.⁵⁶

3.5 - Princípio da segurança jurídica

O direito, como se sabe, corresponde a um quadro normativo disposto a ensejar uma margem de estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida em sociedade, eis que se presta precisamente para que a população saiba, de antemão, sobre quais hipótese pode incidir e, no mais, quais as posteriores consequências de seus atos. Ainda que se mencione que o direito está em constante mutação sempre há uma mínima zona de certeza pela qual a sociedade tem ciência de que pode agir. É essa previsibilidade que norteia a vida humana.

O princípio da segurança jurídica, no âmbito da administração pública, consagra o entendimento de que orientações firmadas pela administração em dada matéria não podem, sem prévia e pública notícia, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar ou agravar a situação dos administrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia.

Daí porque Bandeira de Mello classifica a segurança jurídica como se não é o mais importante dentre todos os princípios gerais do Direito. É que, como ressalta “*coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a segurança em si mesma, a da certeza possível em relação a que cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano*”.⁵⁷

Constitucionalmente, é interpretado pela redação constante do artigo 5º, inciso XXXVI, segundo o qual a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. No plano infralegal, observa-se que sua previsão consta do artigo 2º, *caput*, da já citada Lei

⁵⁶ Considerações importantes feitas por Zanella Di Pietro, as quais, muito embora possam se colidir com a própria conceituação de princípio lograda neste trabalho, parece de importante reprodução.

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 128.

Federal nº 9.784/1999⁵⁸, ao passo que sua conceituação pode ser extraída do inciso XIII, do parágrafo único, do mesmo dispositivo legal⁵⁹.

Por oportuno, anota-se que, em nosso entender, o princípio da segurança jurídica tem desdobramentos importantes para o direito administrativo, eis que cria subprincípios, por assim dizer, de suma relevância às controvérsias jurídicas atuais. É o caso, por exemplo, do princípio da proteção à confiança jurídica.

Com efeito, como ressalta Zanella Di Pietro, a proteção à confiança legítima tem origem no direito alemão, com acórdão proferido pelo Tribunal Administrativo Federal, em 1987, ao qual se sucederam outros, até ser prevista na Lei de Processo Administrativo Alemã, em 1976. No Brasil, verifica-se que inexistente fundamento legal que ampare o princípio em comento, embora muitos tribunais estejam se valendo deste preceito para aplicar o Direito.

Sem embargo, defende-se que, pela proteção à confiança legítima, que haveria atos que, conquanto ilegais, deveriam ser mantidos no ordenamento jurídico, por razões de proteção, boa-fé, enfim, razões outras que, *in casu*, se sobressairiam à legalidade. Referido princípio presume que, como os atos administrativos são dotados de presunção de legitimidade (como se verá a seguir), são todos confiados pelos cidadãos. Assim, eventualmente ilegalidade não poderia prejudica-los, quando evidenciada boa-fé.

⁵⁸ Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁵⁹ Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

CAPÍTULO IV

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS ATOS ADMINISTRATIVOS

4.1 – *Conceito de Administração Pública*

O conceito de Administração Pública representa, em síntese, dois sentidos comumente utilizados pelos administrativistas, os quais, segundo lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶⁰, traduzem-se em sentidos subjetivo (formal ou orgânico) e objetivo (material ou funcional). Pelo sentido subjetivo, entende-se que a expressão indica os entes que exercem a função administrativa, vale dizer, as pessoas jurídicas que representam a administração e a implementação do interesse público. Por outro lado, tem-se que a seara objetiva designa a função administrativa propriamente dita.

Cumpra, portanto, identificar a função administrativa e o interesse público.

4.2 - *A repartição dos poderes e a função administrativa*

Atualmente, ressalvadas raras exceções, denota-se que a maioria dos países ocidentais⁶¹ adota sistemas jurídicos que dividem as funções públicas em três, a saber, as funções legislativa, jurisdicional e executiva (administrativa); tripartição esta creditada a *Montesquieu*, mas que, no entanto, consoante anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶², remonta às obras de Aristóteles e Locke.

No Brasil, não é diferente. Com efeito, fazendo valer o artigo 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, reza o artigo 2º, da Constituição Federal de 1988, que “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”. Essa construção política brasileira representa três blocos de competências públicas pelos quais o Estado concentra seus poderes, de forma que suas nomenclaturas não configuram peremptórias atribuições desempenhadas por cada um; consubstanciam, em verdade, o chamado sistema de freios e contrapesos, pelo qual se acredita ser garantir equilíbrio ao sistema constitucional.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 50.

⁶¹ Há autores, como é o caso de Hans Kelsen, que entendem que, em verdade, as funções públicas são apenas duas. A função de criar normas abstratas e gerais, bem como a função de executá-las.

⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 36.

Dessarte, partindo-se de premissas preponderantes, defende-se que a função legislativa, tipicamente, é a competência pública atribuída ao Estado, por meio da qual lhe é permitido inovar na ordem jurídica, de forma abstrata e geral. É a função pela qual o Estado dispõe regras a que todos devem observância. Poder que, de forma genérica, estabelece a lei.

Por função jurisdicional, entende-se aquela que tem por competência a resolução de conflitos, com força definitiva, isto é, efetivando a coisa julgada. Há quem diga que seja o poder ao qual é incumbida a função de fazer justiça⁶³. Sabe-se, em verdade, que chega a ser difícil diferenciar as funções judicial e executiva, ao passo que ambas são submissas à lei, muito embora se aparente que o nível de interpretação do Direito conferido ao Judiciário seja, de fato, mais amplo. Entretanto, percebe-se que a diferença precípua entre os dois referidos poderes está no sentido de que a aplicação da lei, por meio da função judicial, se dá de forma contenciosa, vale dizer, com a garantia de imutabilidade, após amplo diálogo⁶⁴, constitucionalmente indicado como devido processo legal (art. 5º, inciso LIV).

Deveras, o que importa aqui é conceituação da função administrativa. Muito autores, no ensejo de conceituar a função administrativa de forma simples, passaram a adotar teorias que lhe dessem valor residual, vale dizer, que referida função seria a competência estatal que restasse, ao se excluírem as atribuições reservadas ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário.

Ocorre que, como se sabe, a função administrativa tem características próprias, adquiridas pelo desenho institucional brasileiro que foi construído ao longo do tempo. Com efeito, adotando-se a síntese de Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁵, função administrativa é aquela exercida pelo Estado, sob regime de hierarquia, donde somente se pode atuar mediante obediência à lei, de sorte que seus atos são passíveis de controle judicial. É, em outras palavras, o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a persecução do interesse público, por intermédio de atos jurídicos destituídos de caráter definitivo, em caráter infralegal, como sugere Marçal Justen Filho.⁶⁶

Vislumbra-se, nesse diapasão, que a função administrativa se presta evidentemente à satisfação do interesse da sociedade, à garantia dos direitos individuais, sempre submetida ao

⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel. Curso de direito constitucional, 38 ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 272.

⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel. Curso de direito constitucional, 38 ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 273.

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 36.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, - 10 ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 122.

seu regime caracterizado pela infralegalidade⁶⁷. Quer-se dizer com isso, portanto, que apesar de a função administrativa ser revestida de poder regulamentador, como se verá mais abaixo, não lhe cabe, por isso, introduzir normas primárias no ordenamento jurídico; normas inovadoras. Sua regulamentação se dá sempre em caráter complementar.

4.2.1 - Tipos de função administrativa

A função administrativa, conquanto una, pode ser doutrinária e pedagogicamente dividida, diante da complexidade de competências que lhe conformam. Consubstanciaríamos, como conceitua Justen Filho, as funções ordenadoras, regulatória, de fomento, prestacional e de controle.

Antes de adentrar a essa análise, convém uma ponderação. A grande maioria dos administrativistas – como é o caso de Marçal Justen Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dentre outros – asseveram que a função administrativa diverge da função política (ou de governo). Para referidos autores, os atos políticos, por assim dizer, seriam atribuições que não se afeioariam a nenhuma das três competências públicas aqui descritas, uma vez que cuidariam de atos de “*superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente políticas*”⁶⁸. No entanto, sobre isso, importante ressalva faz Celso Antônio Bandeira de Mello, em alusão às lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, quando diz que, no Brasil, não se pode admitir que a função política seja infensa ao controle jurisdicional, como ocorre na maioria dos países europeus, ao passo que tal entendimento configuraria *resquício do absolutismo monárquico*⁶⁹.

Pois bem. De volta à divisão formulada por Marçal Justen Filho a respeito das diversas facetas apresentadas pela função administrativa, tem-se que a função conformadora significa o conjunto de poderes resguardados ao Estado para editar regras capazes de conformar a atuação do particular em benefício do interesse coletivo. Seria em homenagem ao poder conformador que a Administração Pública ostentaria poder polícia, a saber, competência pela qual pode limitar propriedade e a liberdade das pessoas, com vistas à harmonizar o interesse público.

⁶⁷ Terminologia utilizada por Marçal Justen Filho in: Curso de direito administrativo, - 10 ed. rev., atual., e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 123.

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 37.

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 37.

Caberia, ainda, à função administrativa a atribuição regulatória. Por essa faceta, o poder exercente da função administrativa manteria competência para regular a atividade empresarial, valendo-se de medidas jurídicas proibitivas, permissivas ou de fomento. A função administrativa regulatória, como consigna Justen Filho⁷⁰, “*costuma ser atribuída a entidades administrativas dotadas de autonomia reforçada, tal como as agências reguladoras independentes*”.⁷¹

Inobstante, observa-se, ainda, a função administrativa pode abranger a atividade de fomento, donde lhe cabe desenvolver políticas públicas⁷² capazes de orientar o uso de recursos privados, bem como incentivar o desenvolvimento de atividades voltadas à iniciativa privada. Com efeito, vislumbra-se que a atividade de fomento é constitucionalmente prevista (artigo 174, da Constituição Federal de 1988⁷³).

Avante, tem-se que a função administrativa é prestacional quando composta de poderes para impulsionar a satisfação dos desideratos da sociedade, mediante a prestação de atividades de oferecimento de utilidade ou comodidade materiais direcionadas à população, de modo geral, ainda que fruível individualmente⁷⁴. A previsão constitucional aqui a ser destacada é o artigo 175, segundo a qual a prestação de serviços públicos compete ao Estado.

Finalmente, por função administrativa de controle se entenderiam os atos competentes para corrigir e controlar a atuação dos próprios entes estatais. A função controladora é aquela voltada ao controle interno das atividades administrativas, descartando-se, aqui, as atuações de controle externo, como desempenham, *verbi gratia*, o Tribunal de Contas, o Ministério Público e o Poder Judiciário.

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, - 10 ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 127.

⁷¹ Agências reguladoras, como ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de direito administrativo, p. 174), “*são autarquias sob regime especial, ultimamente criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades*”. Alerta-se que seu poder regulador é deveras contido. Isso porque, sendo integrante ao poder executivo, não teria competência, como já se disse, para inovar no ordenamento jurídico. Nessa esteira, teriam tais autarquias, competência para editar atos que digam sobre aspectos eminentemente técnicos, estes sim que poderiam, na forma da lei, provir de providências subalternas.

⁷² Sobre políticas públicas, conferir nota de rodapé nº 35.

⁷³ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

⁷⁴ Clássico conceito de serviço público, da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello (p. 687).

4.3 – O interesse público

Sem embargo, não há no ordenamento jurídico pátrio a definição prévia e precisa de interesse público, ainda que o direito público – e máxime o direito administrativo – preste-se exclusivamente a persegui-lo.

De forma básica, pensa-se em interesse público para justificar a existência de uma categoria de interesse que, em tese e certos momentos, se contraporá aos interesses particulares, estes considerados egoísticos, enquanto pessoais. Pensa-se, portanto, que interesse público seria o desiderato do público, isto é, do todo, da sociedade, o que não se confundiria com o somatório dos interesses particulares, emanados pelos diferentes integrantes do todo.⁷⁵ Tais pensamentos não se demonstram veementemente equivocados. Entretanto, mister se faz analisar, de forma densificada, a conceituação de interesse público, eis que repita-se porquanto importante: o direito público se presta a perquiri-lo.

Sem embargo, é evidente que o interesse público não se colide com os interesses de cada membro da sociedade, sequer poderia, aliás. Na verdade, pode-se mencionar que o interesse público, *“nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais”*, como professa Celso Antônio Bandeira de Mello, isto é, nada mais é do que uma faceta dos interesses individuais, notadamente aquela que surge quando os membros da sociedade se reúnem em corpo social.

Daí porque, arremata: o interesse público deve ser conceituado como interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem⁷⁶.

Com entendimento semelhante, Alice Gonzales Braga⁷⁷ designa o interesse público como o somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa valor ou utilidade, que cada integrante da sociedade pretenda manter em sua esfera de

⁷⁵ Sobre isso, insta deixar anotada o preciso ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de direito administrativo, 2012, p. 60), segundo quem: *“Em rigor, o necessário é aclarar-se o que está contido na afirmação de que interesse público é o interesse de todo, do próprio corpo social, para precatar-se contra o erro de atribuir-lhe o status de algo que existe por si mesmo, dotado de consistência autônoma, ou seja, como realidade independente e estranha a qualquer interesse das partes. O indispensável, em suma, é prevenir-se contra o erro de, consciente ou inconscientemente, promover uma separação absoluta entre ambos, ao invés de acentuar, como se deveria, que o interesse público, ou seja, o interesse de todo, é “função” qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação”*.

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 62.

⁷⁷ BORGES, Alice Gonzales. Revista de Diálogo Jurídico, n. 15, março de 2007, Salvador, Bahia, Brasil. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução? Disponível em: <http://files.direitoeticaedignidade.webnode.com.br/200000234e1c33e2bd7/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20-%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf>. Visualizado em 06-09-2017.

valores e que passa a ser público quando dele participa um tal número de pessoas que passa a ser identificado como um querer valorativo predominante da sociedade.

Percebe-se que, em verdade, tais conceituações visam à direcionar a interpretação do agente investido no poder de dizer o que é ou não interesse público. É que, como se sabe, a função administrativa, ainda que exercida de forma infralegal, é a competente para entregar a administração da sociedade a uma pessoa escolhida para representá-la, a saber, o Chefe do Poder Executivo. A este, portanto, incumbe decidir se determinada escolha é ou não de interesse público. Essa escolha, consoante se defende aqui, consiste na oportunidade concedida ao agente competente para ponderar os valores constitucionais incidentes em casos concretos e, nesse aspecto, sopesando-os, dizê-los a densidade.

Por isso que, na prática, interesse público consiste, “(...) *na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao interprete cabe preservar ou promover*”, como aduz Luis Roberto Barroso⁷⁸. Em outras palavras: é o que decide o administrador, desde que respeitado o ordenamento jurídico.

Renato Alessi⁷⁹, incentivando a grande maioria dos publicistas brasileiros, tece, com clareza, diferenciações eventualmente existentes entre interesse público primário e secundário. Isso porque, o Estado, além de se investir em prerrogativas públicas com o fito de perquirir, como se disse acima, interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa valor, configura, como são os particulares, uma pessoa jurídica. Assim, independentemente do fato de ser encarregado de interpretação o interesse do todo, o Estado tem, como qualquer outra pessoa, interesses que lhes sejam individuais e instrumentalizam o manejo de sua consecução.

Dessa feita, indica-se como interesse público primário o resultado da soma dos interesses individuais enquanto partícipes de uma sociedade, é dizer, o interesse público propriamente dito. Por outro lado, há interesse público secundário quando os anseios do Estado, enquanto como pessoa jurídica, são sopesados. São os interesses privados do Estado. Contudo, não se pode deslembrar, aqui, das lições de Alessi, quem esclarece que os interesses secundários do Estado “*só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários*”.⁸⁰

⁷⁸ O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. Interesses públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público, prefácio, p. XVI.

⁷⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello anota em seu curso que referidos ensinamentos de Alessi são norteados pelas lições dos autores Carnelutti e Picardi.

⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 67.

Para ilustrar essa situação, quer Alessi, quer Bandeira de Mello, valem-se de exemplos patrimoniais. É que, saltam aos olhos os casos em que os órgãos públicos brasileiros relutam até a última instância – administrativa ou judiciária – para indenizar um munícipe lesado financeiramente por ato danoso praticado por agente público. O Estado, enquanto pessoa jurídica, pretenderia, nessa hipótese, indenizar o mais tarde possível e pelo menor valor possível, o que seria justificável em razão do dito interesse público secundário. É o que de fato ocorre hoje em dia no Brasil.

Todavia, ressaltam referidos autores que eventos tais não se coadunam com o conceito de interesse público, eis que “*não respondem à razão última de existir própria das pessoas governamentais em geral*”⁸¹. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, seriam evidentes razões de interesse público o Estado indenizar os particulares que tenham experimentado danos patrimoniais; assim como o expropriado receber a justa e prévia indenização que lhe é garantida constitucionalmente.⁸²

Ora, por razões óbvias, é possível dizer que o interesse público, deveras, é um só. Ora, o interesse público secundário não sobrevive sem fundamento no primário, e assim, para nós, razão não há para se tecer tal distinção doutrinária, uma vez que referidas ideias podem, em tese, dar azo a eventuais desmandos do Poder Público.

Finalmente, insta rememorar as lições de Ricardo Marcondes Martins⁸³, no sentido de que interesse público não representa um princípio jurídico. Trata-se, como dito, do interesse a ser defendido pelo Poder Público, resultado a ser atingido pela ponderação dos vetores constitucionais incidentes no caso concreto. Resultado este que, *prima facie*, privilegia o interesse da coletividade.

4.4 – Teoria do ato administrativo

4.4.1 – Conceito de ato administrativo

Os estudos acerca da possível relação existente entre a teoria da invalidação dos atos administrativos e o controle judicial responsivo sobre a Administração Pública demandam

⁸¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 67.

⁸² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 69.

⁸³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 54.

prévia análise acerca da teoria do ato administrativo, a fim de que seja muito bem delineada a presente proposta, a saber, definir se vícios constantes de atos administrativos ensejariam sua completa invalidação, com responsividade. Tal perquirição, por razões óbvias, demanda que sejam estudados o conceito do ato administrativo, seus requisitos e atributos, vale dizer, sua anatomia, para que, assim, sejam analisados sua patologia e seu respectivo controle.

Sem embargo, como leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o Direito Civil bem delineia a diferença existente entre o ato e o fato, de modo em que, para essa seara do Direito, o primeiro é atribuível ao homem, ao passo que o segundo decorre de fenômenos naturais⁸⁴. Dentro dessa ótica, quando o fato corresponde a prescrições normativas, é chamado de fato jurídico, vale dizer, evento relevante para o Direito. Quando o mesmo fato produz efeitos sob a ótica do direito administrativo, pode ser considerado um fato administrativo. Em contrapartida, não criando o fato efeitos jurídicos impactantes ao direito administrativo, cuida-se de fato da Administração.

A despeito dessa classificação, Celso Antônio Bandeira Mello assevera que necessário mesmo para este estudo é destacar as diferenças entre atos jurídicos dos fatos jurídicos e, portanto, os atos administrativos dos fatos da administração. Isso porque, para referido autor, “*atos jurídicos são declarações, vale dizer, são enunciados; são falas prescritivas*”. Em contrapartida, “*fatos jurídicos não são declarações; portanto, não são prescrições*”.⁸⁵

Não há prescrição em fatos jurídicos, eles apenas ocorrem; a lei fala por eles. Como observa Angélica Petian, toda declaração que produz efeitos pode ser considerada ato jurídico. O ato jurídico se trata, nesse sentido, de norma destinada a regular comportamentos sociais. Nesse caso, a distinção precípua entre o ato e o fato jurídica está em que o primeiro é prescritivo, e pois, confere conteúdo à norma, enquanto o segundo representa tão somente os efeitos derivados de uma norma⁸⁶.

Interessa tal distinção, pois a administração não produz somente atos jurídicos, mas também emana fatos jurídicos. Daí a necessidade de diferenciar seus efeitos. Deveras, para Bandeira de Mello, *in verbis*:

(a) atos administrativos podem ser anulados e revogados, dentro dos limites do Direito; fatos administrativos não são nem anuláveis, nem revogáveis; (b) atos administrativos gozam de presunção de legitimidade; fatos administrativos não; (c) o tema da vontade interessa nos atos administrativos denominados (ainda que a

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 199.

⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 378.

⁸⁶ PETIAN, Angélica. Atributos dos atos administrativos: peculiaridades dos atos ampliativos e restritivos de direito. Revista Trimestral de Direito Público.

terminologia não seja boa) discricionários, isto é, naquele em cuja prática a Administração desfruta de certa margem de liberdade; nos fatos administrativos nem se poderia propô-lo.

Partindo-se de tais premissas, é possível observar, ainda, que nem todos os atos jurídicos emanados pela administração caracterizam-se como administrativos. Há, como leciona a doutrina administrativista, diferenças notórias entre o ato administrativo propriamente dito e os ditos atos da administração.

Em opinião aparentemente seguida pela majoritária doutrina administrativista⁸⁷, Celso Antônio Bandeira de Mello, invocando lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, professa que a administração pratica inúmeros atos que não interessam à conceituação do ato administrativo. Divide-os em (a) atos regidos pelo direito privado, (b) atos materiais e (c) atos políticos.⁸⁸

De fato, a exclusão dos atos regidos pelo direito privado, como o é, por exemplo, a locação de um imóvel visando à instalação de uma repartição pública, se dá porque o direito administrativo, embora regule certas condições relativas a essa relação jurídica, não disciplina seu conteúdo de forma completa, nem sequer as possíveis consequências. Sendo assim, não havendo disciplina administrativa regulando tais matérias, afasta-se a força jurídica (como, *v.g.*, os atributos mais avante tratados) inerente aos atos administrativos.

Noutro plano, denota-se que o fundamento da exclusão dos atos materiais do conceito do ato administrativo reside no fato de que, por serem materiais, inexistente demonstração de conteúdo prescritivo em seu bojo – como assevera Angelica Petian. Representam, como observa Bandeira de Mello, em verdade, os fatos administrativos⁸⁹. O exemplo clássico aqui referido é o da pavimentação de uma rua.

Por fim, verifica-se que o ato administrativo também não se confunde com o ato político ao passo que este último é, dessarte, o ato praticado com margem de discricção derivada diretamente do texto constitucional, no exercício de função puramente política, tais como o indulto e a sanção de uma lei⁹⁰. Entretanto, convém uma anotação crucial a respeito de tais atos: a despeito de serem exercidos com maior discricionarietàade, não são afastados do controle jurisdicional, como sugeriam, antes, a doutrina europeia. Com efeito, a unicidade e a

⁸⁷ Nesse sentir, conferir Maria Sylvia Zanella Di Pietro em *Direito Administrativo* – 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 200.

⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 387/388.

⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 388.

⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 388.

inafastabilidade da jurisdição brasileira, constitucionalmente previstas na Carta da República, não permitem a sustentação de que atos políticos sejam subtraídos de controle.⁹¹

Enfim, o que é o ato administrativo, então?

A tarefa de conceituar o ato administrativo, perante o ordenamento jurídico brasileiro, é assaz árdua, máxime porque não consta de nenhuma disposição normativa, como ocorre em outros países, como, *exempli gratia*, em Portugal, onde a conceituação em voga decorre do artigo 120, do Código de Procedimento Administrativo de 2015.⁹²

Daí porque a doutrina, quer nacional, quer estrangeira, muito se esforça para conceituá-lo, notadamente tecendo relações entre o ato e a função administrativa. Ao nosso ver, o clássico conceito de ato administrativo é esculpido por Celso Antônio Bandeira de Mello, quem tem o ato administrativo como:

(...) declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional⁹³.

Nesse mesmo diapasão, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello conceitua o ato administrativo como a manifestação da vontade do Estado, enquanto Poder Público, na consecução do seu fim, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito.⁹⁴

Desse entendimento partilha Marcelo Caetano, segundo quem, a definição mais conveniente para ato administrativo é a conduta voluntária de um órgão da administração, que, no exercício de um poder público e para a prossecução dos interesses impostos em lei, produza efeitos jurídicos em dado caso concreto.⁹⁵

Diante de todos os conceitos aqui citados, vislumbra-se que, de ponto comum, derivam do ato administrativo as características de que, sendo o ato uma declaração jurídica, notadamente manifesta efeitos de direito, como criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações. Ainda, percebe-se que provindo do estado e, portanto, de autoridade estatal, somente é expedido por quem possui prerrogativa estatal, conferida sob o regime jurídico de

⁹¹ PETIAN, Angélica. Atributos dos atos administrativos: peculiaridades dos atos ampliativos e restritivos de direito. Revista Trimestral de Direito Público.

⁹² Art. 120: Para os efeitos da presente lei, consideram-se actos administrativos as decisões dos órgãos da Administração que ao abrigo de normas de direito público visem produzir efeitos jurídicos numa situação individual e concreta.

⁹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 389.

⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios gerais do direito administrativo, 3ª Ed. Volume 1, p. 476.

⁹⁵ CAETANO, Marcelo. Manual de direito administrativo, 1ª ed. brasileira, T.1, p. 390.

direito público. Ademais, por serem providências complementares à lei são os atos administrativos normas jurídicas infralegais e, por essa razão, sujeitam-se ao exame de legitimidade praticado por órgão jurisdicional.⁹⁶

4.4.2 – Elementos (requisitos) do ato administrativo

Conceituado o ato administrativo, faz-se necessário, ainda que de forma sucinta, analisá-lo, dissecá-lo, a fim de que posteriormente possam ser analisadas suas eventuais patologias.⁹⁷

Com efeito, os atos administrativos são constituídos por requisitos (elementos) imperiosos, sem os quais estariam acometidos de vícios que os impediriam de alcançar a plena validade. Dessarte, são elementos do ato, segundo a visão clássica, a competência (ou sujeito), a finalidade, a forma, o motivo e o objeto (ou conteúdo). Essa é, aliás, a classificação decorrente do artigo 2º, da Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular).⁹⁸

Pelo primeiro, repita-se, a competência, tem-se que o ato será válido quando produzido pelo agente público legalmente investido para tanto. Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “no direito administrativo, não basta a capacidade; é necessário também que o sujeito tenha competência”⁹⁹. O sujeito é, pois, quem detém os poderes legais para produzir o ato administrativo, como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁰⁰

A competência, conquanto irrenunciável (art. 11, da Lei nº 9.784/99¹⁰¹), comporta hipóteses em que a atividade material autorizada por lei a determinado agente poderá ser avocada ou delegada. Por avocação, entende-se a possibilidade de que o agente superior hierarquicamente possa trazer para si atribuição que esteja incumbida a órgão hierarquicamente inferior. Por outro lado, entende-se por delegação a possibilidade conferida ao agente competente para transferir atribuição que lhe é legalmente incumbida a órgão que, em regra, lhe seja hierarquicamente inferior.¹⁰²

⁹⁶ São as anotações tecidas por Bandeira de Mello, as quais concordamos.

⁹⁷ Sobre tal expressão anatômica, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 211) enuncia que há na doutrina italiana autores – como é o caso de Humberto Fragola – que analisam a anatomia do ato administrativo, ao invés de seus requisitos, para assim, perquirir eventuais patologias.

⁹⁸ Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 212.

¹⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 395.

¹⁰¹ Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

¹⁰² Sobre isso, importantes são as anotações constantes dos artigos 11 a 17, da Lei Federal n. 9784/99, *in verbis*: Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos. Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular

A finalidade, em resumo, é o bem da vida que o ato deve tutelar. É o resultado imposto em lei como correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele disciplinados. Sem embargo, denota-se que pode se falar em finalidade com dois sentidos diferentes: (a) em sentido amplo, a finalidade corresponde sempre à consecução do interesse público; (b) em sentido estrito, corresponde ao resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definição legal.¹⁰³

Não se permite que se busque, por meio de certo ato administrativo, a proteção de bem jurídico cuja consecução deveria ser perquirida, pela lei, por intermédio de outro instrumento. Para o direito administrativo, cada ato obedece a finalidade para o qual foi legalmente concebido. Daí porque Bandeira de Mello relembra as precisas lições de Eduardo García de Enterría, ao dizer que *“Os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade, são poderes funcionais, outorgados pelo ordenamento em vista de um fim específico, com o quê apartar-se do mesmo obscurece sua fonte de legitimidade”*¹⁰⁴.

A propósito, rememora-se que o uso de um ato para alcançar finalidade distinta daquela prevista em lei, pode ser considerado como desvio de poder ou desvio de finalidade.

Outrossim, vislumbra-se que a forma é, em verdade, o revestimento interno do ato, sua exteriorização, vale dizer, o modo pelo qual a administração declara sua vontade. A despeito de ser, a extreme de dúvidas, requisito cuja inobservância pode acarretar a nulidade do ato, observa-se que o artigo 22, da Lei Federal nº 9.784/99¹⁰⁵, consagra o princípio do informalismo

poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial. Art. 13. Não podem ser objeto de delegação: I - a edição de atos de caráter normativo; II - a decisão de recursos administrativos; III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade. Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial. § 1º O ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada. § 2º O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante. § 3º As decisões adotadas por delegação devem mencionar explicitamente esta qualidade e considerar-se-ão editadas pelo delegado. Art. 15. Será permitida, em caráter excepcional e por motivos relevantes devidamente justificados, a avocação temporária de competência atribuída a órgão hierarquicamente inferior. Art. 16. Os órgãos e entidades administrativas divulgarão publicamente os locais das respectivas sedes e, quando conveniente, a unidade fundacional competente em matéria de interesse especial. Art. 17. Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.

¹⁰³ Sobre isso, conferir DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 219.

¹⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 409.

¹⁰⁵ Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir. § 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável. § 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade. § 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo. § 4º O processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas.

como norteador do processo administrativo. Não por outra razão, Di Pietro leciona que somente a análise de cada caso concreto poderá evidenciar se a forma é ou não essencial à composição do ato¹⁰⁶.

O motivo do ato, como consagra a doutrina majoritária, são as razões de fato e de direito que juridicamente amparam a existência do ato. É dizer: são as razões que justificam a tomada de decisão do agente competente. Deveras, pressuposto de direito são os fundamentos legais em que se lastreia o ato. Pressupostos fáticos são os fenômenos fáticos vivenciados no mundo que levam à prática do ato.

Aqui, importante relembrar as lições de Bandeira de Mello, segundo quem motivo não se confunde com motivação, móvel ou causa.

De fato, segundo a visão do supracitado autor, o motivo constitui a situação real e objetiva que sustenta o ato, enquanto o móvel representa a intenção do agente que o praticou¹⁰⁷. Ainda, diferencia-se o motivo da motivação, na medida que esta significa, na verdade, a exposição dos motivos. Finalmente, também não corresponderia à causa, ao passo que essa última seria a relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto.¹⁰⁸

Ainda sobre o motivo, conveniente rememorar a teoria dos motivos determinantes. Isso porque, de acordo com referida teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Por essa razão, quando a invocação do motivo for falsa, por assim dizer, conseqüentemente, o ato será inválido, por ausência de motivos que ensejariam sua expedição.

Por fim, o objeto - ou conteúdo como designa Bandeira de Mello - é a disposição jurídica expressada pelo ato, é o que ele dispõe, fala, enuncia. Por razões claras, ato cujo conteúdo seja ilícito são, a toda evidência, inválidos e merecedores de anulação. Sobre isso, aliás, convém destacar a ressalva formulada por Bandeira de Mello, no sentido de que, no que concerne a esse aspecto, não basta que a disposição do ato não contrarie a lei. Para restar garantida sua lisura, necessário, ainda, que seu conteúdo seja permitido pela lei.¹⁰⁹

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 218.

¹⁰⁷ Interessantíssimo anotar, aqui, que na visão de Bandeira de Mello (2012, p. 403), a vontade, e, pois, o móvel do agente competente para praticar determinado ato administrativo somente ganha relevo jurídico quando se tratar de atividade discricionária. É que, casos em que a lei expressamente vincula a expedição do ato, a vontade do agente em nada alteraria a finalidade legal.

¹⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 412.

¹⁰⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 398.

4.4.3 – Atributos do ato administrativo

O ato jurídico ganha relevo como administrativo notadamente porque se reveste de peculiaridades próprias quando expedido no uso de prerrogativas públicas. Ora, a administração pública, enquanto pesquisadora da melhor forma de implementar o interesse público, precisa de meios jurídicos específicos e diversos dos meios de que dispõe os particulares em suas relações. Daí porque a administração se reveste de poderes públicos juridicamente regulados.

Seus atos são dotados de especificidades que lhe garantem posição de supremacia em relação aos particulares, ressaltando-se, todavia, que isso não representa a outorga de privilégios à força governante, pelo mero fato de ser a força governante. Sobre isso, convém destacar as lições de Bandeira de Mello, no sentido de que nenhum desses poderes é incondicionado e nem mesmo poderia se dizer que existem sempre, uma vez que são favores concedidos aos interesses públicos.¹¹⁰

Passa-se, pois, a analisar as peculiaridades atinentes ao ato administrativo que evidenciam essa dita posição de supremacia experimentada pela administração. São quatro, a saber: presunção de legitimidade, exigibilidade, imperatividade, autoexecutoriedade.

Conhecido também como presunção de legalidade ou de veracidade, o atributo da presunção de legitimidade tem por significado que, até que seja provado o contrário, o ato administrativo é válido para o Direito. Essa presunção, na visão de Maria Silvia Zanella Di Pietro, decorre de cinco fundamentos: a) há formalidades e procedimentos que antecedem a edição do ato, assegurando o cumprimento da lei; b) é uma maneira de expressar a soberania do poder estatal; c) é imprescindível que se garanta a celeridade no cumprimento das decisões administrativas; d) há mecanismos de controle sobre a legalidade do ato; e e) a Administração Pública se submete ao princípio da legalidade.¹¹¹

Há que se ressaltar que a presunção de legitimidade do ato administrativo é relativa (*juris tantum*), ou seja, poderá ser afastada caso haja prova de ilegalidade do ato ou pela simples impugnação, ao passo que, nesse sentido a validade do ato passaria a ser resolvida no âmbito da teoria geral da prova, conforme professa Bandeira de Melo.¹¹²

Outrossim, o atributo da imperatividade (ou coercibilidade) diz respeito ao fato de que o ato administrativo cria unilateralmente obrigações aos administrados, sem que necessite da

¹¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 400.

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 207.

¹¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 401.

concordância destes. É a capacidade de vincular terceiros a deveres jurídicos. Decorre do poder extroverso do Estado, que permite à administração editar atos cujos efeitos se externizem para além de seu âmbito de regência.

A exigibilidade, de forma simples, conceitua-se como característica atinente ao ato administrativo, que lhe à administração a possibilidade de exigir e impor obrigações aos administrados, sem que seja necessário aval do Poder Judiciário. Sem embargo, verifica-se que referido atributo não é cuidado de forma unanime pela doutrina administrativista.

A executoriedade, por sua vez, evidencia-se como uma permissiva para que a administração realize a execução material dos atos administrativos, podendo utilizar-se de força física, se necessário, para que se desconstitua uma situação que viola a ordem jurídica. Tal como ocorre com o atributo da exigibilidade, não há necessidade de ordem judicial para tanto. Todavia, ressalta-se que a executoriedade em nada de confunde com a exigibilidade, na medida em que esta, por si só, não garante a possibilidade de coação material para que o ato administrativo seja exaurido, necessário, pois, o uso da executoriedade do ato.

Demais disso, percebe-se que há autores – como é o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que, a esses quatro atributos, acrescenta um último, por ela intitulado de tipicidade. Nessa ótica, a tipicidade do ato administrativo representa a necessidade de que o ato deve respeite a finalidade para a qual fora criado. Trata-se de garantia para o administrado, eis que não permite à administração a prática de atos dotados de imperatividade e executoriedade, vinculando-o unilateralmente, sem que haja previsão legal.¹¹³

Em tese, é possível dizer que todos os atos administrativos são dotados desses quatro atributos, na medida da necessidade emanada. Todavia, muito interessante é a ressalva formulada por Angelica Petian, no sentido de que a aparição de tais atributos em atos administrativos varia conforme sua classificação, vale dizer, se ampliativo ou restritivo de direito.

É que, para a citada autora, os atos se divergem em ampliativos - quando seu conteúdo amplia a esfera de direitos dos administrados - ou restritivos – quando sua prescrição normativa restringe a esfera dos direitos dos administrativos. Dessa forma, os atributos da imperatividade, executoriedade e exigibilidade restringir-se-iam aos atos restritivos de direito, uma vez que não poderia a administração, tutora do interesse público, impor, exigir ou executar um ato que

¹¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 210.

tivesse como único objeto conferir vantagem juridicamente relevante a um ou um grupo de administrados.¹¹⁴

4.5 – Formas de extinção do ato administrativo

Os atos administrativos, como normas jurídicas, são expedidos com o fito de desencadear efeitos jurídicos no mundo. Seus efeitos, entretanto, exaurem-se por razões específicas, de modo que, quando exauridos, extingue-se o ato. Dessa forma, pode-se dizer que os atos administrativos não são perenes, eles desaparecem quando cumpridos seus efeitos.

A despeito da hipótese de invalidação – esta que será estudada com mais detenção, pois se trata do objeto deste trabalho - existem diversas outras formas de extinção do ato administrativo, que serão abordadas nesse momento, por oportuno.

Primeiro, destaca-se, seguindo-se as classificações de Celso Antônio Bandeira de Mello, que há extinção de um ato eficaz quando seus efeitos são cumpridos. Perante essa hipótese, um ato administrativo pode exaurir-se quando houver (a) o esgotamento de seu conteúdo; (b) a execução material; ou (c) o implemento de condição resolutiva ou termo final. Como exemplos, indica-se, respectivamente, o gozo de férias de um servidor público; a execução de ordem de demolição, por exemplo; e a permissão a um administrado para derivar água de um rio, se esta não baixar aquém de certa cota.¹¹⁵

Outrossim, verifica-se que o desaparecimento do sujeito ou objeto da relação jurídica constituída também é causa de extinção de ato administrativo sobretudo quando a constituição se dá de maneira *intuitu persoane*. É o caso, por exemplo, da extinção da nomeação de servidor público, em razão de seu falecimento.

Ainda, observa-se que o Poder Público pode promover a retirada do ato mediante a expedição de outro subsequente. Aqui, novamente a despeito da invalidação (ou anulação), percebe-se que o direito ampara as seguintes hipóteses:

a) cassação: normalmente ocorre com atos ampliativos de direito. Trata-se da extinção do ato administrativo quando o beneficiário descumpre condições que deveriam permanecer atendidas a fim de poder continuar desfrutando da situação jurídica.

¹¹⁴ PETIAN, Angélica. Atributos dos atos administrativos: peculiaridades dos atos ampliativos e restritivos de direito. Revista Trimestral de Direito Público.

¹¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 455.

b) caducidade: retirada do ato porque sobreveio norma jurídica que tornou inadmissível a situação antes permitida em Direito e outorgada em ato precedente.

c) contraposição: retirada porque foi emitido ato, com fundamento em competência diversa da que gerou o ato anterior, mas cujos efeitos são contrapostos aos daquele. Também é conhecido como derrubada.

d) renúncia: consiste na extinção dos efeitos do ato ante a rejeição pelo beneficiário de uma situação jurídica favorável de que desfrutava em consequência daquele ato.

De mais a mais, ainda conforme classificação de Bandeira de Mello, percebe-se que atos ainda não eficazes também podem ser retirados do mundo jurídico. Tal hipótese se dá quando a administração os retira, mediante revogação ou invalidação, bem como quando o beneficiário o recusa, notadamente quando a aquiescência seria essencial à eficácia do ato.

4.5.1 – Sobre a revogação

Mesmo não integrando o motivo principal que se presta a escrever, a saber, analisar precisamente questões atinentes ao controle externo dos atos administrativos perante motivos de invalidação, convém comentar acerca da revogação, instituto bastante relevante no que toca à teoria da extinção dos atos administrativos.

Ocorre a revogação quando a autoridade pública, no exercício de sua competência administrativa, pondera que dado ato não mais atende o interesse público e, portanto, decide por extingui-lo do mundo jurídico, baseando-se em razões de conveniência. Trata-se, nesse sentido, de instituto administrativo que tem por finalidade extinguir um ato administrativo ou seus efeitos, por intermédio de outro ato, efetuado por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos já originados.¹¹⁶

Com base nesse conceito já se colhem todos os elementos que conformam a revogação. Veja-se.

Primeiro, no que respeita ao sujeito ativo da revogação (ou, em outras palavras, ao agente competente), disse-se que é a autoridade no exercício de sua competência. Isso quer dizer, então, que sendo a revogação um ato administrativo como outro qualquer, demanda-se que sua produção emane por quem legalmente seja investido para tanto. Tem-se, com isso, que o agente competente para expedir a revogação é uma autoridade no exercício de funções e competências administrativas.

¹¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 457.

Dáí se constataam dois fatores importantes: a) a autoridade competente, nesse caso, pode ser o agente que expediu o ato revogado, bem como agente hierarquicamente superior; e (b) somente podendo ser expedida no exercício da função administrativa, não há revogação produzida pelo Legislativo ou Judiciário, no exercício de suas próprias funções. Tratar-se-ia de afronta à separação dos poderes.¹¹⁷

Já no que tange ao objeto da revogação, ressalta-se que se trata de um ato administrativo válido, ainda que referido ato não tenha se tornado eficaz. É exatamente aqui que reside a diferença precípua entre a revogação e a invalidação: pela primeira, extingue-se ato absolutamente válido, enquanto pela segunda as razões que lhe sustentam são de invalidade.

Por essa razão, vislumbra-se que é fundamento jurídico da revogação a própria competência legal que permite a determinado agente dispor, discricionariamente, de uma matéria administrativa e sobre situação já disposta anteriormente. Cuida-se de nova ponderação dos valores incidentes em determinado caso concreto feita pelo agente competente, que se provoca mediante razões de conveniência e oportunidade.

Sobre discricionariedade, convém um adendo: ainda seguindo as lições do professor Bandeira de Mello, percebe que a discricionariedade se conceitua como a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios de conveniência e oportunidade, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no ordenamento jurídico pátrio.¹¹⁸

Essa é a razão de ser da revogação, dar efetividade à função administrativa, de modo que o administrador possa rever sua atuação, quando pautada em razões de interesse público.

Assim, para que a revogação tenha acolho jurídico, não basta que o ato a ser revogado seja legalmente produzido por meio da competência discricionária, mas sobretudo que os motivos discricionários persistam *in casu*. Objeto da revogação, em suma, necessita ainda estar disponível ao agente competente, sem que razões posteriores tenham diminuído sem âmbito de apreciação do interesse público em dada hipótese.

Não restam dúvidas, nesse diapasão, que o motivo da revogação é a inconveniência e oportunidade do ato ou da situação por ele gerada. É, como diz Bandeira de Mello, a

¹¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 458.

¹¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 436.

consequência de um juízo feito hoje sobre o que produzido ontem, resultado no entendimento de que a solução dantes tomada não convém aos atuais interesses administrativos.

Por isso mesmo, pautando-se, repita-se, em motivos subjetivos, a revogação, em que pese suprima os efeitos da relação jurídica dantes constituída, respeita os efeitos já transcorridos, isto é, possui efeitos *ex nunc*. Desse modo, ela nunca desconstitui efeitos pretéritos, apenas faz com que se encerrem ciclos se consequências jurídicas provocadas pela relação idealizado pelo ato revogado.

Ocorre que, como também como há de ser com todos os atos administrativos, a revogação também possui limites. Sobre isso, Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁹ lista as seguintes limitações ao poder de revogar:

- a) primeiro, anota-se que não podem ser revogados os atos que a lei assim os declare;
- b) atos administrativos cujos efeitos já foram exauridos, uma vez que, como já dito, a revogação opera efeitos *ex nunc*;
- c) também são impedidos de serem revogados os atos vinculados, notadamente porque sobre eles não recai juízo de conveniência e oportunidade, enquanto dure a vinculação;
- d) os meros (ou puros) atos administrativos, pois seus efeitos derivam da lei. A título de exemplo, atos puros são as certidões;
- e) e, finalmente, os atos de controle, pois referida competência, em relação a cada examinado, exaure-se quando expedido o ato.

Por oportuno, diga-se que a essa lista, Maria Sylvia Zanella Di Pietro acresce que também são limitações ao poder de revogar (a) os direito adquiridos, protegidos pela Súmula 473, do STF; e (b) os atos praticados em procedimentos, eis que a prática de cada novo ato pressupõe a preclusão do último.¹²⁰

Finalmente, para concluir os pensamentos referentes à revogação, insta analisar sua relação com a eventual indenização com sua efetivação. Sem embargo, a revogação, quando válida, não dá margem à indenização, em regra. Isso porque, quando existe o poder de revogar perante a ordem normativa, pressupõe-se que a normal efetivação não lesa direito de quem quer seja, trata-se de verdadeiro exercício de atribuição pública.¹²¹

¹¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 465.

¹²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 262.

¹²¹ Aqui, entretanto, não se deslembre que pode haver, em situações específicas, responsabilidade do Estado por atos lícitos, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

Quando, entretanto, a administração necessita retirar um ato por razões de interesse público, porém não se está diante de fundamentação prestante que justifique a revogação, Celso Antônio Bandeira de Mello¹²² sugere que seja feita a expropriação do dito ato, e, pois, de direito existente. Todavia, tratando-se de expropriação, há de se falar em indenização prévia, justa e em dinheiro, conforme mandamento constitucional.¹²³

4.5.2 – Sobre a invalidação

A invalidação¹²⁴, também conhecida como anulação, remete a ideia de que atos praticados em desconformidade com a lei, conquanto existentes e até eficazes, não são válidos, isto é, não são juridicamente perfeitos. Ocorre que, com efeito, nenhum ato administrativo é mais inválido do que outro. A noção de invalidade remete à ideia de que há, perante o ato, algum vício em sua estrutura que o diferencia do mundo do dever ser.

Sobre seus aspectos técnicos, vislumbra-se que a invalidação tem como sujeitos ativos a própria administração, em sede de controle interno, bem como o Poder Judiciário, quando provocado em sede de controle externo. Seu fundamento está, como já dito alhures, em que o ato administrativo deve sempre obedecer a estrita legalidade, o que implica na obrigação de, quando violada, ser restaurada. De mais a mais, vê-se que sua motivação de fundamenta na ilegitimidade do ato, ao passo que a revogação se presta a extinguir atos inconvenientes.

Os efeitos da invalidação consistem em fulminar o ato viciado e seus efeitos, diversas vezes atingindo-o *ab ovo*, e, pois, retroativamente. A anulação opera, com efeitos *ex tunc*, ao menos em regra. Extermina-se o que já ocorreu e os feitos pretéritos.

Deveras, como dito, a noção de invalidade remete à ideia de que há, perante o ato, algum vício em sua estrutura que o diferencia do mundo do dever ser. Daí porque, considerando que não há ato mais inválido do que outro, percebe-se pode haver reações do Direito mais ou menos extremas ante as várias proposições de invalidade. A ideia reside, então, em se mensurar os efeitos dos vícios do ato administrativo¹²⁵, estabelecendo-se uma gradação de repúdio a eles, como diz Celso Antônio Bandeira de Mello.¹²⁶

¹²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 466.

¹²³ Art. 5º, inciso XXIV, da CF.

¹²⁴ Weida Zancanner (Da convalidação e invalidação dos atos administrativos, 3ª geração, Ed. Malheiros), conceitua a invalidação como “a eliminação, com eficácia *ex tunc*, de um ato administrativo ou da relação jurídica por ele gerada ou de ambos, por haverem sido produzidos em dissonância com a ordem jurídica”.

¹²⁵ Título da monografia de Ricardo Marcondes Martins, Ed. Malheiros.

¹²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 470.

Partindo-se dessa premissa, Bandeira de Mello, seguindo anteriores lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, classifica que há, perante o Direito Administrativo, atos nulos, anuláveis, inexistentes e irregulares.

Pois bem. Os atos inexistentes consistem em comportamentos correspondentes a condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais da pessoa humana, ligados à sua personalidade ou dignidade intrínseca. São, dessarte, atos praticados fora do possível jurídico e radicalmente vedados pelo Direito. Seriam, por exemplo, a ordem de um autoridade para que seu subordinado torture um preso ou uma autorização para que alguém explore trabalho escravo.¹²⁷

Por sua vez, os atos irregulares, notadamente os que apresentam vícios de menor expressão, são aqueles padecentes de informalidades materiais irrelevantes, reconhecíveis de plano, ou incursos em formalização defeituosa consistente em transgressão de normas cujo real alcance é meramente o de impor a padronização interna dos instrumentos pelos quais se veiculam os atos administrativos, como indica Bandeira de Mello¹²⁸. Os atos irregulares, dessa feita, não apresentam insegurança ao seu conteúdo, à sua publicidade ou às respectivas garantias dos administrados.

Sucedo que, a despeito desses dois primeiros, maiores controvérsias jurídicas evidenciam essas duas próximas formas de invalidação, a saber, os atos nulos e anuláveis.

Isso porque, como referencia Ricardo Marcondes Martins¹²⁹, ao editar um ato, o agente público pondera quais os valores constitucionais incidentes *in casu*. Assim, para retirá-lo do mundo jurídico, a mesma fórmula deve ser adotada. Por essa razão, a diferença entre os atos nulos e os anuláveis é singela e, talvez, subjetiva. É que, como grafam os principais administrativas brasileiros, a diferença precípua entre os dois referidos institutos está em os atos nulos não são convalidáveis, ao passo que os anuláveis o são¹³⁰. Vale dizer: conhecido o vício, há maneiras de corrigi-lo de maneira retroativa.

Com efeito, o ato padecente de vício de nulidade, por mais gritante que seja, não mais admite o pensamento retratado nos dizeres constantes da Súmula nº 473, do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que deles não se originam efeitos. Ora, a ciência do Direito evoluiu. Em

¹²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 477.

¹²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, op. cit. item 10, p. 478.

¹²⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos vícios dos atos administrativos, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 665.

¹³⁰ Não por outra razão, Antônio Carlos Cintra do Amaral não indica a existência de atos nulos e anuláveis, mas sim de atos convalidáveis e não convalidáveis.

contrapartida, imperioso observar que há vícios que pouco ou quase nada afetam o interesse finalístico procurado pelo Direito. Daí que Bandeira de Mello¹³¹ suscita que a “*possibilidade de convalidação de certas situações – noção antagônica à de nulidade em seu sentido corrente – tem especial relevo no Direito Administrativo*”. E, por isso, se refere à convalidação de tais atos como forma de recomposição da legalidade, *in verbis*:

Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuperavelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida.

Sobre convalidação, aliás, Márcio Cammarosano¹³² leciona que não vê motivo para não considerar que em matéria de contratações administrativas, por exemplo, se possa cogitar de convalidar procedimentos que as tenham ensejado, suprindo, com eficácia retroativa, alguma providência que à época deveria ter sido adotada. Em suas exatas palavras:

E não vemos porque não considerar que em matéria de contratações administrativas se possa cogitar de convalidar procedimentos que as tenham ensejado, suprindo, com eficácia retroativa, alguma providência que à época deveria ter sido adotada, e por inadvertência, não foi, como o reconhecimento formal, devidamente justificado, de situação concreta de inexigibilidade de licitação, assim como a publicação do ato formal de autorização da contratação e as devidas publicações oficiais.

Todavia, consoante anota Weida Zancaner, são limites da convalidação (a) a impugnação do ato viciado por terceiro; e (b) o decurso do tempo. Sobre esse última, a citada autora anota, com maestria, que o tempo, por si só, é capaz de gerar a estabilidade do ato, um vez que, em tese, um ato pode se tornar impedido de anulação pela via prescricional.

De todo modo, pretende-se frisar aqui é que os vícios constantes dos atos administrativos, podem consubstanciar nulidades ou não. Mas, mais do que isso, que os efeitos dos vícios dos atos administrativos são moduláveis, conforme ponderação em cada caso concreto, máxime quando cabível convalidação. Isso porque, nos dizeres de Márcio Cammarosano, nos casos em que seja possível a convalidação, e que estando o contratado de boa-fé, faça jus a algum pagamento decorrente de execução do contrato, a convalidação se apresenta não apenas como uma faculdade, mas como um dever jurídico¹³³.

¹³¹BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, op. cit. item 10, p. 463.

¹³² CAMMAROSANO, Márcio. Contratação Direta, sem adequada observância dos requisitos procedimentais e a possibilidade de regularização, Revista Zenite, julho de 1996.

¹³³CAMMAROSANO, Márcio. Contratação Direta, sem adequada observância dos requisitos procedimentais e a possibilidade de regularização, Revista Zenite, julho de 1996.

CAPÍTULO V

DA MULTIPLICIDADE DE CONTROLES SOBRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

5.1 – Natureza jurídica de controle

O termo controle, como já dito, origina-se da palavra latina *contra*, cuja tradução da época persiste até hoje, somada ao termo *rotulus*, que se traduz em registro, escrito¹³⁴. Denota-se que, com a junção dessas duas expressões, nasce a ideia de analisar os escritos, vale dizer as contas, ideia essa mantida até a presente data, donde o controle sobre a Administração Pública significa, com clareza, a verificação de suas contas.

Deveras, no que se refere à natureza jurídica do controle, pode-se mencionar que emana duas vertentes, como leciona José dos Santos Carvalho Filho.¹³⁵

Pela primeira, o controle significa um elemento precípua ao regime democrático e ao Estado de Direito. Isso porque, com a adoção do regime democrático, impera-se que o povo se ascende em relação à soberania estatal, o que lhe autoriza escolher seus representantes e, por assim dizer, assenhorar o poder estatal. No Brasil, verifica-se que, de forma cristalina, a Constituição de 1988, professa que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (art. 1º, parágrafo único). Assim, seguindo-se o regime democrático e, pois, do povo, não se pode conceber que haja Estado sem fiscalização de que detém o poder.

Some-se a isso que, é pelo Estado de Direito em que a atividade estatal se desenvolve nos termos da lei e conforme postulados constitucionais. Dessa forma, o Estado de Direito proclama instrumentos de controle, para que sejam observados seus parâmetros.

Além disso, percebe-se que, como segunda vertente, o controle se traduz como um dos princípios fundamentais da Administração Pública. Sobre isso, José dos Santos Carvalho Filho entende que o controle tem, assim, “*a natureza jurídica de verdadeiro postulado administrativo*”¹³⁶, isto é, vetor fundamental por meio do qual os órgãos públicos são

¹³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado. Fernando Dias Menezes de Almeida, José dos Santos Carvalho Filho – 1ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 27.

¹³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado. Fernando Dias Menezes de Almeida, José dos Santos Carvalho Filho – 1ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

¹³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado. Fernando Dias Menezes de Almeida, José dos Santos Carvalho Filho – 1ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 36.

fiscalizados constantemente. Denota-se, aliás, que tal entendimento consta inclusive do Decreto-lei nº 200/1967.¹³⁷

Aqui, entretanto, registra-se que, segundo se defende aqui, a designação de controle como princípio fundamental da Administração Pública, se dá nos termos da segunda geração do conceito de princípio, vale dizer, aquela defendida por Bandeira de Mello, segundo quem, princípio seria mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas¹³⁸. É que, dessarte, não se concebe o controle como um mandamento de otimização de resultados, que poderia ser ponderado em determinado caso concreto.

Em resumo, pode-se dizer que a natureza jurídica do controle, dupla como se postula aqui, é de princípio fundamental da Administração Pública, bem como de elemento intrínseco ao regime democrático e ao Estado de Direito.

5.2 - Modalidades

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro impõe que a Administração Pública se renda a múltiplas ações controladoras, a fim de que, com isso, elida-se a possibilidade de que os administradores se desviem das finalidades para as quais foram investidos para percorrer, para que se impeça a busca de interesses particulares por intermédio de poderes públicos.

Convém, portanto, tecer-se um panorama acerca dessa dita multiplicidade de controle por que sofre a Administração, dividindo-as de forma pertinente ao objeto deste feito.

5.3 – Controle interno

Os órgãos integrantes da Administração Pública Direta ou Indireta curvam-se a controles internos e externos. O controle interno, doravante especificado, é a fiscalização exercida pelas repartições integrantes da própria administração, isto é, pelos integrantes do aparelho do Executivo. Pode ocorrer, também, quando órgãos da administração direta controlam as contas dos órgãos da administração indireta. A essa hipótese Celso Antônio Bandeira de Mello daria o nome paradoxal de “*controle interno exterior*”.¹³⁹

¹³⁷ Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I - Planejamento. II - Coordenação. III - Descentralização. IV - Delegação de Competência. V – Contrôlo (sic).

¹³⁸ Conferir nota de rodapé n. 8.

¹³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, op. cit. item 10, p. 953.

O controle interno deriva do poder de hierarquia inerente à administração pública. É que, como o aparelho estatal supõe a existência de várias estruturas de competência, e, assim, cada órgão é situado em escala hierárquica diferente, impõe-se que o superior deve fiscalizar aqueles que lhe são inferiores. Em verdade, *“o sistema hierárquico enseja esse inevitável efeito de controle, como particularidade dos graus de competência administrativa”*.¹⁴⁰

Tendo em vista a hierarquia, todavia, insta ressaltar que, dada a multiplicidade de órgãos e competências que estruturam a Administração Pública, o controle interno, propriamente dito, pode ser enfocado de duas maneiras. A primeira consiste no controle exercido dentro da mesma repartição, observando-se as instâncias hierárquicas nela existentes e a relação de subordinação entre os agentes públicos ali lotados. A segunda, porém, abarcando um sentido mais amplo, considera interno o controle implementado por um órgão, sobre outro, sendo inexistente relação de hierarquia *in casu*. Seria o caso, por exemplo, de um departamento fiscalizado pelo órgão de controle interno. De qualquer modo, podem ser considerados controles internos, máxime porquanto nenhum deles provém de estruturas externas.

Decorre também o controle interno, consoante leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *“do poder de autotutela, que permite à Administração Pública rever os próprios atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes”*¹⁴¹. Lembra referida administrativa que o poder da autotutela é reconhecido e sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, órgão tal que, para dirimir conflitos relacionados ao tema, editou as sumulas 346 e 473¹⁴².

Sem embargo, verifica-se que o controle interno tem sua disposição constitucional prevista no artigo 74, dispositivo tal que impõem aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterem, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de (i) avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; (ii) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; (iii) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos

¹⁴⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado. Fernando Dias Menezes de Almeida, José dos Santos Carvalho Filho – 1ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 40.

¹⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014, p. 811.

¹⁴² Súmula 346: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Súmula 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

direitos e haveres da União; (iv) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Destaque se dá, aqui, à Controladoria-Geral da União, que, em âmbito federal, desempenha a fiscalização e auditoria interna da União e seus agentes.

5.4 - Controle externo

De outra banda, vê-se que externo é o controle exercido sobre o Poder Executivo, quando praticado por órgãos alheios à Administração Pública. Compreende, conforme classificação adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, os controles (a) parlamentar direto; (b) efetivados pelo Tribunal de Contas; e (c) judicial.

5.4.1 – Controle parlamentar

O controle parlamentar ou legislativo é, de fato, a fiscalização realizada pelos instrumentos constitucionalmente atribuídos ao Poder Legislativo sobre todos os órgãos investidos da função administrativa. Sem embargo, embora amplíssimo - até porque corolário ao regime democrático que ao poder com mais representantes do povo seja outorgada a função de controlar a administração – denota-se que seu objetivo é notadamente controlar o Poder Executivo, eis que a esse último incumbe, com mais amplitude, a perquirição do interesse público.

Como esclarece José dos Santos Carvalho Filho¹⁴³:

Trata-se de prerrogativa porque obedece ao sistema de freios e contrapesos, fundamental ao regime da tripartição de Poderes. No exercício da prerrogativa controladora, o Legislativo atua como órgão primário e dominante, enquanto o órgão administrativo funciona como secundário e dominado. Como diz respeito à separação de funções, as condições e limites desse controle devem ser estabelecidos na Constituição.

Nesse diapasão, sendo o controle parlamentar uma das facetas do sistema de freios e contrapesos, observa-se que seu fundamento tem guarida na Constituição. Percebe-se que de acordo com o artigo 49, inciso X, da Carta Maior, é da competência exclusiva do Congresso

¹⁴³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado. Fernando Dias Menezes de Almeida, José dos Santos Carvalho Filho – 1ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 150.

Nacional fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.¹⁴⁴

Para ilustrar aludido controle político, tratar-se-á especificamente acerca das competências a cargo do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado).

Em decorrência das disposições contidas no inciso V, do artigo 49, da Constituição Federal, cabe ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Percebe-se que cabe à Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, outrossim, convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado (artigo 50, CF/88). Some-se a isso que, as Casas do Congresso, quando formalizam comissões, podem solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão (art. 58, inciso V).

De mesma sorte, insurge-se que podem a Câmara dos Deputados e o Senado, ainda, constituírem Comissões Parlamentares de Inquérito, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores (artigo 58, §3º).

De mais a mais, vê-se que há diversas hipóteses em que o Texto Maior autoriza que o Legislativo interfira no Executivo, sobretudo para fiscalizar a atividade administrativa. São os exemplos expostos no artigo 49, incisos I, XII, XIII, XVI e XVII¹⁴⁵, elencados por Bandeira de Mello¹⁴⁶.

Sem embargo, aparenta-se que as interferências políticas mais gravosas que o controle parlamentar pode causar sobre a administração está em que, constitucionalmente, é o Poder Legislativo competente para julgar as contas do Chefe do Poder Executivo, bem como destituí-lo do Poder.

¹⁴⁴ Referido dispositivo é regulamentado pela Lei n. 7.295/1984.

¹⁴⁵ Art. 49 (...) I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão; XIII - escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União; XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais; XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

¹⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 958.

Isso porque, por primeiro, nos termos do artigo 49, inciso IX, da Constituição Federal, é de alçada do Congresso Nacional, julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo.

Ademais, pelo artigo 85, da Constituição, são crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra (i) a existência da União; (ii) o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação; (iii) o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais; (iv) a segurança interna do País; (v) a probidade na administração; (vi) a lei orçamentária; e (vii) o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Sucedendo que, admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade (art. 86). Acresce que, o Presidente ficará suspenso de suas funções, após a instauração do processo pelo Senado Federal para apurar eventual crime de responsabilidade.

Finalmente, observa-se que, nos termos do artigo 70, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

5.4.2 – Controle exercido pelo Tribunal de Contas

5.4.2.1 - Natureza jurídica do Tribunal de Contas ante a Constituição de 1988

Constitucionalmente, o Tribunal de Contas é, hoje, o órgão ao qual é incumbida a função de auxiliar o Poder Legislativo no exercício do controle externo sobre o Poder Executivo. Sem embargo, vislumbra-se que este controle abrange, na forma indicada no artigo 70, da Carta Maior, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

De plano, denota-se que a primeira celeuma atinente às discussões acerca da natureza jurídica da Corte de Contas está em a qual dos Poderes pertenceria. Isso porque, ao descrever sua competência, a Constituição Federal de 1988 a indicou, de forma expressa, como órgão que “*auxilia*” o controle externo exercido pelo Congresso Nacional (art. 71). Tal disposição leva

muitos juristas brasileiros a considerarem que o Tribunal de Contas seria, então, instituição vinculada ao Poder Legislativo.

No entanto, a resposta mais acertada para essa discussão parece ter sido encontrada por Carlos Ayres Britto, em seu estudo sobre “*o regime constitucional do Tribunal de Contas*”. É que, em sua visão, embora o texto constitucional mencione expressamente que o órgão de contas é “auxiliar” do Congresso Nacional, reconhece-se que o primeiro não integra o segundo. Esse é o arremate feito por Ayres Brito¹⁴⁷, segundo quem, nos termos do artigo 44, do Texto Maior, “*o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal*”.

Pensa-se, pois, que sua relação com o Congresso Nacional também não emana hierarquia, vale dizer, além de não pertencer ao Legislativo, não é o Tribunal de Contas instituição inferior e submissa ao Congresso. Em rigor de exame teórico, Tribunal de Contas e Poder Legislativo são fenômenos que estão no mesmo barco, em assunto de controle externo, porém sob garantia de independência e imposição de harmonia recíproca¹⁴⁸.

Quanto a isto, basta rememorar que a Corte de Contas tem competência inclusive para fiscalizar a administração das Casas Legislativas. Ora, como poderia, nesse caso, o Poder administrativamente fiscalizado sobrepair sobre o órgão fiscalizante?¹⁴⁹

De mesma sorte, verifica-se que a Corte de Contas, sob a ótica da Constituição Federal de 1988, também não é órgão atinente ao Poder Judiciário, como evidencia, de forma cristalina, o artigo 92¹⁵⁰. Ressalva-se, entretanto, que na visão do festejado autor, a Carta Maior eleva o Tribunal de Contas à dignidade de um Tribunal Judiciário, notadamente quando alude sua organização-operacional, “no que couber”, às referências outorgadas aos órgãos do Poder Judiciário (artigos 73 e 96).

Por outro aspecto, anota o citado ex-ministro do Supremo Tribunal Federal – opinião que ora se concorda - que embora o órgão de contas não integre o Legislativo ou o Judiciário, também não se posta como simples figura administrativa, uma vez que seu regime jurídico é

¹⁴⁷ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional do Tribunal de Contas, Revista Diálogo Jurídico, Salvador CAJ – Centro de Assistência Judiciária, v. I – nº 09, dezembro de 2001.

¹⁴⁸ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional do Tribunal de Contas, Revista Diálogo Jurídico, Salvador CAJ – Centro de Assistência Judiciária, v. I – nº 09, dezembro de 2001.

¹⁴⁹ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional do Tribunal de Contas, Revista Diálogo Jurídico, Salvador CAJ – Centro de Assistência Judiciária, v. I – nº 09, dezembro de 2001.

¹⁵⁰ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I - o Supremo Tribunal Federal; I-A o Conselho Nacional de Justiça; II - o Superior Tribunal de Justiça; II-A - o Tribunal Superior do Trabalho III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho; V - os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI - os Tribunais e Juízes Militares; VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

“*centralmente constitucional*”¹⁵¹. Vale dizer: possuem esses órgãos arcabouço normativo elaborado pelo legislador de primeiro escalão, dimensão essa que deve ser relevada para classificar sua natureza jurídica.

A atuação administrativa decorre da lei infraconstitucional. Dizer que um órgão se remete à função administrativa, é o mesmo que dizer, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, que desempenha sua função mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais¹⁵² - o que não é o caso do Tribunal de Contas, cuja previsão, como os demais órgãos de Governo, decorre diretamente do Texto Maior.

Daí a dizer que a Casa de Contas se constitui em tribunal de valor político-administrativo. Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei¹⁵³. Consubstancia, dessarte, órgão autônomo, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais, exatamente como sucede com o Ministério Público, na legenda do art. 128 da Constituição.

E, nesse sentido, como conclui Ayres Britto:

Salta à razão que se os Tribunais de Contas não ostentassem dimensão política não ficariam habilitados a julgar as contas dos administradores e fiscalizar as unidades administrativas de qualquer dos três Poderes estatais, nos termos da regra insculpida no inciso IV do art. 71 da Carta de Outubro (salvante as contas anualmente prestadas pelo Chefe do Poder Executivo). Sequer receberiam o nome de “Tribunais” e nunca teriam em órgãos e agentes judiciários de proa o seu referencial organizativo-operacional.

5.4.2.2 - *Competências controladoras do Tribunal de Contas*

Especificamente sobre as competências reservadas ao Tribunal de Contas que permitem o controle sobre a Administração Pública, denota-se que são todas previstas no artigo 71, da Constituição de 1988. Vislumbra-se que incumbe àquela corte, como dito, auxiliar o Congresso Nacional no controle externo que lhe incumbe exercer sobre a atividade financeira e orçamentária da União.

Tem-se, assim, que lhe cabe, por exemplo, apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio (inciso I, do art. 71). Referido ato, para José

¹⁵¹ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional do Tribunal de Contas, Revista Diálogo Jurídico, Salvador CAJ – Centro de Assistência Judiciária, v. I – nº 09, dezembro de 2001.

¹⁵² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 958

¹⁵³ BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional do Tribunal de Contas, Revista Diálogo Jurídico, Salvador CAJ – Centro de Assistência Judiciária, v. I – nº 09, dezembro de 2001.

dos Santos Carvalho Filho, “*tem caráter meramente opinativo, de modo que não vincula o Congresso no que tange à sua decisão*”¹⁵⁴.

Vê-se, também, que tem competência para *julgar* as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (inciso II).

Pode, ainda, apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, (inc. III) e realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (inc. IV).

Dentre outras previstas nos incisos do indicado artigo 71, compete também ao Tribunal de Contas fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, aplicar aos responsáveis (inc. VI); aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei (inc. VIII), e sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (inc. X).

No mais, acerca de irregularidades ou abusos apurados, a Corte de Contas somente pode representar ao poder competente para que este tome as medidas pertinentes (inc. XI).

Em suma: as Cortes de Contas brasileiras são competentes para julgar – e essa é a palavra utilizada no texto constitucional – as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro público. Fora isso, podem também sustar atos administrativos e, dentre outras atribuições, instaurar procedimentos para fiscalizar contratos, com direito à aplicação de sanções aos responsáveis. Em outras palavras: os Tribunais de Contas são competentes para julgar, ainda que administrativamente, todos os atos de gestão praticados pela Administração Pública, decidindo-lhes a regularidade e aplicando multa ao administrador responsável.

¹⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos *apud* Paulo Bonavides, In: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado. Fernando Dias Menezes de Almeida, José dos Santos Carvalho Filho – 1ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 155.

5.4.3 – Controle externo praticado pelo Poder Judiciário

Como já se viu, dependendo da natureza jurídica do órgão controlador, o controle sofrido pela administração pode ser legislativo (político), administrativo (interno), autônomo (caso do Tribunal de Contas) ou judicial. O controle judicial, nesse sentido, é o poder de fiscalização que órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos.

Com efeito, como não poderia ser diferente, eis que se trata da característica mais marcante das atinentes ao Poder Judiciário, a fiscalização praticada pelo Judiciário sobre o Executivo possui força definitiva, isto é, a opinião expressada pelo juiz a respeito da validade dos atos administrativos postos à sua apreciação é imutável, a partir do momento em que fizer coisa julgada. Daí se nota que, além da imutabilidade de suas decisões, outro fator que bem delinea o controle judicial é que, por ser inerte, deve ser provocado por terceiro para atuar.

Trata-se de controle *in concreto* com fundamento constitucional encontrado no artigo 5º, inciso XXXV¹⁵⁵ e que, segundo a maior parte da doutrina constitucionalista e administrativista, é essencial à garantia das liberdades individuais, tendo em vista que se não fosse esse tipo de controle, de nada valeriam os direitos constitucionais tão caros ao ordenamento jurídico, protegidos por meio de diversos remédios judiciais.¹⁵⁶

Deveras, o mesmo fundamento constitucional que evidencia a unidade de jurisdição brasileira, demonstra que nada afasta da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Daí a dizer, então, que o que sustenta, de fato, o controle judicial sobre os atos administrativos é o princípio da legalidade.

Com efeito, o princípio da legalidade, deveras já abordado, não se impõe no ordenamento jurídico como instrumento de organização burocrática, mas serve notadamente para proteger o corpo social. Quis-se outorgar à sociedade a certeza de que ato administrativo nenhum poderia impor limitação ou prejuízo a ninguém, sem que tais gravames fossem autorizados pela população, vale dizer, pela lei.¹⁵⁷

Não por outra razão, portanto, é que José dos Santos Carvalho Filho professa ser o princípio da legalidade a natureza jurídica do controle judicial sobre atos da administração. Em suas palavras, *in verbis*:

¹⁵⁵ Art. 5º (...) inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁵⁶ É o que pensa José dos Santos Carvalho Filho, fazendo citação à Celso Antônio Bandeira de Mello. In: Tratado de direito administrativo, p. 58.

¹⁵⁷ BANDEIRA DE MEL, Celso Antônio. O. Curso de direito administrativo, 30, ed. ver. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 964.

Cuida-se de controle de legalidade, na medida em que compete ao órgão jurisdicional cotejar o ato administrativo com a lei, para o fim de julgá-lo válido ou inválido. O fundamento central do controle – já o dissemos – reside no princípio da legalidade, incluído no art. 37, caput, da Constituição Federal, entre os princípios da Administração Pública¹⁵⁸.

Nesse sentido, denota-se que, visando à defesa da legalidade, diversos são os institutos que legitimam pessoas a impugnam atos da administração no Poder Judiciário. Merecem destaque o habeas corpus (5º, inciso LXVIII, da CF), o mandado de segurança (art. 5º, inc. LXIX, da CF), o habeas data (art. 5º, inc. LXXII, da CF), o mandado de injunção (art. 5º, inc. LXXI, da CF), a ação popular (art. 5º, inc. LXXIII, da CF), a ação civil pública (Lei nº 7.347/85), a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, inc. I, “a”, da CF) e a ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992).

¹⁵⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado. Fernando Dias Menezes de Almeida, José dos Santos Carvalho Filho – 1ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 58.

CAPÍTULO VI

DAS INCONVENIÊNCIAS GERADAS PELO ATUAL CONTEXTO DE CONTROLE QUE VIVENCIA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como se percebe, desde os tempos mais remotos a administração pública experimenta controle das mais variadas ordens, controles estes que após o advento da Constituição de 1988 parecem ter ampliado. Aliás, aparenta-se que o legislativo brasileiro, talvez simbolicamente, procura combater eventuais irregularidades do Executivo mediante a impulsão e criação de diversas facetas de controle.

Denota-se, nesse diapasão, que se vive tempos de legislação reativa, como professam Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma, onde, diante das crises éticas notoriamente vivenciadas no contexto do Executivo, o Legislativo tende a aprovar a primeira medida legal que vise à sanear os costumes administrativos¹⁵⁹. Citam-se, a título de exemplos, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8666/1993) a Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), ambas editadas em resposta ao cenário político da época.

Isso, por si só, já evidencia que os controles praticados sobre o Executivo emanam imperfeições. É que se criam diversas formas de controlar a atividade administrativa, por múltiplas e distintas pessoas, sendo que, no entanto, não se especifica, ao certo, quais as limitações inerentes a cada agente controlador, quais os atos administrativos poderiam controlar, muito menos como modular os efeitos dos atos eventualmente praticados em dissonância com o Direito.

É exatamente nesse contexto que se evidenciam inúmeros impasses atualmente visíveis no que respeita ao controle da administração pública.

Dessarte, como lecionam Floriano de Azevedo Marques Neto e Juliana Bonacorsi de Palma, hodiernamente, a administração experimenta notórios impasses relacionados a esse tema, os quais dificultariam inclusive a gestão pública de forma eficiente.¹⁶⁰

A captura das competências públicas seria o primeiro desses impasses. Deveras, desmedidamente, os órgãos de controle e, notadamente os tidos como mais confiáveis pela

¹⁵⁹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 22.

¹⁶⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21-28.

sociedade, por assim dizer - como é o Ministério Público - passaram a definir como os gestores devem implementar as políticas públicas. E, de forma atécnica, isso o fazem por meio de súmulas internas, evidentemente deslocando a competência governamental para si. Tal situação, ao nosso ver, faz com que o agente político eleito pelo povo para implementar o interesse público se torne refém das opiniões jurídicas técnicas e burocráticas interpretadas pelos órgãos de controle, órgãos tais cujo escopo não contempla, por exemplo, exercer a função administrativa.

Outra situação de impasse a se destacar é o controle externo exercido mediante orientações com razões de predileções pessoais. Aqui, a ideia é de que, cada vez mais, os órgãos controladores estão institucionalizando pensamentos jurídicos, aplicando-os e cobrando-os da administração, em verdadeira substituição às orientações da própria pessoa controlada. Verdadeiro pensamento de que a melhor interpretação jurídica está para o agente controlador, talvez porque muitas das vezes advêm de concursos públicos e não de eleições.

Ainda, apresenta-se como outro impasse o desvirtuamento que o controle está trazendo à atividade-fim da administração pública. Isso porque, é fácil de se notar que os gestores públicos estão priorizando, de forma gradativa, atender às demandas dos controladores, ao invés de cumprirem as atividades-fim inerentes à função administrativa, vale dizer, perquirir o interesse público. Interessantes anotações fazem Marques Neto e Bonacorsi de Palma, sobre isso, no sentido de que a depender do quão incisiva é a intervenção controladora, o agente controlador por vezes se coloca como colaborador do gestor no exercício de suas competências administrativas ou então toma seu lugar por completo¹⁶¹. Cita-se, a título ilustrativos, dados de 2016 noticiados na mídia, no sentido de que, no referido exercício, a União Federal teria gastado 1.6 bilhão de reais para atendimento a ordens judiciais.¹⁶²

Outrossim, a título de quarto impasse, questionam os supracitados autores acerca dos reais efeitos do combate à corrupção, isto é, será que, de fato, a cultura do controle realmente se demonstra eficaz no combate à corrupção? Veja-se que, como dito alhures, demonstra-se que o Legislativo brasileiro, talvez simbolicamente, procura combater eventuais irregularidades do Executivo mediante a impulsão e criação de diversas facetas de controle. Ocorre que, ao nosso ver, tais condutas não parecem ser a resposta esperada, eis que, ao invés de combater irregularidades no serviço público, mais aumentam os impasses administrativos.

¹⁶¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 21-28.

¹⁶²<https://oglobo.globo.com/brasil/uniao-preve-gasto-recorde-com-tratamentos-por-ordem-judicial-19774203>, visualizado em 16.09.2017, às 17h.

Também se evidencia como impasse o ônus sofrido pelo administrador de boa-fé, que, por precaução, se torna refém do controle. Sem embargo, a aplicação do interesse público por intermédio da função administrativa, é, em verdade, a ponderação, o sopesamento dos princípios constitucionais incidentes em determinado caso concreto, a fim de que se encontre a resposta que melhor atenda aos desideratos da sociedade. Ocorre que, muitas vezes, o gestor público teme exercer a discricionariedade que lhe é atinente, para não ser responsabilizado depois, em caso de mera discordância dos órgãos controladores.

De mais a mais, nota-se como, talvez, uma das piores e mais notórias hipóteses de impasse criada pela multiplicidade de órgãos de controle hoje existentes a competição institucional que vivenciam. Deveras, observa-se que, atualmente, poucas são as iniciativas de cooperação entre os órgãos de controle, os quais, não raras as vezes, entram em colisão para fazer valer suas respectivas posições jurídicas ou áreas de atuação.

Exemplo clássico sobre isso é a discussão jurídica gerada pela Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013), ato normativo tal que, ao instituir o acordo de leniência como instrumento de abrandamento de penalidades administrativas ou judiciais, impulsiona o conflito entre os órgãos de controle que discutem para saber quem, de fato, teria competência para celebrá-lo, vale dizer: poderia somente a controladoria o fazer, sendo desnecessária a apreciação do Ministério Público? Teria papel o Tribunal de Contas, nesse sentido? Aliás, feito um acordo entre eventual sociedade empresária e a própria administração, estaria o Ministério Público vinculado a essa relação jurídica?

Nem se deslembre, ainda, das anotações de Floriano de Azevedo Marques Neto, segundo quem, além de todos os impasses invocados, pecaria também o pensamento de que o aumento da eficiência administrativa é buscado mediante aumento de controle, máxime porquanto (a) a multiplicidade de controle pode levar à sua própria ineficiência; (b) os procedimentos controladores são custosos.¹⁶³

Pois bem. Somando-se a tudo isso, encontra-se a proposta deste trabalho. É que, com efeito, vislumbra-se que poucas vezes os órgãos de controle, ao analisarem as controvérsias jurídicas postas à sua fiscalização, pensam no ordenamento jurídico como um sistema normativo e, portanto, formado por regras e princípios, como se defende aqui. Ressalvadas louváveis exceções, parecem pensar que a persecução do interesse público se dá única e exclusivamente com a consecução do princípio da legalidade, sobretudo em sentido estrito.

¹⁶³ Floriano de Azevedo Marques Neto. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). Nova organização administrativa brasileira. 2 ed., rev, e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 209.

Assim, não são raras as vezes em que as consequências advindas de controles externos formalísticos, por assim dizer, impulsionados pela tentação de efetivar ao máximo o princípio da juridicidade, acabam por invalidar atos da administração que, conquanto não produzidos exata e precisamente nos termos da lei, mereceriam observação e manutenção, em homenagem a outros vetores também caros ao ordenamento jurídico, como, por exemplo, a segurança jurídica, a eficiência, a economicidade e a boa-fé.

Nesse sentido, partindo-se as premissas de que o controle deve ser responsivo ou que deve ter um viés pragmático ou consequencialista e, que portanto, qualquer órgão ou agente incumbido do controle deve sempre perquirir e avaliar as consequências da medida de controle antes de adotá-la¹⁶⁴, é que se pretende ventilar pensamentos acerca da relação existente entre a teoria da invalidação dos atos administrativos e as consequências de sua eventual aplicação como se regra fosse (mediante subsunção), sobretudo em atenção a outros vetores constitucionais (eficiência administrativa e segurança jurídica, *e.g.*).

¹⁶⁴ Floriano de Azevedo Marques Neto. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). Nova organização administrativa brasileira. 2 ed., rev, e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 199-238.

CAPÍTULO VII

DO CONTROLE RESPONSIVO OU CONSEQUENCIALISTA

Sem desconsiderar a próspera e imperiosa busca de ética e moral na administração pública, denota-se que a multiplicação de notícias de corrupção impulsiona o diagnóstico de que grande parte dos mecanismos de controle atualmente existentes são marcadamente formais e custosos.

Perceba-se que o controle da administração, embora seja inerente à própria noção de Estado de Direito, como já dito, não representa um fim em si mesmo. Representa, em verdade, uma ferramenta para o aperfeiçoamento da administração na busca da eficiência e do interesse público, eis que a administração somente atinge seu desiderato quando, além de não desperdiçar recursos públicos, logra a atender às necessidades coletivas que correspondem à finalidade do agir administrativo.¹⁶⁵

Deveras, uma administração proba, ética e moral pode não ser peremptoriamente eficiente e eficaz no que tange à consecução do interesse público. Nesse mesmo sentido, um sistema de controle que somente pune e invalida atos da administração, sem critérios pragmáticos, pode não corresponder peremptoriamente aos ditames constitucionais incidentes sobre a função administrativa. Entende-se, pois, que o controle eficiente é aquele que consegue combinar o rigor no combate aos disparates com a verificação ponderada das consequências das medidas de coibição a seu alcance, como sugere Floriano de Azevedo Marques Neto.¹⁶⁶

Reconhece-se que o controle da administração pública é de suma importância à garantia da manutenção do Estado de Direito; no entanto, deve-se ater que ato controlador também deve respeitar os cânones constitucionais. Viu-se, até então, diversos impasses gerados pelo desenho institucional atualmente experimentado pela administração pública no que respeita ao controle ao qual é submetida. A todos esses impasses, acresça-se a hipótese de controles externos irresponsivos e, pois, que relevam as consequências geradas pelas suas decisões.

Com efeito, a responsividade aqui defendida está para a noção de consequencialismo, ao passo que o ato responsivo corresponde à ideia de que foi emanado com base em interpretações consequencialistas. A título de conceituação, pode-se dizer que o

¹⁶⁵ Floriano de Azevedo Marques Neto. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). Nova organização administrativa brasileira. 2 ed., rev, e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 199-238.

¹⁶⁶ Floriano de Azevedo Marques Neto. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). Nova organização administrativa brasileira. 2 ed., rev, e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 199-238.

consequencialismo, jurídico no caso, constitui método de valoração em que, diante de várias interpretações jurídicas e logicamente possíveis, o interprete do Direito utiliza como critério determinante para decisão os efeitos que dela decorrerão.

No âmbito desta monografia, o termo consequencialismo jurídico será utilizado em sentido amplo, como sendo qualquer programa teórico que se proponha a condicionar explícita ou implicitamente a adequação jurídica de dada decisão fiscalizatória ou controladora à valoração das consequências a ela associadas, bem como às suas alternativas. Assim, será tratada como consequencialista tanto a posição que reserva ao sopesamento das consequências do ato controlador um papel residual no juízo de adequação, quanto aquela que admite, ao lado da análise consequencialista, as ditas alternativas.¹⁶⁷

Consoante destaca Luis Fernando Schuartz¹⁶⁸, ao selecionar ou pretender fundamentar uma certa decisão com base na análise das consequências eventualmente por ela produzidas, o decisor abre um flanco para requerimentos de prestação de contas cujo atendimento estará sujeito a critérios científicos de adequação. Isso porque, todo juízo consequencialista contém uma dimensão descritiva, na qual deverá ser positivamente especificada, para cada alternativa de decisão disponível, a sua respectiva consequência. De qualquer modo, cabe ao decisor o dever da fundamentação atinente à validação das razões que sustentam seu ato.

O consequencialismo, em busca da integração entre os planos abstrato e fático, impõe ao julgador, aqui, controlador, diante de mais uma hipótese juridicamente possível, apreciar as consequências sociais e econômicas da hipótese a ser escolhida. Trata-se de adequação jurídica do ato controlador às consequências a ele associados. Em outras palavras, é uma corrente interpretativa que atribui às consequências o peso determinante da decisão nas hipóteses em que estiverem presentes um leque de interpretações justificáveis e lógicas.

Diante disso, questiona-se: toda decisão controladora demanda que argumentos consequencialistas sejam invocados para ser tomada? Ademais, haveria conflitos entre argumentos deontológicos e consequencialistas?

Sobre a primeira pergunta, convém destacar a posição de Richard Posner: quando a decisão não for catastrófica ou absurda, o recomendável é seguir a norma ou contrato, com vistas a proteger as expectativas e preservar a linguagem ordinária como efetivo meio de

¹⁶⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. Revista de direito administrativo, 2008.

¹⁶⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. Revista de direito administrativo, 2008.

Visualizado em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/41531/40881>, às 17h, de 18/09/2017.

comunicação legal¹⁶⁹. Mereceriam, portanto, juízo consequencialista as decisões cuja resposta fosse de difícil interpretação, notadamente diante dos resultados eventualmente produzidos. Concordamos com tal posicionamento ao passo que, para nós, dizer que a teoria do consequencialismo não pode ser aplicada a todos os casos, é dizer, *ipso facto*, que se deve tecer ponderações sobre os valores incidentes em determinado caso concreto, conceito previamente adotado no início deste trabalho¹⁷⁰, a fim de representar a visão de princípios aqui estudada.

Por outro lado, acerca da segunda questão, relevante seria, de fato, adequar a visão consequencialista aos ditames deônticos, isto é, a visão do sopesamento de valores à visão de aplicação do Direito mediante subsunção, colocando-se o primeiro no contexto jurídico emanado pelo segundo. George Basile, em citação à Cristiano Carvalho, aduz que, em verdade, seria uma estratégia consequencialista seguir o direito deôntico, pressupondo que este teria soluções mais benéficas, como para a segurança jurídica, por exemplo.¹⁷¹ De toda forma, casos existirão em que, eventualmente, os sopesamentos consequencialistas poderão se sobrepôr aos dogmas deonticos; tal resposta, repisa-se, demandará ponderação.

Daí a dizer que, portanto, que o controle, em nossa visão, deve ser responsivo e ter um viés pragmático ou consequencialista, como leciona Floriano de Azevedo Marques Neto. Com isso, tem-se que qualquer órgão incumbido da função controladora deve perquirir e avaliar as consequências da medida antes de adotá-la, máxime quando os resultados ocasionados por sua decisão possam representar efeitos catastróficos. Isso, dessarte, não para tornar o controle mais singelo, mas sim para que seja possível modular as medidas corretivas, com o fito de que elas apresentem o menor impacto para o interesse público mais denso envolvido no caso.¹⁷²

¹⁶⁹ BASILE, George. Controle de Constitucionalidade de normas orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Visualizado em www.teses.usp.br/.../BASILE_GEORGES_CAMPOS_CHRISTOPOULOS_TESE.pdf, em 18/09/2017, às 17h.

¹⁷⁰ Sobre isso, conferir o capítulo 3 desta monografia.

¹⁷¹ BASILE, George. Controle de Constitucionalidade de normas orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Visualizado em www.teses.usp.br/.../BASILE_GEORGES_CAMPOS_CHRISTOPOULOS_TESE.pdf, em 18/09/2017, às 17h.

¹⁷² Floriano de Azevedo Marques Neto. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). Nova organização administrativa brasileira. 2 ed., rev, e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 199-238.

CAPÍTULO VIII

DA INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS ANTE AO CONTROLE DE RESULTADOS

Pois bem. Como já ressaltado, denota-se que nos termos da teoria da extinção do ato administrativo, a invalidação se desenha como a ideia de que há, perante o ato, algum vício em sua estrutura que o diferencia do mundo do dever ser. Daí porque, considerando que não há ato mais inválido do que outro, percebe-se pode haver reações do Direito mais ou menos extremas ante as várias proposições de invalidade.

Partindo-se dessas premissas, classifica-se que há, perante o Direito Administrativo, atos nulos, anuláveis, inexistentes e irregulares. Em resumo, relembra-se que os atos inexistentes consistem em comportamentos correspondentes a condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais. Os atos irregulares, por sua vez, são aqueles que apresentam vícios de menor expressão, em tese, irrelevantes para o Direito. Por fim, a principal diferença entre os atos nulos e anuláveis está em os primeiros não são convalidáveis e emanam efeitos *ex tunc*, ao passo que os segundos são convalidáveis e emanam efeitos *ex nunc*.

É, dessarte, exatamente a aplicação dessa teoria que vem fomentando volumosas controvérsias jurídicas nos bastidores administrativos, notadamente mediante a impulsão do que se defende aqui tratar-se de controle irresponsivo ou não consequencialista. Explica-se.

Não são raras as vezes em que controles externos formalísticos (quicá irresponsáveis), por assim dizer, são impulsionados pela tentação de efetivar ao máximo o princípio da juridicidade e, por isso, acabam por invalidar atos da administração que, conquanto não produzidos exata e precisamente nos termos da lei, mereceriam manutenção. Diversos são os casos em que o Ministério Público, por exemplo, exercendo seu papel constitucional e se pautando em questões estritamente legalistas, fiscaliza o Executivo e pleiteia a anulação de atos, contratos ou programas sociais, com base em questões formais - o que, por si só, já embaraça a gestão pública, eis que dificilmente os administradores tendem a prosseguir com seus planejamentos após impugnados.

Ocorre que, a despeito disso, percebe-se que o Judiciário vem, costumeiramente, chancelando controles tais e, assim, anulando atos administrativos irregulares, por assim dizer; isto é, atos não produzidos na forma prescrita pelo ordenamento. E isso o faz mediante interpretações deônticas, vale dizer, se há ilegalidade perante certo ato, então razão não há para mantê-lo no mundo jurídico. Aplica-se, ademais, normalmente, os efeitos *ex tunc* atinente às

invalidações, como se ainda fizessem sentido os dizeres da Súmula n. 473, do Supremo Tribunal Federal¹⁷³, no sentido de que atos inválidos não se originam efeitos.

Ora, tais situações – de irresponsividade – podem ocasionar efeitos drásticos, quer à administração pública de modo institucional, quer à vida social, uma vez que, em casos excepcionais, a retirada do ato tido como ilegal pode causar mais danos do que sua manutenção. Com efeito, observa-se que tais ocorrências aumentam o grau de insegurança jurídica vivenciada tanto pelos administradores como pelos administrados, ao passo que, por primeiro, os cidadãos são levados à cegueira, evidentemente por não saberem se os atos que em um determinado momento seguem como legítimos e imperiosos, posteriormente sumirão do mundo jurídico, invalidados por critérios meramente formais ou técnicos. De outra banda, percebe-se, outrossim, que dificilmente agentes políticos engajados conseguem imprimir políticas públicas ativas e eficazes enfrentando controles desfreados e vinculantes.¹⁷⁴

Deveras, todo ato administrativo produz efeitos, ou é criado para tanto. Acresce que referidos efeitos, na maioria das vezes, são emanados em relação aos particulares, os quais confiam na produção administrativa, sempre dotada de presunção de legitimidade, ainda que relativa. Tem-se, dessa forma, que a extinção do ato administrativo, sem a realização de sopesamento de resultados para tanto, pode ensejar dano social, notadamente quando desprestigiados outros vetores também caros ao ordenamento jurídico, como, *verbi gratia*, a segurança jurídica, a eficiência, a boa-fé e, enfim, os resultados.

Note-se que, como alerta Floriano Marques de Azevedo, referido *déficit* de responsividade existe porque o controle hoje se volta mais ao processo e à verificação formal do cumprimento de prescrições legais em detrimento da análise de impacto das medidas adotadas, da efetividade dos resultados. É que, em suas palavras¹⁷⁵:

A receptividade ou a frustração das expectativas dos atores sociais em relação à ação administrativa assume importância menor. A defesa da moralidade e do patrimônio público (inegavelmente valores de maior importância) passa a ser objetivo bastante suficiente. Evitar o descalabro torna-se a única meta a alcançar, ainda que isso leve à total inoperância da Administração.

¹⁷³ Súmula 473, do STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial

¹⁷⁴ Vinculantes, pois, atualmente, o maior medo dos administradores é, sem sombra de dúvidas, tornarem-se réus em ações judiciais pessoais, como, por exemplo, as de improbidade. Pode-se se enxergar, nesse sentido, que, na prática, muitos controladores “ordenam” suas opiniões jurídicas, como se vinculantes fossem, para quem em troca, não haja ajuizamento de ação qualquer.

¹⁷⁵ Floriano de Azevedo Marques Neto. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). Nova organização administrativa brasileira. 2 ed., rev. e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 229.

Parecem pensar os controladores que a defesa da moralidade e do patrimônio público são motivos suficientes a fundamentar decisões irresponsivas. Nesse diapasão, a esse controle de resultados são feitas críticas salutares, principalmente no que tange ao argumento de que tal tese somente serviria para dar aspecto de legalidade a atos completamente ilegais e não condizentes com a finalidade para a qual foram investidos. Dizem os críticos, que tal defesa ensinaria o famoso “*rouba mas faz*”.

No entanto, precisas são as lições de Floriano de Azevedo Marques Neto, segundo quem, referida crítica não se sustenta ao passo que, em um só tempo, o controle de resultado permite (a) ampliar do escopo de atuação dos órgãos de controle que devem trabalhar também com a análise de custo-benefício da ação administrativa (controle de eficiência e efetividade) e (b) dotar de atividade de controle de alguma responsividade, obrigando a que cada medida adotada no controle seja precedida de um relatório de impacto, no qual sejam perquiridos os efeitos e os resultados de sua adoção.¹⁷⁶

Dá a dizer que, consoante ora se defende, os controles externos exercidos sobre a administração com o enfoque de apreciar atos, contratos e programas sociais desenvolvidos pela administração, como o é, por exemplo, o praticado pelo Poder Judiciário, deve ser exercido com responsividade, vale dizer, adotar cautelas consequencialistas antes da simples retirada do mundo jurídico, principalmente quando a fundamentação da medida se pautar em aspectos pouco relevantes ao Direito, quer pela matéria formalística, quer pelo decurso do tempo.

Ora, como anota Marques Neto, invalidar todo um programa de melhorias com proveitos à coletividade por um defeito menor ou por uma falha formal, não é sinal da efetividade do controle, mas prova da sua falta de responsividade. É, em verdade, a negação da lógica da eficiência.¹⁷⁷

Perceba-se que, como leciona Ricardo Marcondes Martins¹⁷⁸, ao editar um ato, o agente público pondera quais os valores constitucionais incidiriam *in casu*. Assim, para retirá-lo do mundo jurídico, a mesma fórmula deveria ser adotada. A ideia, então, é de que quando o controlador externo se encontre em sede de fiscalização de um ato administrativo

¹⁷⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública: In: MODESTO, Paulo (coord.). Nova organização administrativa brasileira. 2. Ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 233.

¹⁷⁷ Floriano de Azevedo Marques Neto. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). Nova organização administrativa brasileira. 2 ed., rev. e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 209.

¹⁷⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos vícios dos atos administrativos, São Paulo, Malheiros Editores, 2008, p. 665.

aparentemente ilegal, relevante seria se ele se investisse na função de administrador e, nesse sentido, respeitasse a forma pela qual a função pública é perquirida, vale dizer, observando os princípios e regras incidentes no direito público. Nesse caso, o Judiciário, por exemplo, ao extinguir um ato da administração, deve considerar outros vetores constitucionais também eventualmente conflitantes na hipótese de incidência, construindo-se, sempre de forma precedente, esboço sobre as possíveis consequências que tal aplicação resultaria na vida dos cidadãos.

De mesma sorte acompanha a decisão em que o controlador externo determina que a administração crie um ato administrativo, vale dizer, conceda um benefício a um específico administrado¹⁷⁹. Nesse caso, o controlador, antes de expedir seu controle concreto e específico, deve perquirir se a administração tem condições de replicar essa decisão a todos os outros administrados que estejam em iguais condições, notadamente em homenagem à isonomia e às questões orçamentárias.

Sugere-se, nesse compasso, que sempre que dada hipótese de ilegalidade constante de um ato administrativo se evidencie como relevante, isto é, quando a possível decisão de invalidação emitida pelo órgão controlador demonstrar que efeitos catastróficos poderão insurgir, imperioso seria analisar a questão sob o enfoque da teoria da controle responsivo. Assim, imperioso, nesse caso, ponderar se referido ato administrativo mereceria, de fato, ser retirado do mundo jurídico, notadamente diante dos resultados eventualmente produzidos. Lembra-se, aliás, que dizer que a teoria do consequentialismo não pode ser aplicada a todos os casos, é dizer, *ipso facto*, que se deve fazer uma ponderação sobre os valores incidentes em determinado caso concreto.

Inobstante, detectada a relevância social que invoque razões de resultado à apreciação do ato, convém que o controlador procure adequar a visão consequentialista aos ditames deônticos, ou seja, a visão do sopesamento de valores à de aplicação do Direito prescrito, colocando-se o primeiro no contexto jurídico emanado pelo segundo.

Fazendo-se tais ponderações, chega-se à conclusão de que a invalidade do ato administrativo, como indica Ricardo Marcondes Martins, demanda a perquirição de certas indagações: (a) o vício encontrado no ato afeta interesse finalístico procurado pelo Direito? (b) é passível de convalidação? (c) possui, em extrema hipótese, o condão de tornar nulo o contrato e (d) a nulidade, se decretada com efeitos *ex tunc*, ocasionaria resultados extremos à vida social, em desprestígio a vetores constitucionais, como a segurança jurídica e a boa-fé? A resposta para

¹⁷⁹ Remédios, por exemplo.

tais quesitos é que nos parece balizar o repúdio do Direito pelos vícios constantes dos atos administrativos e, assim, colaborar para a decisão responsiva do órgão controlador.

Sem embargo, o que se pretende frisar aqui é que os vícios constantes dos atos administrativos, seguindo-se o regime jurídico de direito público, podem consubstanciar nulidades ou não. Mas, mais do que isso, que os efeitos dos vícios dos atos administrativos são moduláveis, conforme ponderação em cada caso concreto, máxime quando cabível convalidação ou formulados pensamentos responsivos a seu respeito.

CAPÍTULO IX
PONDERAÇÕES SOBRE UM EXEMPLO HIPOTÉTICO – DAS CONTRATAÇÕES
EMERGENCIAIS PREVISTAS NO INCISO IV, DO ARTIGO 24, DA LEI 8666/93.

Veja-se que, como preconiza o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a regra é a obrigatoriedade de licitar. Assim, para regulamentar o exercício dessa atividade foi então publicada a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, a qual, em seu artigo 3º, indicou o certame licitatório como o procedimento administrativo que visa à selecionar a proposta mais vantajosa à administração.

Entretanto, referido diploma legal traz exceções, casos em que a licitação será dispensada, dispensável ou inexigível. Sucede que, dentre as taxativas hipóteses de licitação dispensável, insurge-se o dito artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8666/1993, *in verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação: [...] IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

É dizer: permite-se a contratação direta nos casos emergenciais, quando agravados pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, desde que se contrate somente os bens necessários ao pontual atendimento da situação emergencial.

Benedito Chiaradia comentando sobre referido dispositivo, assegura que não basta a demonstração de uma situação de emergência ou de calamidade pública para que se dê por justificada a dispensa licitatória aqui analisada, é preciso que essas circunstâncias sejam acompanhadas de urgência para evitar um prejuízo ou um comprometimento da segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou privados.¹⁸⁰

Daí a dizer que, em alusão às lições de Marçal Justen Filho, a emergência consiste em ocorrência fática que produz modificação na situação visualizada pelo legislador como padrão. A ocorrência anômala conduzirá ao sacrifício de valores se for mantida a disciplina jurídica

¹⁸⁰ CHIARADIA, Benedito Dantas. As licitações e os contratos administrativos: crítica e prática da Lei n. 8666/93 e da Lei 12.462/2011. 1ª ed - Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013, p. 123.

estabelecida como regra geral¹⁸¹. Nesse sentido, havendo hipóteses emergenciais, agravadas pela urgência de atendimento, o ordenamento permite a dispensa de licitação.

Com efeito, apenas situações excepcionalíssimas permitem a dispensa de licitação, com fulcro no artigo 24, inciso IV, da Lei n. 8666/93. Em contrapartida, consoante ressalta a grande maioria da doutrina e a jurisprudência pátria, situações ordinárias, ou extraordinárias causadas, no entanto, total ou parcialmente, por ato desidioso de gestor público ou por má gestão dos recursos disponíveis, não justificam a invocação do artigo *sub examine*.¹⁸²

Ora bem. Partindo-se de tais premissas, tome-se como exemplo hipotético a seguinte situação.

O Município “A” concedeu, pelo prazo de 15 (quinze) anos, a prestação do serviço público de transporte coletivo à sociedade empresária “B”, vencedora do certame licitatório precedente à contratação. Ocorre que, restando dois meses para o término da concessão, a administração, já atrasada, se propôs a iniciar os novos procedimentos licitatório a fim de substituí-la. Quando se dá conta de que o prazo para licitar seria insuficiente e a fim de evitar o caos social eventualmente advindo do término contratual, de modo que os administrados ficariam sem transporte coletivo, o administrador decide dispensar a licitação até que se finde o certame em curso, e, pois, contratar outra empresa para prestar o dito serviço público, nos termos do artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8666/1993.

Sucedendo que, vigente a contratação emergencial há algum tempo, há impugnação judicial a respeito de sua validade. Nesses termos, tendo em vista a ilegalidade detectada *in casu*, deveria o Poder Judiciário anular a contratação em apreço, decretando-lhe efeitos *ex tunc*? Se isso o fizesse, seria uma decisão responsiva?

Ora bem. Ante a irregularidade informada, é preciso perquirir: (a) a eventual invalidação do contrato *sub examine* ocasionaria resultados extremos à sociedade? (b) é possível tecer interpretações consequencialistas *in casu* atreladas às visões deontológicas do Direito? (c) a ausência da licitação afetaria o interesse finalístico procurado pelo Direito? (d) possui, em extrema hipótese, o condão de tornar nulo o contrato; e (e) a nulidade eventualmente detectada, se decretada com efeitos *ex tunc*, ocasionaria resultados absurdos à vida social, em desprestígio a vetores constitucionais, como a segurança jurídica e a boa-fé?

¹⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª edição – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 339.

¹⁸² Cita-se, v.g. que o Tribunal de Contas da União, por exemplo, celebrou entendimento, por intermédio da decisão plenária n. 374/1994, que um dos requisitos atinentes ao artigo 24, inc. IV, da Lei 8666/93 é de que a situação emergencial não tenha sido gerada, total ou parcialmente, por ausência de planejamento da administração, desídia do gestor público ou então por má gestão dos recursos efetivamente disponíveis.

Nota-se, pois, que o que se pretende demonstrar, com isso, é que as respostas de tais questões podem balizar o repúdio do Direito pelos vícios constantes dos atos da administração e, assim, colaborar para a decisão responsiva do órgão controlador.

Veja-se. De plano, evidencia-se que a contratação emergencial em tela afrontou a Lei nº 8666/1993, ao passo que, em regra, a administração, ao contratar, deve licitar. As exceções postas na lei, por serem exceções, devem ser analisadas com parcimônia, a fim de que não sejam desvirtuadas. No presente caso, restou claro que o administrador do Município “A” agiu, no mínimo, de forma omissa ao retardar o início dos procedimentos necessários ao cumprimento do desiderato legal, razão pela qual, não fosse a má gestão, inexistiria situação emergencial a ser sanada. Está evidente, no exemplo aqui colacionado, a dita urgência fabricada, que, a extreme de dúvidas, não merece receber o beneplácito dos controladores.

Ocorre que, a despeito da tal fabricação, que, como já dito, evidencia, no mínimo, desídia no trato com a coisa pública por parte do administrador, forçoso reconhecer que situação gravíssima se insurge mesmo assim, a saber: a extinção do contrato emergencial até então vigente deixaria os administrados sem locomoção pública, eis que restaria ausente a prestação dos serviços públicos de transporte coletivo. Essa é a ponderação que pretende sanar a teoria da responsividade.

Com efeito, como indica Ricardo Marcondes Martins, em notável parecer elaborado sobre a manutenção de concessão de serviço público considerada inválida pelo Tribunal de Contas, ao examinar a invalidade de uma contratação, deve-se ponderar: (a) se o sistema jurídico não permite a retirada do contrato do mundo jurídico, mas exige a correção do contrato, deve a Administração adotar as medidas necessárias para o saneamento do ato; noutra giro, (b) se o sistema não permite a retirada do ato nem exige adoção de outras providências, pois diante das circunstâncias, do decurso do tempo, dos efeitos gerados, houve a estabilização dos vícios, deveria a Administração reconhecer a estabilização.¹⁸³

Assim, se um contrato administrativo não for acometido de nulidade propriamente dita, o Direito positivo brasileiro não permitiria sua retirada do mundo jurídico, restando à autoridade competente convalidar os vícios possíveis ou reconhecer-lhes estabilização, diante das circunstâncias e decurso do tempo. É que, como sabido e ressabido, uma contratação efetuada pelo Estado, a despeito dos fins estipulados contratualmente, visa, precipuamente, a satisfazer o interesse público, isto é, sopesar os valores e princípios fundamentais constitucionais

¹⁸³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Manutenção de concessão de serviço público considerada inválida pelo Tribunal de Contas. Revista Brasileira de Infraestrutura - RBINF, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul. / dez. 2012.

incidentes sobre um caso concreto. Eventual extinção da contratação, por óbvio, também se presta ao interesse público e depende, portanto, de ponderação.

No caso em voga haveriam valores constitucionais em colisão.

De um lado, a extinção do hipotético contrato emergencial, amparada pela estrita legalidade formal (perspectiva da antiga *décision exécutoire* francesa do século XIX), pelo princípio da juridicidade, pelo princípio da igualdade e pela indisponibilidade do interesse público. Valores “X”, por assim dizer. De outro, colocam-se valores contrários à extinção do instrumento contratual, como, por exemplo, a necessidade de indenização do contratado de boa-fé, pelos danos emergentes e lucros cessantes, a necessidade de manutenção do adequado serviço público (Lei n. 8789/95), o princípio da segurança jurídica, consubstanciado pela proteção à confiança legítima, quer do contratado, quer de quem necessita da contratação em voga, enfim, do princípio da legalidade sob a ótica atual, ou seja, da atuação do Estado conforme a lei e o Direito (Lei 9784/99). São os Valores “Y”.

Pergunta-se: V“X” é maior que V“Y” ou V“Y” prevalece sobre V“X”?

Após ponderação, tem tese, evidenciar-se-ia que V“Y” prevaleceria sobre V“X”. Nesse caso, rememora-se que em caso de extinção contratual, não haveria como se afastar o dever de indenização ao contratado, pelos danos emergentes e lucros cessantes, se demonstrada boa-fé. Ainda, haveria a necessidade de realizar nova contratação o que causaria maior impacto orçamentário e retardamento do serviço público dependente do contrato em apreço. Nem se deslembre, da segurança jurídica guardada pela Administração Pública, mandamento corolário do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, da Constituição Federal). Ao final e que merece maior sopesamento, é que, nesse caso, a extinção contratual, traria extremo abalo à vida social, uma vez que os administrados, repisa-se, ficariam carentes de locomoção: inexistiria transporte coletivo no Município “A”.

É dizer: evidentemente, o presente contrato se apresentaria como impassível de retirada do mundo jurídico pelo Direito e sequer exigiria adoção de outras providências, pois diante das circunstâncias, do decurso do tempo e dos efeitos gerados, haveria a estabilização dos vícios.

A atuação de controle deve, sobretudo, quando analisar questões de resultado, contemplar o princípio da segurança jurídica, uma vez que *“a fluência de longo período de tempo culmina por consolidar justas expectativas no espírito do administrado (cidadão) e, também, por inculcar, nele, a confiança da plena regularidade dos atos estatais praticados, não se justificando – ante a aparência de direito que legitimamente resulta de tais circunstâncias – a ruptura abrupta da situação de estabilidade em que se mantinham, até então, as relações de direito público entre o agente estatal, de um lado, e o Poder Público, de outro”* - como disse o

Min. Celso de Mello, ao cassar decisões do TCU, que desprestigiavam o dito princípio, no julgamento do (MS) 2580.

Não se deslembre, aqui, que dizer que a contratação ora analisada se coloca como impassível de retirada do mundo jurídico não corresponde à assertiva de que o gestor público por ela responsável não poderá ser responsabilizado por seus atos. Dessarte, são coisas distintas. Nesse mesmo diapasão já se manifestou o TCU, *in verbis*:

2. A dispensa de licitação também se mostra possível quando a situação de emergência decorrer da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois a inércia do gestor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior tutelado pela Administração. Nessas situações, contudo, o reconhecimento da situação de emergência não implica convalidar ou dar respaldo jurídico à conduta omissiva do administrador, a quem cabe a responsabilidade pela não realização da licitação em momento oportuno.

Pedidos de Reexame interpostos pelos então Diretor-Geral e Coordenador de Administração do Hospital Federal do Andaraí questionaram deliberação pela qual o TCU, ao apreciar processo de representação, aplicara multas aos recorrentes em face de: (i) prorrogação irregular de contrato relativo à prestação de serviços de lavanderia hospitalar, após sessenta meses de sua vigência; e de (ii) sucessivas contratações emergenciais para serviços de brigadas de incêndio, sem justificativa plausível para a não realização de licitação. Analisando o feito, o relator entendeu, quanto à primeira irregularidade, não estar caracterizada a mora culposa do ex-Coordenador de Administração, por compreender que, embora tenha solicitado a prorrogação do contrato ao Diretor-Geral, “a irregularidade não pode ser atribuída a ele, que estava há pouco tempo na função e, portanto, não deu causa a situação de emergência que deu ensejo à prorrogação do ajuste ora questionada”. Nesse ponto, relembrou o relator “o entendimento deste Tribunal, expresso no Acórdão 46/2002-Plenário, de que a contratação direta também se mostra possível quando a situação de emergência decorrer da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, pois, ‘a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração’”. No caso concreto, prosseguiu, “o ponto fulcral da presente irregularidade não foi a prorrogação contratual de per si, mas a desídia da instância administrativa do Hospital de Andaraí na adoção de providências visando à conclusão de licitação, de forma a evitar a extensão do contrato acima do prazo máximo estabelecido no art. 57 da Lei 8.666/1993”. No que respeita à segunda irregularidade, entendeu o relator que os dois responsáveis tiveram tempo suficiente para a adoção de providências destinadas a evitar o descumprimento da lei, razão pela qual as razões recursais não deveriam ser providas. Nesses termos, a Primeira Câmara, acompanhando o relator, deu provimento parcial ao recurso interposto pelo Coordenador de Administração do Hospital Federal do Andaraí, reduzindo o valor da multa individual que lhe havia sido imposta, negando, contudo, provimento à peça apresentada pelo Diretor-Geral. Acórdão 2240/2015-Primeira Câmara, TC 019.511/2011-6, relator Ministro Benjamin Zymler, 28.4.2015.”

Por fim, anota-se que a despeito das considerações aqui exaradas, entende-se que as relações existentes entre a invalidade dos atos administrativos e a teoria do consequentialismo somente podem ser ponderadas, ao nosso ver, quando os vícios versarem sobre atos nulos ou anuláveis. Deveras, entendemos que atos inexistentes, isto é, aqueles praticados com finalidades criminosas e corruptas, não merecem respaldo algum do ordenamento jurídico.

CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto até aqui e diante das premissas tecidas, possível concluir que:

a) o sistema jurídico brasileiro é composto basicamente por regras e princípios. As regras, como dito, são normas que exigem cumprimento pleno, sendo somente cumpridas ou descumpridas, cuja aplicação se dá mediante subsunção. Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização de resultados aplicados mediante ponderação no caso concreto, conceito tal que, em nossa opinião, modula a aplicação praticamente todos os atos administrativos, bem como a implementação das políticas públicas.

b) a administração pública, enquanto exercente da função administrativa, é o poder ao qual foi incumbida competência para perquirir e implementar o interesse público, cujo conceito consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao interprete cabe preservar ou promover.

c) em sua atuação, a administração pública se vale de atos de diversas ordens. Nesse sentido, tem-se que quando a função administrativa é invocada para que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, declare sua vontade, mediante providências jurídicas complementares à lei e sujeitas ao controle judicial, está-se diante de um ato administrativo.

d) seguindo-se a teoria invalidação do ato administrativo, há que, como bem ressaltado, a invalidação se desenha como a ideia de que há, perante o ato, algum vício em sua estrutura que o diferencia do mundo do dever ser. Assim, perante o direito administrativo, os atos nulos, anuláveis, inexistentes e irregulares. Em resumo, relembra-se que os atos inexistentes consistem em comportamentos correspondentes a condutas criminosas ofensivas a direitos fundamentais. Os atos irregulares, por sua vez, são aqueles que apresentam vícios de menor expressão, em tese, irrelevantes para o Direito. Por fim, a principal diferença entre os atos nulos e anuláveis está em os primeiros não são convalidáveis e emanam efeitos *ex tunc*, ao passo que os segundos são convalidáveis e emanam efeitos *ex nunc*.

e) o controle exercido sobre a administração cuida-se de preceito inerente ao Estado de Direito e à noção de soberania popular. Dessarte, a administração pública está sujeita a controles internos – aqueles praticados por órgãos inerentes à sua própria intimidade – controles externos – aqueles praticados por órgãos externos ao aparelho administrativo.

f) há, atualmente, uma multiplicidade de controle que norteia a administração pública. Cita-se, para exemplificar, que o controle externo pode ainda ser dividido em controle parlamentar, ou político, controle exercido pelo Tribunal de Contas, bem como em controle judicial.

g) com efeito, essa multiplicidade de controle vem, cada vez mais, gerando impasses ao expediente administrativo, de sorte que um desses impasses ocorre quando a fiscalização é exercida de forma irresponsiva e, pois, não consequencialista. Com efeito, entende-se que o controle externo deve ser exercido com vistas ao conceito de consequencialismo jurídico, que, no caso, constitui método de valoração em que, diante de várias interpretações jurídicas e logicamente possíveis, o intérprete do Direito utiliza como critério determinante para decisão os efeitos que dela decorrerão.

h) no âmbito desta monografia, o termo consequencialismo jurídico foi utilizado em sentido amplo, como sendo qualquer programa teórico que se proponha a condicionar explícita ou implicitamente a adequação jurídica de dada decisão fiscalizatória ou controladora à valoração das consequências a ela associadas, bem como às suas alternativas.

i) assim, relacionando-se o consequencialismo à teoria da invalidação do ato administrativo, concebe-se que sempre que dada hipótese de ilegalidade se evidencie como relevante, isto é, quando a possível decisão de invalidação emitida pelo órgão controlador demonstrar que efeitos catastróficos poderão insurgir, imperioso seria analisar a questão sob o enfoque dos resultados eventualmente produzidos.

j) inobstante, detectada a relevância social que invoque razões de resultado à apreciação do ato, convém que o controlador procure adequar a visão consequencialista aos ditames deônticos, ou seja, a visão do sopesamento de valores à de aplicação do Direito prescrito, colocando-se o primeiro no contexto jurídico emanado pelo segundo. Fazendo-se tais ponderações, demanda-se a perquirição de certas indagações, como: (a) o vício encontrado no ato afetaria interesse finalístico procurado pelo Direito? (b) é passível de convalidação? (c) possui, em extrema hipótese, o condão de tornar nulo o contrato e (d) a nulidade, se decretada com efeitos *ex tunc*, ocasionaria resultados extremos à vida social, em desprestígio a vetores constitucionais, como a segurança jurídica e a boa-fé? Isso porque, a resposta para tais quesitos é que nos parece balizar o repúdio do Direito pelos vícios constantes dos atos administrativos e, assim, colaborar para a decisão responsiva do órgão controlador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 30, ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BASILE, George. Controle de Constitucionalidade de normas orçamentárias: o uso de argumentos consequencialistas nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Visualizado em www.teses.usp.br/.../BASILE_GEORGES_CAMPOS_CHRISTOPOULOS_TESE.pdf, em 18/09/2017, às 17h.

BARROSO, Luis Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. Interesses públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público, prefácio, p. XVI.

BORGES, Alice Gonzales. Revista de Diálogo Jurídico, n. 15, março de 2007, Salvador, Bahia, Brasil. Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução? Disponível em: <http://files.direitoeticaedignidade.webnode.com.br/200000234e1c33e2bd7/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%ABlico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf>. Visualizado em 06-09-2017.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional do Tribunal de Contas, Revista Diálogo Jurídico, Salvador CAJ – Centro de Assistência Judiciária, v. I – nº 09, dezembro de 2001.

CAETANO, Marcelo. Manual de direito administrativo, 1ª ed. brasileira, T.1.

CAMMAROSANO, Marcio. O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa. O princípio da moralidade administrativa e valores juridicizados.

CAMMAROSANO, Márcio. Contratação Direta, sem adequada observância dos requisitos procedimentais e a possibilidade de regularização, Revista Zenite, julho de 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado. Fernando Dias Menezes de Almeida, José dos Santos Carvalho Filho – 1ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CHIARADIA, Benedito Dantas. As licitações e os contratos administrativos: crítica e prática da Lei n. 8666/93 e da Lei 12.462/2011. 1ª ed - Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Tratado de Direito Administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo – 27 ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional, 38 ed., rev. e atual. – São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GARCIA, Fernando Couto. Controle Judicial das Decisões dos Tribunais de Contas. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 103-126.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, - 10 ed. rev., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 15ª edição – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 4, ed. - São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo. Wallace Paiva Martins Junior, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 245.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Manutenção de concessão de serviço público considerada inválida pelo Tribunal de Contas. Revista Brasileira de Infraestrutura - RBINF, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul. / dez. 2012.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Efeitos dos vícios dos atos administrativos, São Paulo, Malheiros Editores, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord.). Nova organização administrativa brasileira. 2 ed., rev, e ampl. Belo Horizonte, Fórum, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos Augusto; SOUZA, Rodrigo Pagani de. Controle da administração pública. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 5 ed., - São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo, São Paulo: Editora Atlas, 2013.

PETIAN, Angélica. Atributos dos atos administrativos: peculiaridades dos atos ampliativos e restritivos de direito. Revista Trimestral de Direito Público.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. Revista de direito administrativo, 2008. Visualizado em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/41531/40881>, 22/09/2017, às 10h.

ZANCANER, Weida. Da convalidação e invalidação dos atos administrativos, 3ª geração, Ed. Malheiros, 2008.