



INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
DIREITO CONSTITUCIONAL

LUCIANO DE SOUSA DIAS

**OS ATOS ADMINISTRATIVOS INVÁLIDOS EM
FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Brasília – DF

2010

LUCIANO DE SOUSA DIAS

**OS ATOS ADMINISTRATIVOS INVÁLIDOS EM
FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Professor Dr. Paulo Gustavo Branco Gonet.

BRASÍLIA - DF

2010

LUCIANO DE SOUSA DIAS

**OS ATOS ADMINISTRATIVOS INVÁLIDOS EM
FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Constitucional no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção
____(_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

*Dedico o presente trabalho ao meu filho
Leonardo Peres Dias, hoje a minha
principal fonte de inspiração.*

*Agradeço à Ivana, minha esposa, pela
inestimável compreensão.*

“As pessoas têm muito pouco apreço pela norma constitucional. Um decreto do Executivo já é conhecido. Uma portaria ministerial é que realmente é respeitada. Agora, um telefonema direto do ministro todo mundo obedece.”

Geraldo Ataliba

RESUMO

DIAS, Luciano de Sousa. *Os Atos Administrativos Inválidos em Face dos Princípios Constitucionais Aplicáveis à Administração Pública*. 2010. 119 fls. Monografia de conclusão do Curso de Especialização em Direito Constitucional – Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília-DF, 2010.

O presente trabalho teve como objetivo analisar como os princípios jurídicos atuam sobre toda a atividade administrativa, conceituar e dissecar a estrutura do ato administrativo, identificando os seus elementos constitutivos, requisitos de validade e atributos, para que, a partir daí, pudéssemos verificar o momento de sua perfeição, validade e quando adquire aptidão para irradiar os seus efeitos na ordem jurídica. Conheceu-se a essência do ato administrativo, criando, assim, condições para a compreensão das possíveis falhas que o ato administrativo pode apresentar em sua formação e quais os obstáculos a sua entrada nos planos da validade e da eficácia, assim como a questão do poder ou dever de invalidação do ato administrativo viciado. Especial enfoque foi dado ao ato administrativo não devidamente publicado, avaliando o grau de repulsa ou de tolerância que o Direito tem em relação a essa deficiência. Foram apresentadas as espécies de atos inválidos e as possibilidades e as impossibilidades de invalidação e/ou convalidação. Também foi abordada a questão envolvendo a inevitável ponderação de valores constitucionais, a ser levada a efeito pelo agente competente no momento do exame do ato administrativo viciado, quando deverá ele decidir pela invalidação ou pela convalidação, e quando deverão ser sopesados os princípios da legalidade, da segurança jurídica, eficiência, boa-fé, entre outros princípios constitucionais garantidores dos direitos e garantias fundamentais, lembrando que esse juízo deve ser absolutamente vinculado ao que prescreve o ordenamento jurídico como um todo. Neste trabalho foram discutidas as teorias sobre as nulidades dos atos administrativos, com destaque para cada um dos possíveis defeitos que o ato administrativo pode trazer consigo; foi estudada a extinção dos atos administrativos, conceituando-se todas as formas de extinção, com destaque para a invalidação; foi descrito quais os agentes competentes para a invalidação do ato administrativo, classificando as espécies de atos administrativos viciados em função do tratamento que deve ser dispensados a eles; foram indicadas as hipóteses nas quais pensamos ser possível a convalidação do ato tido como irregular; buscamos definir o prazo limite para a invalidação do ato e; por fim, examinamos os possíveis efeitos do ato invalidado no mundo fático e no mundo jurídico, não deixando de abordar a questão da preservação dos efeitos dos atos viciados em razão do decurso do tempo.

Palavras-chave: Administração Pública, ato administrativo, ponderação, princípios, legalidade, segurança jurídica, publicidade, boa-fé, invalidação, convalidação, decadência, prescrição, extinção, eficácia.

ABSTRACT

DIAS, Luciano de Sousa. *Invalid Administrative Acts in Face of Public Administration Applicable Constitutional Principles*. 2010. 119 fls. Constitutional Law specialization Course conclusion Monograph – Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, Brasília-DF, 2010.

This paperwork had the objective to analyze how legal principles act over the whole administrative activity, to define and dissect the administrative act structure, identifying its constitutive elements, validity requirements and attributes, in order to, from this point, be able to verify its moments of perfectibility, validity and when it acquires aptitude to irradiate its effects over legal sphere. The essence of the administrative act was known, creating, therefore, conditions to comprehend possible formation flaws and which are the obstacles to its entrance in validity and efficacy spheres, as well as the matter of the ability or duty of corrupted administrative act invalidation. A special focus was spent to the non due published administrative act, evaluating the repulse or tolerance levels that Law presents in regard to this handicap. The species of invalid acts and the invalidation or convalidation possibilities or impossibilities were presented. The question about the unavoidable constitutional values pondering was also approached, which would be put into effect by the competent agent in the vicious administrative act examination moment, when he must decide on invalidating or convalidating and when shall be balanced the legality, legal security, efficiency, good faith principles among other fundamental rights and guarantees assuring constitutional principles, remembering that this judgment must be absolutely linked to the whole legal sphere prescriptions. In this paperwork the theories about administrative acts nullities were discussed, with highlights to each one of the possible defects that administrative acts can bring; the administrative act's extinction was studied, defining the extinction forms, with distinction to invalidation; it was described which are the competent agents to the administrative act's invalidation, classifying the species of vicious administrative acts in function of how each one must be treated; the hypothesis were pointed in which we think may be possible the irregular act convalidation; we tried to define the invalidation deadline; and, in the end, examined the possible effects of the invalidated act in the reality and in legal world never leaving to approach the vicious acts effects preservation matter due to time course.

Key words: Public Administration, administrative act, ponderation, principles, legality, legal security, publicity, good faith, invalidation, convalidation, decadency, prescription, extinction, efficacy.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

ABREVIATURAS

Art.	por artigo
Id	por idem
Ibid.	por ibidem
Cf.	por confronto ou confira
Ed.	por edição
Fls.	por folhas
Nº.	por número
Obs.	por observação
Op. cit.	por obra citada
P.	por página
Trad.	por tradução
V.	por volume

SIGLAS

CF	Constituição Federal do Brasil
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
LEP	Lei de Execuções Penais
LJECC	Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais
MP	Ministério Público
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal

SÍMBOLOS

>	maior
+	mais (sinal de adição)
=	igual (sinal de igualdade)
§	parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 - O Regime Jurídico Administrativo	16
1.1 Regime jurídico-administrativo - breves considerações	16
1.2 Princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública	20
1.2.1 Princípio da supremacia do interesse público	22
1.2.2 Princípio da legalidade	25
1.2.3 Princípio da finalidade	27
1.2.4 Princípio da razoabilidade	29
1.2.5 Princípio da proporcionalidade	32
1.2.6 Princípio da motivação	35
1.2.7 Princípio da impessoalidade	37
1.2.8 Princípio da publicidade	38
1.2.9 Princípio do devido processo legal e da ampla defesa	40
1.2.10 Princípio da moralidade	41
1.2.11 Princípio do controle judicial dos atos administrativos	42
1.2.12 Princípio da responsabilidade do Estado	43
1.2.13 Princípio da eficiência	44
1.2.14 Princípio da segurança jurídica	45
1.3 A questão envolvendo a colisão entre os princípios constitucionais	49
2 - O Ato Administrativo	51
2.1 Conceito de ato administrativo	51
2.2 O ato administrativo nos planos da existência, validade e eficácia	53
2.3 Elementos e requisitos dos atos administrativos	54
2.4 Atributos dos atos administrativos	58
2.5 Efeitos dos atos administrativos	60
2.6 Classificação dos atos administrativos	61
3 - Teoria das Nulidades dos Atos Administrativos	65
3.1 Causas de invalidação dos atos administrativos	72
3.1.1 Vícios relacionados ao sujeito	72
3.1.2 Vícios relacionados à forma	75
3.1.3 Vícios relacionados ao objeto	76
3.1.4 Vícios relacionados ao motivos	77
3.1.5 Vícios relacionados à finalidade	78
3.1.6 Vícios relacionados à publicação	80
3.2 A classificação das invalidades dos atos administrativos	83
3.3 A invalidação do ato administrativo	84
3.4 Limites à invalidação dos atos administrativos	88
3.5 A prescrição e a decadência na invalidação dos atos administrativos	91
3.6 A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados	93

3.6.1	Convalidação	95
3.6.2	Estabilização	98
3.6.3	Atos administrativos convalidáveis	99
3.6.4	Atos administrativos inconvalidáveis	101
CONCLUSÃO		105
REFERÊNCIAS		114

INTRODUÇÃO

Diante do rumoroso caso dos “atos secretos” do Senado Federal, a polêmica envolvendo a teoria geral dos atos administrativos, sobretudo no que diz respeito aos atos nulos, revogáveis, anuláveis e inexistentes, fez com que a sociedade voltasse a exigir dos poderes públicos uma resposta adequada, do ponto de vista constitucional, às ações praticadas pelos agentes públicos transbordantes dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, levando-se em conta, sobretudo, os princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública e os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Todavia, essa tarefa não é tão simples assim como pode parecer à primeira vista, pois há que se realizar no exame dos casos concretos a ponderação dos valores constitucionais em choque antes do pronunciamento a respeito de qualquer invalidação ou desfazimento de ato administrativo carente, sobretudo em razão da falta da devida publicação.

Nesse aspecto, torna-se necessário perquirir qual o caminho deve ser percorrido pelo intérprete/aplicador da lei para que se possa resolver o problema de eventuais colisões entre princípios constitucionais envolvidos, de forma que as aparentes antinomias que possam ser suscitadas não sejam capazes de pôr em risco o próprio sistema jurídico constitucional, posto que, em alguns casos, a invalidação de um ato eventualmente carecedor da devida publicação poderá acabar produzindo resultado que contrarie o interesse público ou de terceiros, acarretando a

prática de atos meramente substitutivos, improdutivos, ou desmerecedores de vantagens práticas.

Invalidar atos possivelmente convalidáveis pelo simples e cômodo "anular" pode, e em muitos casos, ser desrespeitador do princípio básico da eficiência, contido no *caput* do artigo 37 de nossa Carta Constitucional e, agora, contemplado também no texto da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito federal. Por isso, se faz necessário realizar uma análise percuciente acerca da eficácia do dispositivo prescriptor do dever de convalidação dos atos quando amparados pelo interesse público.

Assim, para que esse estudo pudesse alcançar o seu objetivo, tornou-se necessário conhecer as bases do regime jurídico-administrativos, os seus princípios informadores, assim como o conceito e a estrutura do ato administrativo, conhecendo os seus elementos e requisitos essenciais. Após essa etapa preliminar, foi necessário conhecer profundamente a estrutura do ato administrativo, para, a partir de uma teoria acerca das nulidades dos atos administrativos, definir em quais condições haveria a possibilidade de convalidação ou estabilização dos atos administrativos inquinados.

Assim, ao final dessa empreitada, será possível identificar se existe um regime jurídico de invalidação dos atos administrativos, de sorte que, a partir dessa análise, se possibilite ao operador do direito, a identificação de quais as hipóteses em que atos administrativos viciados podem ser sanados, permitindo-lhes, que, em alguns casos, sejam preservados os seus feitos jurídicos, inclusive no caso de carência da devida publicidade.

O que se pretende é justamente a delimitação desse regime jurídico-administrativo, que admita a convalidação ou estabilização dos atos administrativos que apresentem vícios sanáveis, quando comprovada a ausência de lesão ao interesse público ou de prejuízo a terceiros, tendo em vista ser de fundamental importância que se preserve a máxima eficácia dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da boa-fé.

A identificação desse arcabouço normativo e doutrinário de controle dos atos da Administração Pública é necessária à própria garantia da cidadania no exercício da função administrativa, pois se sabe que a relação jurídica administrativa representa sempre um vínculo entre o Estado e o administrado, não podendo o primeiro afastar desses últimos os direitos e garantias fundamentais.

Investigaremos o ato administrativo nos planos da existência, da validade e da eficácia, por meio da análise de seus elementos intrínsecos e extrínsecos, para que, assim, possamos entender como se forma a relação jurídica administrativa e os efeitos ela que irradia na ordem jurídica.

Para isso, será importante identificar quais as espécies de invalidades dos atos administrativos, classificando-as e investigando-se a há a possibilidade jurídica de correção ou aproveitamento desses atos inválidos.

Também procuraremos entender quais os efeitos que os princípios constitucionais, sobretudo os princípios da publicidade, da segurança jurídica e da boa-fé, exercem sobre as relações jurídicas decorrentes da atuação administrativa

estatal, mais especificamente quando esses atos vierem eivados de vícios, sobretudo por ausência de publicação.

Compreender a essência do princípio publicidade e qual são os efeitos jurídicos decorrentes de sua inobservância por parte dos agentes da Administração Pública é de fundamental importância para que se possa delinear o regime jurídico mais adequado do ponto de vista constitucional para o tratamento dos vícios decorrentes da falta da devida publicação, considerando os princípios constitucionais norteadores de toda a atividade da Administração Pública.

Eventuais conflitos entre princípios constitucionais podem ser suscitados quando do exame do caso concreto em que se avalie a possibilidade ou não de se preservarem os efeitos dos atos administrativos viciados. Essa questão envolvendo as colisões entre princípios constitucionais também será abordada no presente trabalho.

Desse modo, o que se pretende ao final é a descrição bibliográfica acerca do tema envolvendo os atos administrativos invalidáveis e convalidáveis para, ao final, se buscar respostas para as seguintes perguntas:

a) o tempo é fator de estabilização dos atos administrativos eivados de vícios?

b) a publicidade do ato administrativo é requisito de validade ou apenas condição de eficácia do ato cujo conteúdo foi produzido validamente?

c) o ato administrativo não publicado existe no plano jurídico?

d) a falta de publicidade invalida o ato administrativo ou essa deficiência pode vir a ser sanada posteriormente?

e) os efeitos dos atos administrativos não publicados devem ser preservados e em quais hipóteses?

f) há a possibilidade de se retirar da Administração a possibilidade de anular atos administrativos não publicados devidamente em razão dos institutos da prescrição ou da decadência?

A abordagem do tema proposto valeu-se do método dedutivo a partir de uma pesquisa dogmática, a qual se utilizou de estudos jurídicos existentes sobre o tema, a Constituição Federal, a legislação nacional pertinente, assim como a jurisprudência dos tribunais superiores sobre a matéria.

Capítulo 1

O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

1.1. Regime jurídico-administrativo - breves considerações

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, parágrafo único, reza que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Assim, é do povo o poder soberano que rege o nosso país e deve ser exercido sempre em benefício da sociedade.

Celso Antônio Bandeira de Mello, Direito Administrativo conceitua Direito Administrativo como sendo o ramo do direito público que disciplina a função administrativa do Estado e os órgãos que a exercem (2007, p.37).

Para Hely Lopes Meirelles, o Direito Administrativo é “o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado” (1992, p. 29).

Assim, considerando que o Direito Administrativo tem como objeto regular toda a atividade pública estatal, ressalvadas aquelas inseridas no âmbito das funções legislativas e judiciais, concluímos que essa disciplina autônoma do Direito rege toda e qualquer atividade estatal de cunho administrativo, seja de gestão ou de

organização, e provenha ela do Executivo, do Legislativo ou mesmo do Judiciário (MEIRELLES, 1992, p. 30).

O Direito Administrativo, conforme concebido nos dias atuais, está diretamente ligado ao dever de realização dos direitos fundamentais e dos interesses público e social. Segundo consta do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, todas as normas jurídicas e, em especial as de Direito Administrativo, devem ser interpretadas a partir dessa ótica, pois o Estado existe para promover o bem-estar da sociedade, atender às necessidades da população e para ser instrumento de realização dos direitos fundamentais (FURTADO, 2007, p. 75).

Com efeito, o regime jurídico-administrativo é um instrumento de que dispõe o Estado para o atingimento de seus objetivos. No caso brasileiro, o art. 30 da Constituição Federal estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

O regime jurídico-administrativo, por se constituir a um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhe dão identidade, coerência e lógica, pressupõe uma disciplina normativa com raízes no plano constitucional, sendo que são essas normas constitucionais que servem de parâmetro para a conformação do regime jurídico-administrativo.

Segundo Lucas Rocha Furtado, as regras básicas relativas aos principais aspectos que compõem o Direito Administrativo estão no plano constitucional, restando aos planos legal e infralegal papel secundário na composição e formação do regime administrativo (2007, p. 76).

Essa ideia de que o estado tem o dever indeclinável de realizar os direitos fundamentais e de buscar a satisfação dos interesses público e social através das ações nos remete a uma nova hermenêutica no controle das relações administrativas, pautada pelo direito fundamental a uma boa e eficiente Administração Pública, fazendo com que atividade administrativa seja realizada em plena conformidade com os princípios e valores constitucionais (FREITAS, 2009, p. 150).

O regime jurídico-administrativo, por estar na seara do Direito Público, implica caracterização normativa de determinados interesses como sendo pertinentes à sociedade e não aos particulares assim considerados.

Disso decorre uma disciplina normativa peculiar consistente na supremacia do interesse público sobre o privado e na indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos por ela geridos. Esses dois postulados exurgem como princípios implícitos do regime jurídico-administrativo do Estado Democrático de Direito e, além de orientarem toda a atuação administrativa estatal, permeiam o ordenamento jurídico para conferir consistência ao sistema público-administrativo (MELLO, 2007, p. 53-54).

A Administração Pública constitui-se de toda a sua estrutura orgânica e funcional, na forma da lei, assim como de suas atividades e deve assim ser compreendida a partir do conceito de Estado, sobre o qual repousa toda a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos prestados aos administrados por meio de órgãos ou entidades públicas (MEIRELLES, 1992, p. 55).

Sob o aspecto subjetivo, Administração Pública consiste no conjunto de pessoas que exercem, em nome do Estado, as várias atividades tendentes a concretizar os fins buscados por esse último, ou seja, o conjunto de órgãos e entidades que, de acordo com o ordenamento jurídico, possuem a titularidade do exercício das funções administrativas do Estado (DI PIETRO, 2004, p. 61).

Do ponto de vista objetivo, a Administração Pública abrange as atividades exercidas por aqueles entes públicos incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas (DI PIETRO, 2004, p. 59).

Assim, considerando que o Estado é pessoa jurídica e não dispõe de vontade própria, age ele sempre por intermédio de pessoas físicas, as quais se denominam agentes públicos. Esses agentes desempenham funções ou cargos ou encargos distribuídos entre os diversos órgãos que integram a Administração Pública. Para o exercício de qualquer função pública o respectivo agente tem de estar legalmente investido da parcela de poder estatal correspondente, pois não age ele em nome próprio, mas sim em nome do Estado. Essa delimitação do poder de atuar em nome do Estado configura a competência do órgão, do cargo ou do agente público e só

pode ser exercida nos limites do poder no qual a lei o investiu (MEIRELLES, 1992, p. 71).

A finalidade última da Administração Pública é o de buscar o bem comum da coletividade administrada. A natureza da atividade da Administração Pública é a de um *múnus público* para quem a exerce e deve ser direcionada sempre para a defesa, a conservação e ao aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade, impondo-se ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do Direito e da moral, atuando sempre em estrita conformidade com a lei e em perfeita sintonia com princípios constitucionais (MEIRELLES, 1992, p. 81).

A Carta Magna prevê os princípios regentes da Administração Pública, que são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37). Eles estabelecem as diretrizes a serem seguidas pelos agentes públicos, sendo que os atos por eles praticados devem se destinar à satisfação dos interesses da sociedade que eles representam.

1.2 Princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública

Os princípios no âmbito do direito público e mais especificamente no contexto da Administração Pública têm ganhado, a cada dia, mais importância na jurisprudência dos tribunais superiores, bem como no posicionamento dos doutrinadores, sobressaindo-se como verdadeira norma jurídica de natureza objetiva.

Os princípios constitucionais são normas de natureza estruturante de toda a ordem jurídica que legitimam o próprio sistema, pois consagram valores fundantes da própria sociedade.

Carmem Lúcia Antunes Rocha expõe que:

Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-se, assim, para cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativa-jurídica. Quanto mais coerência guardar a principiologia constitucional com aquela opção, mais legítimo será o sistema jurídico e melhores condições de ter efetividade jurídica e social (1994, p. 23).

Os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência são os princípios da Administração Pública que constam expressamente do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

O art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil assim dispõe:

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.

Como regra geral, considera-se Administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal, Municípios. Assim, as autarquias, fundações públicas, agências reguladoras e executivas, empresas públicas e sociedades de economia mista também estão submetidas a esses princípios.

Alguns doutrinadores buscam extrair outros princípios do texto constitucional como um todo, seriam os princípios implícitos. Outros princípios do Direito Administrativo decorrem classicamente de elaboração jurisprudencial e doutrinária.

Assim, toda e qualquer ação da Administração Pública deve pautar-se nestes mandamentos valorativos, tanto nos explicitados pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal, como também nos princípios que constam do art. 2º da Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a Lei do Processo Administrativo Federal.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 92-121) arrolou, como princípios da Administração Pública, explícitos ou implícitos no texto constitucional, os seguintes:

- a) princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, oriundo da própria ideia de Estado;
- b) princípio da legalidade;
- c) princípio da finalidade, oriundo do princípio da legalidade;
- d) princípio da razoabilidade, também oriundo da legalidade;
- e) princípio da proporcionalidade, como aspecto específico da razoabilidade;
- f) princípio da motivação - exigência do Estado Democrático de Direito;
- g) princípio da impessoalidade;
- h) princípio da publicidade;

- i) princípio da moralidade administrativa;
- j) princípio do controle judicial dos atos administrativos;
- k) princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos.

Nesse trabalho, abordaremos também os princípios da eficiência, do contraditório e da ampla defesa, tratando o tema relativo aos princípios da proteção à confiança e da boa-fé no tópico relativo ao princípio da segurança jurídica.

Então, passemos a analisar o conteúdo e o alcance de cada um desses princípios constitucionais aplicáveis à Administração.

1.2.1 Princípio da supremacia do interesse público

Esse princípio não está expressamente destacado no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, esse princípio, ainda que implícito, permeia toda a atividade da Administração Pública, sendo um dos pilares de todo o sistema jurídico-administrativo (FREITAS, 2007, p. 48).

Aliás, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade, pois é a própria condição de sua existência (MELLO, 2007, p. 93). Talvez essa seja a razão por que não se radica em dispositivo específico em nossa Constituição.

Segundo esse preceito, diante de eventual existência de atrito entre o interesse público e o interesse do particular, prevalece aquele resguardado pela Administração.

Ney José de Freitas assinala que esse princípio informador do sistema jurídico-administrativo não tem caráter absoluto e comporta temperamentos de forma a não desarmonizar o ordenamento jurídico em caso de colisão com outros princípios (2007, p. 48).

Veja que o que deve prevalecer é o interesse da coletividade e não necessariamente o interesse do governo ou do Estado quando esse se desvia do legítimo interesse público.

A respeito disso, Marçal Justen Filho alerta que o Estado somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral, não podendo ele “ludibriar, espoliar, prevalecer-se da fraqueza ou da ignorância alheia” (2002, p. 74).

O que o referido princípio tenciona preservar é o legítimo interesse público, pois, nas palavras de Ney José Freitas, “é para esse objetivo que existe o complexo normativo constituinte do regime jurídico administrativo, e não para que o Estado possa asfixiar o cidadão, destituindo-o de direitos fundamentais constantes da ordem constitucional” (2007, p. 50).

Freitas, citando Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, registra que no Estado de Direito o depositário da força é a ordem jurídica e, nesse sentido, o cidadão só se subordina à lei e, portanto, ao Estado na concepção de ordem jurídica vigente, à

qual também se subordina o próprio Estado, como sujeito de direito que é (2007, p. 50).

1.2.2 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, e corroborado pelo *caput* do art. 37, explicita a subordinação da atividade administrativa à lei.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, “na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (1992, p. 82).

Para MEIRELLES, “a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe”. Tais poderes devem ser utilizados em benefício da coletividade, não podendo ser renunciados ou descumpridos sem que disso decorra ofensa ao bem comum, único e supremo objetivo de toda a ação administrativa (1992, p. 83).

Celso Antônio Bandeira de Mello diz que o princípio da legalidade “é o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de

consequente, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei". Para ele, esse princípio se contrapõe a qualquer tendência de exacerbação personalista dos governantes e a toda e qualquer forma de autoritarismo (2007, p. 97).

Luís Roberto Barroso ressalta que o princípio da legalidade, na prática, apresenta-se de duas maneiras, as quais acabam por serem dois princípios autônomos, ou seja, o princípio da preeminência da lei, significando que todo e qualquer ato infralegal que não esteja de acordo com a lei será considerado inválido, por ser a lei a fonte suprema do direito; e o princípio da reserva da lei, segundo o qual determinadas matérias somente podem ser reguladas por lei, afastando-se quaisquer regulamentações por outras espécies de atos normativos (1997, p. 16-17).

Cabe também aqui transcrever a lição de Caio Tácito, segundo a qual:

A chave de abertura do Direito Administrativo se identifica, em suma, com a vigência do princípio da legalidade que serve de limite ao arbítrio de poder e identifica a fronteira da competência da Administração Pública, diferenciando as áreas próprias do poder discricionário e do poder vinculado (1999, p. 82).

No fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um simples direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por outra via que não seja a lei.

Wallace Paiva Martins Júnior, tentando definir a extensão de tal princípio, registra que:

(...) a expressão "legalidade não significa nem se reduz, absolutamente, à lei em sentido formal (uma vez que concentrado o

cabimento desta em matéria referente à intervenção estatal na esfera das liberdades e direitos fundamentais do administrado, concebendo-se conceitos de legalidade estrita e ampla) e que, concomitantemente, o princípio da legalidade foi evoluindo para um sentido que admite outras formas de expressão jurídica: princípio da juridicidade, abarcando Constituição, Leis, princípios jurídicos, regulamentos, decretos-leis, atos normativos inferiores, compatibilizados, tanto estes como aquelas, com as prescrições constitucionais de cada ordenamento jurídico (2001, p. 72).

Pode-se concluir, portanto, que o princípio da legalidade qualifica o Estado de Direito dando-lhe identidade própria. O Estado é de direito justamente por estar vinculado à lei. Trata-se da maior garantia dos direitos individuais. Por ele, pretende-se, mediante a norma legal, abstrata e impessoal, editada pelo Poder Legislativo, que representa o corpo social, garantir que a atuação da Administração nada mais seja que a concretização da vontade geral. Por isso, a atividade de todos os seus agentes, desde o Presidente da República até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de obsequiosos cumpridores da lei. O princípio da legalidade, além de estar radicado na própria estrutura do Estado de Direito, é um princípio norteador de todo o sistema constitucional.

1.2.3 Princípio da finalidade

A Administração se subordina ao dever de sempre buscar a satisfação dos interesses da coletividade. Essa é a finalidade precípua da Administração Pública.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade, mas inerente a ele, na medida em que limita a ação do administrador público e o obriga a sempre buscar o escopo que

melhor atenda aos anseios dos cidadãos, finalidade que anima o sentido da norma jurídica que serve de suporte à atividade da Administração, posto que é na finalidade que reside o critério norteador da correta aplicação da lei (2007, p. 103).

Praticar um ato com suporte na lei, porém desviando de sua finalidade é burla a lei. Essa prática é severamente rechaçada pelo ordenamento jurídico, pois a *prática de um ato nessas circunstâncias caracteriza-se como “desvio de finalidade”* ou “desvio de poder”, pois desatende a própria lei (MELLO, 2007, p. 103).

Esse princípio, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu cargo, atue com rigorosa à finalidade de cada qual”, não buscando apenas o interesse público de forma genérica, mas a finalidade específica abrigada na lei que dê suporte à sua atuação, pois a lei, ao habilitar uma dada conduta, tem um alvo a ser atingido (2007, p. 104).

A finalidade é um elemento da própria lei. Assim, não é possível conceber a legalidade sem compreender que é a finalidade que a consagra. Ruy Cirne Lima advoga a tese de que a atividade administrativa é, por essência, teleológica, sendo o fim e não a vontade que domina todas as formas de administração, pois toda a atividade administrativa está voltada ao atingimento dos objetivos traçados pela norma que a ampara. (1982, p. 22).

Celso Antônio Bandeira de Mello ainda cita como referência constitucional específica ao princípio da finalidade, o art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, que trata do mandado de segurança, cabível contra ilegalidade ou abuso de poder. Nesse sentido, explica o autor que o abuso de poder é o uso do poder além dos

limites, sendo que um dos limites do poder é justamente a finalidade para a qual deve ser utilizado (2007, p. 105).

1.2.4 Princípio da razoabilidade

Embora não contemplado expressamente no art. 37 da Constituição Federal, o princípio da razoabilidade tem a mais alta significação no que tange ao exercício de qualquer função pública, em especial a administrativa. Esse princípio está situado na base do sistema jurídico.

Implícito na Constituição Federal de 1988, o princípio da razoabilidade, vem sendo cada vez mais aplicado pela doutrina e pelos Tribunais Superiores. Segundo este princípio terá a Administração Pública que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional. Tendo o administrador liberdade para adotar a providência mais adequada dentre aquelas cabíveis, não pode ele, portanto, transpor os limites estabelecidos em lei. Deve ponderar sobre o que melhor possa atender ao interesse público naquela situação.

Nesse sentido, a atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade, cujas ações devem guardar uma proporção adequada entre os meios empregados e o fim que se almeja.

Acerca do princípio da razoabilidade merece destaque a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, *verbis*:

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa, muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente as condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia irrogar dislates à própria regra de Direito.

(...)

Fácil é ver-se, pois, que o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos que arrimam constitucionalmente os princípios da legalidade (arts. 5º, II, 37 e 84) e da finalidade (os mesmos e mais o art. 5º, LXIX, nos termos já apontados).

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o "mérito" do ato administrativo, isto é, o campo de "liberdade" conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita "liberdade" é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.

(...)

Sem embargo, o fato de não se poder saber qual seria a decisão ideal, cuja apreciação compete à esfera administrativa, não significa, entretanto, que não se possa reconhecer quando uma dada providência, seguramente, sobre não ser a melhor, não é sequer comportada na lei em face de uma dada hipótese. Ainda aqui cabe tirar dos magistrais escritos do mestre português Afonso Rodrigues Queiró a seguinte lição: "O fato de não se poder saber o que ela não é." Examinando o tema da discricção administrativa, o insigne administrativista observou que há casos em que "só se pode dizer o que no conceito não está abrangido, mas não o que ele compreende (2007, p. 105-106).

A razoabilidade consiste no bom senso, prudência, moderação, tomar atitudes adequadas e coerentes, levando-se em conta a relação de proporcionalidade entre

os meios empregados e a finalidade a ser alcançada, bem como as circunstâncias que envolvem a prática do ato.

No campo do Direito Administrativo, o princípio tem sido utilizado como forma de limitar o exercício da competência discricionária do administrador. Este, no desempenho da função pública de concreção do direito, dispõe de poderes administrativos para melhor atender às conveniências da administração e às necessidades coletivas. A discricionariedade, como um desses poderes instrumentais, consiste na liberdade de ação dentro de critérios estabelecidos pelo legislador. Assim, se remanesce da norma certa margem de opção para o agente efetivar a vontade abstrata da lei, a autoridade deverá adotar a melhor medida para o atendimento da finalidade pública. Atitudes inadequadas, incoerentes, desequilibradas e desprovidas de fundamentação não podem estar amparadas pelo princípio em análise.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e com respeito às finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar claramente que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas e, portanto, inválidas as condutas desarrazoadas, bizarras, 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 (2007, p. 105).

1.2.5 Princípio da proporcionalidade

Para Juarez Freitas, "o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos" (1997, p. 56).

Do ponto de vista do Direito Administrativo, devemos observar o princípio da proporcionalidade sob o aspecto da proteção e como limitador de liberdade de atuação do administrador público em face dos direitos dos cidadãos.

Esse princípio determina que a Administração evite agir com demasia ou de modo insuficiente, inoperante ou omissivo na consecução de seus objetivos, assim o administrador público está obrigado a sacrificar o mínimo para alcançar o máximo (JUAREZ FREITAS, 2009, p. 61).

Suzana Barros assevera que a expressão proporcionalidade tem um sentido literal limitado, pois a representação mental que lhe corresponde é a de equilíbrio: há nela, a ideia implícita de relação harmônica entre duas grandezas. Mas a proporcionalidade em sentido amplo é mais do que isso, pois envolve também considerações sobre a adequação entre meios e fins e a utilidade de um ato para a proteção de um determinado direito. A sua utilização esbarra no inconveniente de ter-se de distinguir a proporcionalidade em sentido estrito da proporcionalidade tomada em sentido amplo (2003, p. 73).

Canotilho menciona que a consagração expressa do chamado princípio da proporcionalidade "proíbe nomeadamente as restrições desnecessárias, inaptas ou

excessivas de direitos fundamentais". Continua o mesmo doutrinador dizendo que "os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal se torne indispensável, e no mínimo necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos" (1991, p. 134).

Portanto, consoante o princípio da proporcionalidade, somente será possível haver limitações às normas constitucionais definidores de direitos se o poder público se pautar estritamente dentro da tripla dimensão da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados não há a adequação. Para aferir a adequação há de se perguntar: o meio escolhido foi adequado e pertinente para atingir o resultado almejado?

Na proporcionalidade, está embutida a ideia de vedação ao excesso, ou seja, a medida há de ser estritamente necessária. Invoca-se aqui o velho jargão popular: dos males o menor. Portanto, para aferir a necessidade deve-se perguntar: o meio escolhido foi o "mais suave" entre as opções existentes?

Deve, também, haver um sopesamento de valores, a fim de que se busque a proporcionalidade, ou seja, verificar-se-á se a medida trará mais benefícios ou prejuízos. Pergunta-se: o benefício alcançado com a adoção da medida sacrificou direitos fundamentais mais importantes (axiologicamente) do que os direitos que a medida buscou preservar?

Em resumo, pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que traz superam as desvantagens.

Celso Antônio Bandeira de Mello assim se refere ao princípio da proporcionalidade:

Este princípio enuncia a idéia - singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada - de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que realmente seja demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujo conteúdo ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifique o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

Sobretudo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindidas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.

Logo, o *plus*, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente almejável são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. Ressentindo-se deste defeito, além de demonstrarem menoscabo pela situação jurídica do administrado, traindo a persistência da velha concepção de uma relação soberano-súdito (ao invés de Estado-Cidadão), exibem, ao mesmo tempo, sua inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso.

Em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrear-se sob essa feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é,

assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade. O conteúdo substancial desta, como visto, não predica a mera coincidência da conduta administrativa com a letra da lei, mas reclama adesão ao espírito dela, à finalidade que à anima. Assim, o respaldo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os arts. 5º, II, e 84, IV. O fato de se ter que buscá-lo pela trilha assinalada não o faz menos amparado, nem menos certo ou verdadeiro, pois tudo aquilo que se encontra implicado em um princípio é tão certo e verdadeiro quanto ele. Disse Black que tanto faz parte da lei o que nela se encontra explícito quanto o que nela implicitamente se contém (2007, p. 107-108).

O princípio da proporcionalidade, por ser um princípio que pode ser empregado em sentido amplo, possui íntima relação com os outros, dentre os quais podemos destacar o princípio da isonomia, o princípio da razoabilidade e o princípio da legalidade.

A doutrina destaca a necessidade de se precisar a sede material do cânone da proporcionalidade nos sistemas de direito em que ele não está inserto no texto da Constituição, exatamente para respaldar a sua aplicação e a consequente imposição. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal, contido no art. 5º, II, CF/1988, e, ao complementá-lo, a ele se incorpora, de modo a converter-se no princípio da reserva legal proporcional ou, ainda, no devido processo legal substancial, tendo sua sede material no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil (BARROS, 2003, p. 93-100).

1.2.6 Princípio da motivação

A Constituição Federal também não relaciona o princípio da motivação entre os princípios explícitos. Todavia, segundo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, podemos inferi-lo a partir dos enunciados constantes do parágrafo único do art. 1º, segundo o qual todo poder emana do povo, e do inciso XXXV do art. 5º, que garante o direito à apreciação judicial nos casos de lesão ou ameaça de direito (2007, p. 109).

O princípio da motivação, ainda segundo Mello, é resultado da afirmação do direito político dos cidadãos de poderem ter conhecimento das razões que ensejaram as ações praticadas por aqueles que gerem os negócios públicos, pois essas ações em última análise dizem respeito aos titulares do poder, ou seja, o povo. Têm, assim, os cidadãos o direito individual de não se sujeitarem a decisões arbitrárias, pois somente devem suportar aquelas que forem ajustadas à lei (2007, p. 109).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro pensa da mesma forma, vejamos:

O princípio da motivação exige que a Administração indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se sua obrigatoriedade alcançava somos atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos (2004, p. 82).

De acordo com esse princípio, os atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis, pois não oferecem a

segurança e a certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiram ou se foram aqueles que embasaram a providência contestada (MELLO, 2007, p. 109-110).

1.2.7 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade da Administração Pública pode ser definido como aquele que determina que os atos realizados pela Administração Pública devam ser sempre imputados ao ente ou órgão em nome do qual se realiza, e ainda destinados genericamente à coletividade, sem consideração, para fins de privilegiamento ou da imposição de situações restritivas, das características pessoais daqueles a quem porventura se dirija. Em síntese, os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o agente público (FERREIRA FILHO, 1990, p. 244).

A mera leitura dessa definição bem nos revela que esse princípio pode ser decomposto em duas perspectivas diferentes: a impessoalidade do administrador quando da prática do ato e a impessoalidade do próprio administrado como destinatário desse mesmo ato (DI PIETRO, 2004, p. 71).

Conforme o art. 5.º, *caput*, da Constituição Federal a atividade administrativa deve ser destinada a todos os administrados, sem discriminação nem favoritismo, constituindo um desdobramento do princípio da igualdade.

Sob esta ótica, a doutrina se divide no tocante à correlação do princípio da impessoalidade com outros princípios. Para Hely Lopes Meirelles, o princípio da impessoalidade está relacionado ao princípio da finalidade, pois a finalidade se traduz na busca da satisfação do interesse público, interesse que se subdivide em primário (conceituado como o bem geral) e secundário (definido como o modo pelo qual os órgãos da Administração veem o interesse público). Desta forma, a opinião de Hely contrapõe-se às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, que liga a impessoalidade ao princípio da isonomia, que determina tratamento igual a todos perante a lei, traduzindo, portanto, isonomia meramente formal, contestada por parte da doutrina, que pugna, de acordo com a evolução do Estado de Direito, pela crescente necessidade de busca da isonomia material, concreta, pelo Poder Público (1992, p. 85-86).

1.2.8 Princípio da publicidade

O princípio da publicidade ou da máxima transparência, na lição de Juarez de Freitas, determina que a Administração atue de modo a não esconder nada, ou seja, que tudo deve vir a público, pois a negação da transparência contraria a própria essência do Poder Público em Estado Democrático de Direito, no qual todo poder emana do povo e em seu benefício deve ser exercido. Assim, “o exercício do poder administrativo somente se legitima se se justificar em face de seus titulares sociais” (2009, p. 90-91).

Bobbio caracteriza a democracia como sendo “o governo do poder público, em público”, é o regime do poder visível, razão pela qual a publicidade é instrumento essencial do regime democrático (1986, p.84).

No ordenamento jurídico pátrio, tal princípio está expresso no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e abrange toda a atuação estatal, somente admitindo sigilo em nos casos em que estejam em jogo os interesses do Estado ou da sociedade.

Entende-se princípio da publicidade, assim, aquele que exige, nas formas admitidas em Direito, e dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos, a obrigatória divulgação dos atos da Administração Pública, com o objetivo de permitir seu conhecimento e controle pelos órgãos estatais competentes e por toda a sociedade (CARDOZO, 1999, p. 159).

A publicidade para Hely Lopes Meirelles não é um requisito de forma do ato administrativo, "não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige" (1992, p. 86).

Na ótica de Meirelles, a publicidade dos atos administrativos constitui uma das premissas básicas para a efetivação do Estado Democrático de Direito, vez que permitindo o conhecimento dos atos governamentais, possibilita a efetivação do controle da Coisa Pública, sua transparência, a fim de que a gestão governamental persiga sempre os fins visados pela coletividade, motivando que o Estado não venha a se desviar dos seus objetivos e atuando somente em benefícios de alguns

indivíduos. Dessa forma, a publicidade dos atos da Administração Pública é uma das formas de os governantes e seus agentes prestarem contas aos administrados (1992).

Hely Lopes Meirelles chega a afirmar que a falta de publicidade dos atos administrativos os expõe a invalidação, pois, muito embora não seja elemento formativo do ato, é requisito de moralidade e eficiência (1992, p. 86).

A publicidade não tem um valor intrínseco e não pode ser considerada como um fim a ser assegurado, mas meio de preservação de valores superiores da ordem democrática. Desse modo, a observação desse princípio assegura o conhecimento de todas as ações do Poder Público, possibilitando o controle da legalidade, e a verificação de sua adequação a outros valores supremos do Estado Democrático de Direito, tais como a moralidade, impessoalidade, razoabilidade, eficiência etc. (FREITAS, 2007, p. 66-67).

Desta feita, o princípio da publicidade visa assegurar o conhecimento público da atuação administrativa, pois o destino dado à coisa pública é de primordial interesse para o seu titular, a coletividade, de forma que possa fiscalizar a atividade dos seus representantes.

1.2.9 Princípio do devido processo legal e da ampla defesa

Na vigência da Constituição Federal de 1998, o art. 5º, em seus incisos LIV e LV, torna indiscutível a exigência da observância dos primados da ampla defesa e do devido processo legal, segundo os quais “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Esse princípio tem ampla abrangência e se confunde com o próprio conceito de Estado Democrático de Direito. Carmem Lúcia Antunes Rocha afirma que somente na dialética é que se afirma o direito, pois o contraditório garante não apenas a oitiva da parte, mas tudo o quanto ela apresente, no processo, suas considerações, seus argumentos, provas sobre a questão efetivamente levadas em conta pelo julgador, de tal modo que a contradita tenha efetividade e não apenas se cinja à formalidade de sua presença (1991, p. 189).

Esse princípio, em sede administrativa, objetiva proteger o cidadão contra a ação arbitrária do Estado-Administração, pois exige do Estado um processo formal e regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja, assim como estabelece a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de ampla defesa (MELLO, 2007, p. 111).

1.2.10 Princípio da moralidade

O princípio da moralidade está insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Segundo esse princípio, exige-se que toda ação administrativa do Estado se desenvolva em conformidade com padrões éticos aceitáveis pela sociedade, o que impõe à Administração e a seus agentes conduta de acordo com a moral, com os bons costumes, baseada nos princípios de justiça e equidade, e submetidas às regras de boa administração, ou seja, honestidade acima de tudo (MEIRELLES, 1992, p. 84-85).

Segundo esse preceito, o administrador, ao atuar, deve distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto, não podendo desprezar o elemento ético de sua conduta. Não deve ele também obedecer somente à lei, mas buscar sempre o justo. Esse conceito também tem forte liame com a noção de probidade administrativa e de legalidade em sentido amplo, o que sugere que ato administrativo imoral é também ato administrativo ilegal e, como tal, deverá ser anulado pela Administração ou até mesmo pelo Poder Judiciário.

Celso de Mello, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.661-5/MA, afirmou: “o princípio da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e agentes governamentais” (STF – ADI nº 2.661-5/MA – Rel. Ministro Celso de Mello. DJ 23.08.2002, p. 70).

1.2.11 Princípio do controle judicial dos atos administrativos

Segundo esse princípio, o Poder Judiciário pode anular atos administrativos, pois, de acordo com o estatuído no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, nenhuma contenda sobre direitos pode ser excluída da apreciação daquele Poder.

Ao poder judiciário e só a ele compete resolver definitivamente quaisquer litígios de direito, haja vista que detém a universalidade da jurisdição. Assim, pelo princípio da inafastabilidade do controle judicial dos atos administrativos, nenhuma decisão de natureza administrativa será excluída da apreciação do Judiciário. Assim, qualquer cidadão que sofra lesão ou ameaça a direito seu ou que tenha conhecimento de ato administrativo praticado em desconformidade com a lei ou com a Constituição pode provocar o Poder Judiciário para desconstituí-lo (MIRANDA, 2006, p. 98).

Destarte, o acesso ao Poder Judiciário é amplo e pode se dar a qualquer tempo, independentemente do esgotamento das vias administrativas, cabendo sempre à Justiça dar a última palavra sobre qualquer demanda instaurada (MIRANDA, 2006, p. 98).

1.2.12 Princípio da responsabilidade do Estado

Denomina-se responsabilidade civil a obrigação imposta a uma pessoa de ressarcir os danos causados a outrem. A responsabilidade civil do Estado e dos prestadores de serviços públicos está prevista no § 6º do art. 37 da Constituição Federal.

Dessa forma e em face desse princípio, o Estado responde pelos danos causados por seus agentes a terceiros. É, também, pacífico o entendimento jurisprudencial e doutrinário de que essa responsabilidade civil do Estado é de natureza objetiva para nos atos comissivos (MELLO, 2007, p. 117).

1.2.13 Princípio da eficiência

A procura pela eficiência é uma tônica do Estado moderno. É um direito de todo cidadão exigir um serviço público de qualidade e uma obrigação para a Administração Pública otimizar seu desempenho para melhor servir a coletividade, racionalizando despesas, aperfeiçoando rotinas administrativas, reduzindo a burocracia.

O princípio da eficiência, previsto no *caput* do art. 37 da constituição Federal determina que a Administração cumpra bem as suas tarefas, empregando os meios apropriados e pertinentes para atingir os seus objetivos, fazendo o melhor pelo

menor custo possível. Como se vê, o princípio da eficiência está atrelado ao da economicidade e ao da máxima eficiência, ou seja, o máximo de resultado com o mínimo de esforço.

Neste sentido, observa Cardozo:

Ser eficiente, portanto, exige primeiro da Administração Pública o aproveitamento máximo de tudo aquilo que a coletividade possui, em todos os níveis, ao longo da realização de suas atividades. Significa racionalidade e aproveitamento máximo das potencialidades existentes. Mas não só. Em seu sentido jurídico, a expressão, que consideramos correta, também deve abarcar a idéia de eficácia da prestação, ou de resultados da atividade realizada. Uma atuação estatal só será juridicamente eficiente quando seu resultado quantitativo e qualitativo for satisfatório, levando-se em conta o universo possível de atendimento das necessidades existentes e os meios disponíveis (1999, p. 166).

Integram, portanto, o conceito de eficiência a ideia de sensatez econômica, procedimentos céleres, excelência nos serviços ofertados aos cidadãos e harmonia entre a ação administrativa e os objetivos fundamentais traçados pela Constituição (JUAREZ FREITAS, 2009, p. 128).

1.2.14 Princípio da segurança jurídica

Segundo Almiro do Couto e Silva um “dos temas mais fascinantes do Direito Público neste século é o crescimento da importância da segurança jurídica”, que se liga visceralmente à moderna exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, aí incluídas aquelas, ainda que na origem, apresentem vícios de ilegalidade (1996, p. 24).

Para Almiro do Couto e Silva, “a segurança jurídica é geralmente caracterizada como uma das vigas mestras do Estado de Direito. É ela, ao lado da legalidade, um dos subprincípios integradores do próprio conceito de Estado de Direito” (1996, p. 24).

A segurança jurídica, espécie do gênero direito fundamental, ocupa lugar de destaque no ordenamento jurídico atual, tanto que o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito são postulados máximos de cumprimento inclusive pela legislação infraconstitucional.

Leciona Luís Roberto Barroso que a segurança encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas: açambarca em seu conteúdo conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas (2002, p. 49).

Ao consagrar objetivamente a incidência dos institutos da prescrição e da decadência no processo administrativo, o que se está assegurando, em verdade, por meio dessas garantias processuais, é a altissonante ascendência dos direitos fundamentais indispensáveis à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no *caput* do art. 5º da Constituição de 1988.

A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica. No dizer de Mauro

Nicolau Junior, “A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes” (2005, p. 21).

A topologia estratégica deste elevado princípio, que informa, conforme visto acima, vários institutos jurídicos, constitui um dos princípios gerais do direito situando-se na base das normas sobre prescrição e decadência, e das que fixam prazos para a Administração rever os próprios atos.

Neste pensar, Maria Sylvia Zanella Di Prieto assevera:

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública (2004, p. 85).

Naturalmente que a vetusta Súmula nº 473 do STF, reconhecendo no poder de autotutela administrativa a possibilidade de a Administração vir a anular seus próprios atos quando eivados de nulidade, porque deles não se originam direitos, contrapõe-se ao entendimento logo acima esposado, pois, de acordo com o comando insculpido no art. 2º da Lei nº 9.784/1999, a Administração deve obediência ao princípio da segurança jurídica.

Em voto proferido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Gomes de Barros, no julgamento do Mandado de Segurança nº 8946/DF, ficou consignado que a Lei nº 9.874/1999, que dispõe sobre o processo administrativo no

âmbito da Administração Federal, é “certamente um dos mais importantes instrumentos de controle do relacionamento entre Administração e Cidadania. Seus dispositivos trouxeram para nosso Direito Administrativo o devido processo legal”.

Como a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por decorrência da aplicação cogente do princípio da segurança jurídica, não se afigura admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo, muitas vezes deflagradas por interesses pretensamente jurídicos, mas que são, na verdade, interesses escusos.

O fundamento para o princípio da segurança jurídica é no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello o fundamento jurídico mais evidente para a existência da coisa julgada administrativa e abrange também os princípios da lealdade e da boa fé na esfera administrativa (2007, p. 440).

A segurança jurídica tem íntima afinidade com a boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como correta para determinado caso concreto, por respeito à boa-fé dos administrados, deve o ordenamento jurídico primar pela estabilização de tal situação, vedando a anulação de atos anteriores sob o pretexto de que os mesmos teriam sido praticados com base em errônea interpretação de norma legal administrativa.

Acerca do tema, Sérgio Pitombo assim se manifesta:

De fato o ordenamento jurídico impõe limites à prerrogativa da Administração Pública rever e modificar ou invalidar seus atos. Um desses limites, fundado no princípio da boa-fé e da segurança jurídica, reside na mudança da orientação normativa interna ou jurisprudencial. Assim é que a alteração da orientação da Administração, no âmbito interno ou em decorrência de

jurisprudência, não autoriza a revisão e invalidação dos atos que, de boa-fé, tenham sido praticados sob a égide de orientação então vigente, os quais, por assim dizer, geram direitos adquiridos (RT 746, ano 1997, Apelação Cível. nº 27127.5/5-00, 7ª Câmara, Rel. Des. Sérgio Pitombo, DJ 11.08.1997).

Em resumo, se por um lado a Administração, para o devido atendimento a suas finalidades precípua, é revestida de poderes e prerrogativas próprias e se relaciona com o administrado em posição *jus imperium*, por outro lado é também verdade que tal supremacia é mitigada pelos direitos fundamentais dos indivíduos, os quais não podem ser desconsiderados.

Dentre os princípios garantidores do Estado Democrático de Direito que necessariamente informam a conduta estatal, o princípio da segurança jurídica ocupa lugar destacado como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana e da secular necessidade de estabilidade nas relações sociais.

1.3 A questão envolvendo a colisão entre os princípios constitucionais

Outra questão importante diz respeito às colisões entre princípios constitucionais, bem assim esses direitos com outros valores constitucionais. Como resolver esses conflitos? Para solucionar esses problemas, a doutrina tem se valido da classificação das normas jurídicas em dois grandes grupos, o dos princípios e o das regras (MENDES et al., 2008).

As regras correspondem às normas que, diante da ocorrência da hipótese fática idealizada, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos (MENDES et al., 2008).

Os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. São os princípios mandatos de otimização, razão pela qual podem ser aplicados em graus diferenciados. No caso dos direitos fundamentais, as normas que configuram princípios são mais comuns (MENDES et al., 2008)

No conflito que envolva apenas regras, o problema pode ser resolvido em termos de validade, haja vista que duas normas não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico (MENDES et al., 2008).

No conflito entre princípios, deve-se buscar um juízo de ponderação de forma que os princípios envolvidos no caso concreto se conciliem de tal forma que nenhum deles tenha que ser excluído do ordenamento jurídico. Nesse juízo de ponderação entre princípios aparentemente conflitantes, exige-se a análise do caso concreto sob a ótica da proporcionalidade estrito senso, preservando-se assim, os núcleos essenciais dos direitos fundamentais em embate e, conseqüentemente, a integridade do sistema jurídico e a noção de justiça (MENDES et al., 2008).

Capítulo 2

O ATO ADMINISTRATIVO

2.1 Conceito de Ato Administrativo

Cumpra esclarecer inicialmente que a noção fato administrativo não guarda relação com a noção de fato jurídico encontrada no direito privado, tem o sentido de atividade material conforme ensina Hely Lopes Meirelles, *verbis*:

(...) fato administrativo é toda realização material da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa. (...) O que convém fixar é que o ato administrativo não se confunde com o fato administrativo, se bem que estejam intimamente relacionados, por ser este consequência daquele. O fato administrativo resulta sempre do ato administrativo que o determina (1992, p.133).

Hely Lopes Meirelles conceitua o ato administrativo como sendo “toda manifestação unilateral da vontade da Administração Pública, que agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar; transferir, modificar, extinguir e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria” (1992, p.132).

Para Marcello Caetano, “ato administrativo é a conduta voluntária de um órgão da Administração Pública, que, no exercício de um poder público e para a prossecução de interesses legais, produz efeitos jurídicos num caso concreto” (1997, p. 37).

Celso Antônio Bandeira de Mello concebe ato administrativo como sendo a “declaração do Estado, no exercício de prerrogativas públicas manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional” (2007, p. 368).

No conceito de Diógenes Gasparini, ato administrativo é “toda emanção unilateral de vontade, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário” (1989, p. 54).

Para José dos Santos Carvalho Filho, ele é a “exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob o regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público” (2004, p. 95).

Di Pietro define ato administrativo como sendo “a declaração do Estado ou quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime de direito público e sujeita a controle do Poder Judiciário” (2004, p. 189).

Como se vê, não existe um conceito uniforme para definir o ato administrativo. Porém, adotaremos o conceito de Di Pietro, pois, por ser um conceito mais restrito, será ele mais útil na persecução do objeto do presente estudo, tendo em vista que esse conceito exclui uma série de atos, tais como os atos de direito privado,

praticados pela Administração Pública, porque eles não estão sujeitos ao regime jurídico tipicamente administrativo. Eles se submetem ao direito privado e apenas parcialmente ao direito público.

2.2 O ato administrativo nos planos da existência, validade e eficácia

Diz-se que o ato administrativo existe quando esgotadas as fases necessárias a sua produção. Assim, perfeito e existente é aquele ato que completou o ciclo necessário a sua formação (MELLO, 2007, p. 370).

Nesse aspecto, Weida Zancaner, citando Zanobini, concorda o que ato administrativo tem existência jurídica quando se encontra perfeitamente formado, razão pela qual o conceito de “existência jurídica” equivale ao conceito de “perfeição” (2008, p. 34).

O ato administrativo é válido quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do ordenamento jurídico, ou melhor, quando preencheu todos os requisitos legais de sua formação (MELLO, 2007, p. 370).

É ele eficaz quando estiver apto a produzir os seus efeitos próprios, não estando dependente de qualquer outro evento posterior. Com outras palavras, ato eficaz é aquele que já reúne todas as condições para produzir os seus efeitos típicos (MELLO, 2007, p. 371).

2.3 Elementos e requisitos dos atos administrativos

Os elementos e requisitos do ato administrativo são os componentes essenciais de tal fenômeno jurídico, sem os quais não se realiza o seu efetivo aperfeiçoamento dentro dos limites estabelecidos pelo direito (HORBACH, 2007, p. 39).

Há muitas dissensões na doutrina acerca da anatomia do ato administrativo e da classificação de seus elementos e requisitos. O fato é que não há concordância entre os doutrinadores sobre a identificação e o número dos elementos formativos do ato administrativo.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a quem nos socorreremos para dar prosseguimento nessa empreitada, os elementos ou os requisitos dos atos administrativos correspondem aos componentes da anatomia do próprio ato administrativo e assim podem ser relacionados como sendo: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade (MELLO, 2007, p. 372-373).

Essa classificação está em parte consentânea com o disposto na Lei nº 4.717/1995, denominada Lei da Ação Popular. Esse diploma, ao indicar, em seu § 2º, quais são os atos administrativos, também indicou quais os seus elementos nucleares, esses condicionantes da própria validade do ato.

Para Mello, desses chamados “elementos” nem todos os são propriamente, pois o termo “elemento” sugere a ideia de parte integrante. A partir desse raciocínio, verifica que alguns desses “elementos” são exteriores aos atos e não elementos

intrínsecos a eles. Assim propõe Mello a classificação em elementos do ato e em pressupostos do ato. Esses últimos distinguindo-se em pressupostos de existência e pressupostos de validade (MELLO, 2007, p. 374).

Como elementos do ato administrativo, Mello elenca o conteúdo do ato e a forma do ato administrativo. Entende-se por conteúdo do ato a sua parte dispositiva, ou seja, aquilo que o ato decide, enuncia, certifica, opina, ou cria ou modifica na ordem jurídica. A forma, por sua vez, é o revestimento exterior do ato, o modo como ele se revela. Em outras palavras, forma é o meio de exteriorização do ato. Assim, sem forma não existe ato (MELLO, 2007, p. 376-377).

Como pressupostos de existência relaciona objeto e a sua pertinência ao exercício da função administrativa. Objeto é concebido como algo sobre o qual o ato dispõe, ou seja, sobre o que o conteúdo do ato incide. Assim, sem objeto material e juridicamente possível, não pode surgir ato jurídico algum, muito menos ato administrativo (MELLO, 2007, p. 378).

Sobre a “pertinência à função pública”, aduz aquele autor que, se o ato não for imputável ao poder público, no exercício da função administrativa, poderá haver ato jurídico, mas não ato administrativo como tal (MELLO, 2007, p. 378).

Já os pressupostos de validade, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 379-395), poderiam ser assim catalogados: sujeito (pressuposto subjetivo), motivo (pressuposto objetivo), requisitos procedimentais (pressuposto objetivo), finalidade (pressuposto teleológico), causa (pressuposto lógico) e formalização (pressuposto formalístico).

O sujeito, nessa concepção, é o produtor do ato, que deve ser dotado de capacidade jurídica para a prática do ato, inclusive investido pelo Poder Público de poderes para a prática do ato (competência), e sem que exista qualquer óbice a sua atuação no caso concreto (MELLO, 2007, p. 379).

Di Pietro também prefere fazer alusão a sujeito ao invés de falar da competência. Para ela, competência é simplesmente o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo, porém é necessário que alguém investido do poder necessário pratique o ato. (2004, p. 196)

Motivo é o pressuposto de fato e de direito que autoriza ou exige a prática de determinado ato administrativo. Deve haver correspondência entre a materialidade do ato e o motivo existente (MELLO, 2007, p. 380-386).

Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato e o pressuposto de fato corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a administração a praticar o ato. A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo (DI PIETRO, 2004, p. 203).

A propósito, cumpre ressaltar que os motivos que determinam a vontade do agente na prática do ato integram a validade do ato, é o que se conhece como a “teoria dos motivos determinantes” (MELLO, 2007, p. 386).

Porém não se confundem motivo com motivação, pois motivação é a exposição por escrito, ou seja, a demonstração formal de que os pressupostos de fato realmente existiram (DI PIETRO, 2004, p. 203-204).

A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato, vindo sob a forma de "considerandos". A Lei nº 9.784/1999, em seu art. 50, indica as hipóteses em que a motivação é obrigatória. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, pela própria leitura do art. 50 da Lei nº 9.784/1999 pode-se inferir que não se pode mesmo considerar a motivação como indiscriminadamente obrigatória para toda e qualquer manifestação volitiva da Administração (2004, p. 110).

Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro a motivação é regra, necessária, tantos para os atos vinculados quanto para os discricionários já que constitui garantia da legalidade administrativa prevista no art. 37, *caput*, da CF (2004, p. 204).

Entende-se por "requisitos procedimentais" os atos jurídicos preliminares que, por imposição normativa, devem ser realizados antes da prática de um determinado ato administrativo (MELLO, 2007, p. 386-387).

A finalidade do ato é a razão jurídica pela qual esse ato administrativo foi abstratamente previsto no ordenamento jurídico. O administrador, ao praticar o ato, tem que fazê-lo em busca da finalidade para o qual foi criado e se praticá-lo fora da finalidade, haverá abuso de poder ou desvio de finalidade. Com relação finalidade do ato administrativo, podemos dizer que é objetivo de qualquer ato administrativo válido atingir um interesse público. Os atos da Administração devem sempre se dirigir para atingir um fim público, sendo nulos quando atingirem pretensões desconhecidas do interesse coletivo. A finalidade do ato administrativo é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. Não cabe ao administrador escolher outra, ou substituir a indicada na norma administrativa, ainda que ambas colimem fins

públicos. O desvio de finalidade ou o abuso de poder acarreta à invalidação do ato (MELLO, 2007, p. 387-389).

Causa é a relação de adequação lógica entre os pressupostos do ato e de seu objeto, ou seja, o vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato. Mais especificamente, pode-se defini-la como a correlação lógica entre o motivo e o conteúdo em função da finalidade legal correspondente ao ato administrativo em análise. A falta dessa adequação lógica entre o motivo e o conteúdo compromete a validade do ato, pois é no âmbito da causa do ato que se avaliará a sua razoabilidade e a sua proporcionalidade (MELLO, 2007, p. 390-391).

Por fim, a formalização é a maneira específica pela qual um ato administrativo deve ser praticado para que se tenha por válido. Todo ato administrativo tem uma forma; entretanto, em alguns atos, a lei prevê que deve ser praticada uma forma específica. A formalização deve obedecer às exigências legais, de maneira que o ato seja expresso tal como a lei impõe (MELLO, 2007, p. 393-394).

2.4 Atributos dos atos administrativos

A Administração Pública por ser depositária de bens e interesses públicos e, por desenvolver atividade voltada à realização de interesses da coletividade, encontra-se subordinada a um regime jurídico peculiar que lhe confere algumas prerrogativas em relação aos particulares. Assim, como bem adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, a Administração Pública, em face dos interesses que lhe incumbe

proteger, realizar e assegurar, está investida de certas prerrogativas conferidas pelo ordenamento jurídico, a fim de que sua atuação possa objetivar eficazmente os escopos consagrados como princípios da coletividade. Essas prerrogativas apenas exteriorizam a posição de supremacia dos próprios interesses públicos sobre os privados (2007, p. 399-400).

Desse modo, como o ato administrativo é o instrumento do exercício da função administrativa, ele goza de atributos próprios do regime de direito público, isto é, é executado debaixo de prerrogativas, as quais devem ser exercitadas dentro dos limites concedidos pelo ordenamento jurídico, em razão de representar interesses da coletividade (Princípio da supremacia e da indisponibilidade o interesse publico).

São atributos do ato administrativo: a presunção de legitimidade, a executoriedade, a imperatividade e a exigibilidade. Vejamos cada uma delas.

Presunção de legitimidade: decorre do princípio da legalidade da administração, o que faz esta presunção ser inerente ao nascimento do ato administrativo, ou seja, todos os atos nascem com ela. Tal pressuposto faz com que o ônus da prova em questão de invalidade do ato administrativo se transfira para quem a invoca, fazendo que o ato seja de imediata execução, mesmo arguido de vícios que o invalidem.

Executoriedade: torna possível que a administração execute de imediato o ato administrativo, independentemente de ordem judicial, ou seja, o poder que tem a

Administração de compelir materialmente o administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu.

Imperatividade: impõe a coercibilidade para o cumprimento ou execução do ato administrativo, decorrendo da própria existência do ato, independentemente da declaração de validade ou invalidade daquele.

Exigibilidade: é a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o cumprimento ou a observância das suas determinações. É a coerção indireta, no Direito administrativo corresponde à multa.

2.5 Efeitos dos atos administrativos

Os atos administrativos são editados com a finalidade de produzirem efeitos no mundo social. O Ato Administrativo irradia efeitos jurídicos, pois se constitui em instrumento de atuação do poder público executor da função administrativa. Assim, dessa noção de instrumentalidade. Sem o ato, o instrumento de que dispõe a Administração para exercer a sua função administrativa, nada pode materializar o Estado, tornando-se inoperante no que concerne às produções de efeitos jurídicos e conseqüentemente efeitos materiais (MIRANDA, 2006, p. 205).

Sob essa ótica, denominam-se efeitos próprios ou típicos aqueles diretamente relacionados ao objeto do ato administrativo, ou seja, os efeitos próprios são a

própria concretização material do conteúdo prescritivo que o ato veicula. Por efeitos impróprios, entende-se a consequência fática ou até mesmo jurídica dos efeitos próprios desencadeados pelo ato administrativo (MIRANDA, 2006, p. 205).

A distinção entre os conceitos de efeitos próprios e efeitos impróprios do ato administrativo terá enorme importância no capítulo seguinte, quando será abordada a teoria das nulidades do ato administrativo, pois, quando se extingue um ato administrativo, retiram-se do ordenamento jurídico apenas seus efeitos próprios, mantendo-se os impróprios por razões de segurança jurídica (MIRANDA, 2006, p. 205).

É importante destacar, entretanto, que a teoria dos efeitos dos atos administrativos não se aplica *aos atos que integram os processos ou os procedimentos administrativos*, e isso acontece por uma razão lógica, qual seja a de que o ato processual ou procedimental antecedente é sempre fundamento de validade do ato subsequente (MIRANDA, 2006, p. 206).

2.6 Classificação dos atos administrativos

Os atos administrativos recebem as mais numerosas classificações, conforme o critério adotado por quem os esteja classificando. Por não haver uniformidade nas classificações, preferimos uma classificação generalizada, sem pormenores, unicamente com o intuito de distinguir os principais tipos de atos administrativos.

Quanto a seus destinatários os atos podem ser *gerais ou individuais*. São considerados atos gerais aqueles atos expedidos para uma categoria de sujeitos indeterminados (MELLO, 2007, p. 406). Temos como exemplo os decretos e os editais para concurso público. Já os atos individuais são designados a destinatários certos, particularizados (MELLO, 2007, p. 406). Não significa que o ato administrativo individual seja para uma única pessoa. O mesmo ato pode abranger vários indivíduos, desde que sejam especificados quais são os atingidos. É o caso da nomeação dos aprovados em concurso público, oriundos de uma única lista.

Quanto ao alcance do ato, este pode ser *interno ou externo*. São internos os atos que produzem efeito apenas no interior das repartições públicas, incidindo assim somente sobre os órgãos e agentes da Administração (MELLO, 2007, p. 409). Exemplo: portarias, instruções, autorizações. São externos os atos em que o alcance foge as esferas administrativas, gerando efeitos a terceiros. Estes só entram em vigor quando divulgados em órgão oficial, ao passo que os atos internos não dependem de publicação, bastando a simples ciência dos destinatários ou a divulgação na repartição alcançada.

Quanto ao seu objeto os atos administrativos podem ser considerados *atos de império ou atos de gestão*. São atos de império, ou atos de direito público como vêm sendo tratados pela moderna doutrina, os atos em que a Administração Pública faz valer suas prerrogativas de ente público, usando de sua supremacia, impondo unilateralmente e coercitivamente obrigações aos administrados (DI PIETRO, 2004, p. 213). É o caso das interdições de estabelecimentos e das desapropriações. Os atos de gestão são os praticados pela Administração em condição de igualdade com

os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços (DI PIETRO, 2004, p. 213). Desde que praticados de forma regular tornam-se obrigatórios e geram direitos subjetivos entre a Administração e o particular. Esses últimos não são atos administrativos típicos, sendo apenas atos da administração sujeitos a algumas formalidades de natureza administrativa para sua realização. Celso Antônio Bandeira de Mello bem observa que esta classificação está em desuso, porquanto ela servia apenas para excluir do Estado a responsabilidade pelos atos de império (2007, p. 410-411).

Quanto à formação do ato, eles podem ser *unilaterais ou bilaterais*. Os primeiros são formados por apenas uma das partes envolvidas na relação. Já os segundos, dependem da vontade de ambas as partes (MELLO, 2007, p. 409/410).

Com relação aos responsáveis pela formação do ato, podem ser considerados *atos simples ou atos complexos*, estes últimos também comportando os atos compostos. Os atos simples são oriundos de um só órgão, como, por exemplo, a licença. Já os atos complexos, dependem de mais de um órgão para se tornarem completos (MELLO, 2007, p. 409). É o caso da nomeação de ministros do Supremo Tribunal Federal, na qual, além da escolha do Presidente da República é necessária a provação do Senado Federal.

Quanto aos efeitos, podem ser eles constitutivos ou declaratórios. Os primeiros produzem uma nova situação jurídica, extinguindo ou modificando situação anterior. Já esses últimos, apenas afirma a preexistência de uma situação de fato ou de direito (MELLO, 2007, p. 407).

No tocante ao grau de liberdade da Administração, os atos administrativos se dividem em *vinculados* e *discricionários*. Pode-se dizer que há ação vinculada quando a norma a ser cumprida determina com rigor e objetividade o comportamento da Administração diante de determinado caso, ou seja, quando a lei impõe uma única e possível conduta para o administrador diante de uma hipótese fática, não deixando margem para apreciação subjetiva. Exemplo de ato administrativo vinculado é o lançamento de um tributo pela Administração Pública, pois, uma vez verificado o fato gerador, a Administração não pode se eximir de efetuar o lançamento do tributo. De outra banda, os atos administrativos discricionários são aqueles em que o administrador pode praticá-los com certa liberdade de escolha, em razão de sua conveniência e oportunidade. Justifica-se a discricionariedade para evitar o automatismo que certamente ocorreria se a Administração Pública não tivesse outra maneira de cumprir suas obrigações senão com normas preestabelecidas, prejudicando a dinâmica necessária à atuação do administrador. É importante consignar que o ato discricionário não se constituiu em total arbítrio para o administrador agir sem observação dos preceitos legais. Os atos discricionários são sempre determinados por lei, assim como qualquer outro ato administrativo. O que se privilegia é uma maior independência na escolha das ações a serem tomadas para alcançar o fim social (MELLO, 2007, p. 411/4180).

Esta é a classificação mais costumeira entre a doutrina, na qual pouco se diverge, e será suficiente para a nossa abordagem em relação aos atos administrativos inválidos.

Capítulo 3

TEORIA DAS NULIDADES DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O ato administrativo destina-se justamente a realizar os fins da Administração, quais sejam os de satisfazer os interesses da coletividade. Trata-se de um ato com finalidade de atender os interesses públicos, ainda que por vezes seus efeitos alcancem apenas um pequeno grupo de pessoas, ou mesmo um só administrado ou servidor.

Contudo, não obstante essa índole dos atos administrativos, não é incomum que, em certos momentos da atividade da Administração, sejam expedidos atos administrativos com fins diversos ao interesse da coletividade, contrários à moral ou mesmo constituídos sem a observância da devida formalidade ou do preenchimento de todos os requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico para a sua perfeição e validade.

A teoria das nulidades do ato administrativo tem como escopo a análise do ato defeituoso e suas consequências no mundo jurídico. Cabe-nos, então, ao estudarmos as nulidades do ato administrativo, perquirir quais as causas de invalidação do ato administrativo, como se dará essa invalidação, tendo em vista que os atos administrativos, ainda que inválidos, irradiam efeitos no plano fático e jurídico até que sejam desconstituídos, pois são dotados de presunção de legitimidade, executoriedade, imperatividade e exigibilidade, bem assim em que hipóteses os atos inválidos poderá ser mantido, aproveitado ou convalidado.

Assim como na Teoria Geral do Direito Civil, a nulidade é encarada pelo Direito Administrativo como uma sanção que se impõe aos atos produzidos sem observância das regras previstas no ordenamento jurídico. Essa sanção decorre do princípio da legalidade, ao qual está ligada a produção de atos administrativos, e é denominada *nulidade* (HORBACH, 2007, p. 78).

Nesse mesmo sentido, Marcello Caetano, declara que a invalidade do ato administrativo importa em uma sanção legal imposta pelo ordenamento jurídico pela inobservância de normas aplicáveis à respectiva produção. Ainda segundo o referido autor, essa sanção poderá se apresentar sob os mais variados aspectos, podendo ser mais ou menos grave, sanável ou não (1997, p. 465).

Tendo em vista a escassez de disposições legislativas a respeito das nulidades no Direito brasileiro, os tribunais assumiram a função de protagonistas na criação de uma teoria das nulidades dos atos administrativos.

É vastíssima a jurisprudência dos tribunais, as quais acabaram por servir de base para a edição da Súmula nº 473 do STF, que se tornou a principal referência no tratamento da matéria relacionada com as nulidades dos atos administrativos no Brasil até recentemente.

O mencionado verbete assevera que:

(...) 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.

A Súmula nº 473 do STF indicava a opção daquela Corte Suprema pela teoria de que somente uma era a consequência para a irregularidade do ato administrativo, qual seja a nulidade absoluta, isto é havendo ilegalidade do ato administrativo, a única hipótese possível era a anulação desse ato pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, não produzindo o ato anulado nenhum efeito e dele não se originando direito qualquer.

Entretanto, no julgamento do RE nº 79.432, Relator o Ministro Djaci Falcão, RTJ 72/280, o Supremo Tribunal Federal avançou para reconhecer pela primeira vez a existência de ato administrativo anulável.

Com o advento da Lei nº 4.717/1995 (Lei da Ação Popular) e, posteriormente, da Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo), a discussão ganhou novos contornos acerca da distinção entre os atos nulos e os anuláveis, cujo tema, ainda tortuoso, será tratado ao longo desse capítulo.

Na seara dos atos administrativos inválidos também há uma enorme diversidade de entendimentos a respeito quanto à possibilidade de aproveitamento, manutenção ou de correção do ato defeituoso.

Hely Lopes Meirelles (1992, p. 156) é o mais inflexível, pois defende que todo ato administrativo ou é válido ou é nulo, não havendo possibilidade de correção ou, como querem alguns, de simples anulabilidade do ato, a não ser nos casos de mera irregularidade, cuja correção sequer modifica o seu conteúdo.

Manoel Ribeiro (1963, p. 21) também aponta apenas a nulidade absoluta como espécie de invalidação do ato administrativo. Contudo, como se verá mais

adiante, apesar de reconhecer apenas a nulidade absoluta, admite a validade de atos defeituosos, fato impensado na doutrina de Hely Lopes Meirelles.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello está em outra corrente e assevera ser possível a utilização, para os atos administrativos, da teoria dos atos jurídicos prevista no Código Civil. Entende que, a despeito de se encontrar na Lei Civil, a teoria das nulidades está consagrada pela teoria geral do direito, situação que autoriza seu aproveitamento no direito público, observadas as devidas proporções. Com isso, os atos poderiam ser classificados em nulos ou anuláveis, dependendo do tipo de defeito encontrado (1979, p. 652-653).

A doutrina, em sua maioria, classifica os atos administrativos inválidos em nulos e anuláveis. A maior dissensão entre os doutrinadores reside na concepção do ato inexistente.

Os atos nulos seriam aqueles que a lei assim os declare ou aqueles em que é racionalmente impossível a sua convalidação, pois, se o seu conteúdo fosse reproduzido, também seria reproduzida a invalidade já verificada anteriormente (MELLO, 2007, p. 457).

Os atos anuláveis são aqueles que a lei assim os declare ou aqueles que podem ser refeitos com a ausência do vício que o maculava anteriormente (MELLO, 2007, p. 457).

Já o ato inexistente, tal como define Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, é o “fato da administração que, aparentando informalmente a sua vontade estatal, está isento de efeitos jurídicos motivados pela teleologia pública, em consequência da não

incidência do direito objetivo, em matéria administrativa, por ausência natural ou cultural de qualificação”, e, por isso, é absolutamente inconvaleável (1980, p. 155).

A teoria da inexistência dos atos administrativos é uma transposição para o Direito Público de uma teoria elaborada no Direito Civil. Entretanto, deixando de lado as peculiaridades do Direito Administrativo, os seus princípios mentores, sobretudo os da supremacia do interesse público, da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da sua imperatividade etc., que já servem de importante matéria prima para os opositores dessa teoria, podemos dizer que a ideia de inexistência do ato administrativo é mais uma construção técnica do que científica e se funda na necessidade de justificar algumas soluções até então adotadas pela jurisprudência (HORBACH, 2007, p. 86).

Para Themístocles Brandão Cavalcante, a distinção entre nulidade absoluta e inexistência é meramente teórica, porque, embora diversos os elementos que integram cada uma das categorias, na prática a consequência é sempre a mesma, qual seja o reconhecimento da nulidade do ato (1973, p. 188).

De fato, para a maioria dos autores que adotam a divisão tricotômica (nulo, anulável e inexistente), as diferenças são mais conceituais do que práticas, guardando muitas semelhanças com relação às consequências que poderão advir de cada uma dessas categorias.

Miguel Seabra Fagundes traça uma nova forma de classificação, dispensando a tradicional dicotomia nulo/anulável elaborada pela maioria da doutrina, entendendo ser impossível a adoção da teoria civilista aos atos administrativos. Ele trabalha com

a classificação de ato administrativo absolutamente inválido, relativamente inválido e ato irregular. O primeiro seria aquele que violaria regras fundamentais atinentes à vontade, ao motivo, à finalidade e à forma, tidas como indispensáveis à formação do ato. Esses atos não gerariam efeitos e deveriam ser considerados como atos inexistentes. Diferentemente disso, os atos relativamente inválidos produziriam efeitos e, para sua invalidação, deveriam ser sopesados dois interesses públicos: o abstrato previsto e o ocorrido. Se a invalidez fosse mais prejudicial que a manutenção, o ato deveria ser mantido. Não haveria, então, ratificação do ato, apenas aceitação. Fundamentava essa ideia no fato de que, em Direito Administrativo, as consequências do defeito se mostram mais relevante do que a sua natureza. Em último estariam os atos irregulares, esses considerados defeitos insignificantes que poderiam ser ignorados tanto pela Administração Pública como pelos administrados, pois seriam vícios menores, que mesmo presentes não alterariam o conteúdo do ato (1979, p. 54-59).

Marçal Justen Filho propõe uma divisão mais abrangente, porém muito semelhante às anteriores. Para ele, os vícios se classificam em: a) irregularidade irrelevante (não se configura em infração, sendo apenas um defeito sem importância, como, v. g., o erro de grafia); b) irregularidade suprimível (defeito pequeno que pode ser facilmente corrigido, tendo como exemplo a data equivocada de início de aposentadoria); c) nulidade relativa (vício grave, sobre direitos disponíveis); d) nulidade absoluta (vício grave sobre direitos indisponíveis ou disponíveis com sujeitos determinados) e; e) inexistência jurídica. Para ele, as

prescrições do direito privado serviriam, quando muito, de diretrizes para o direito público, mas este deveria ter sua própria teoria (2006, p. 261).

Manoel Ribeiro, como já dito anteriormente, reconhece apenas a nulidade absoluta para os atos administrativos. Pondera, contudo, que essa nulidade se dará apenas quando se constatar a impossibilidade de manutenção do ato viciado (1963, p. 21).

Weida Zancaner, calibrando os princípios da legalidade com os da segurança jurídica e o da boa-fé dos administrados, oferece uma classificação para os atos inválidos de acordo com a possibilidade de convalidação, ou seja, os atos viciados podem ser considerados: a) absolutamente sanáveis (defeito irrelevante que pode ser admitido pelo direito), b) relativamente sanáveis (devem ser convalidados pela Administração Pública, mas, se não o forem, o tempo cuidará de saná-los); c) absolutamente insanáveis (tão graves que devem ser radicalmente repelidos pelo ordenamento jurídico), ou; d) relativamente insanáveis (de impossível convalidação, mas que podem ser estabilizados ao longo do tempo). (2008, p. 109/118).

Há ainda quem defenda uma classificação ainda mais ampla e flexível. É o caso de Carlos Ari Sundfeld, que sustenta ser inviável a adoção da teoria civilista dicotômica, criticando os critérios utilizados na Lei nº 4.717/65 (Ação Popular), que prevê a existência de atos nulos e anuláveis sem, disciplinar, contudo, o tratamento jurídico a ser dispensado a cada uma das hipóteses. Dessa forma, nega qualquer teoria estanque, analisando a invalidação de forma segmentada, de acordo com a possibilidade de convalidação, com os agentes competentes e o com o prazo (1990, p. 44-49).

3.1 Causas de invalidação dos atos administrativos

Como explanado no segundo capítulo, o ato administrativo é formado em obediência e certos requisitos: sujeito (competência), forma, conteúdo (objeto), motivo e finalidade. Por certo, então, que eventual defeito no ato administrativo deve estar relacionado com algum desses elementos. Embora a publicidade não seja elemento formativo do ato ou requisito de sua validade, sendo apenas condição de eficácia dos referidos atos, há quem entenda que a falta da devida publicidade torna o ato inválido. Desse modo discorreremos sobre cada um dos possíveis vícios capazes de invalidar o ato administrativo.

3.1.1 Vícios relacionados ao sujeito

O ato administrativo, tal como já anteriormente visto, é uma forma de exteriorização da vontade da Administração Pública. Contudo, essa vontade não pode ser manifestada pela própria Administração, visto que, por ser o Estado uma ficção jurídica, tal situação é fisicamente impossível. Em razão disso, os atos são expedidos através dos seus agentes públicos, investidos de poder estatal e com competência previamente estabelecida em lei.

Contudo, nem sempre aquele que edita um ato administrativo o faz com fiel observância à competência na qual deveria estar legalmente investido. Pode

acontecer, inclusive, de o responsável pelo ato nem sequer estar investido de poder público. Em razão disso, a incompetência é o primeiro vício existente no sujeito.

A doutrina divide os defeitos da competência com relação à atuação do agente em três possibilidades: usurpação de competência, abuso competência e invasão de competência (MOREIRA NETO, 2002, p. 192/193).

A usurpação de competência consiste no exercício de cargo público sem título algum. O abuso de competência refere-se ao transbordamento do limite da competência, mas sem alcançar a competência de outro órgão, ou seja, o agente tinha competência estatal, mas foi além do que lhe era permitido. Já a invasão de competência ocorre quando a exorbitância adentra na esfera de outro agente público (MOREIRA NETO, 2002, p. 163).

Na tipologia da incompetência, encontramos quatro possibilidades: em razão da matéria, do lugar, da hierarquia ou do tempo. Em razão da matéria, quando se extrapola as atribuições conferidas em lei. Em razão do lugar, quando o agente público expede um ato com efeitos fora do âmbito espacial de seus poderes. A violação da hierarquia também pode ser causa de incompetência, quando este edita um ato que seria de responsabilidade exclusiva de seu superior. Por fim, a incompetência em razão do tempo se verifica quando uma autoridade administrativa age, seja num momento em que não é competente, seja num período fora da duração de seus poderes (RIBEIRO, 1963, p. 23).

Há ainda, nos defeitos quanto à competência, que se analisar o problema do “funcionário de fato”. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 236),

funcionário de fato é “aquele cuja investidura foi irregular, mas cuja situação tem aparência de legalidade”.

Trata-se de pessoa fazendo-se passar por agente público, mas sem poderes para tanto. É necessário, portanto, certa aparência de legalidade na atuação do servidor de fato de forma que todos ao seu redor acreditem tratar-se de um agente legítimo da Administração Pública.

Por outro lado, em respeito à segurança jurídica e à boa-fé dos administrados, devem ser considerados válidos os atos administrativos realizados por aqueles investidos irregularmente em cargo público, mas com aparência de servidor legítimo.

Importa ressaltar, por fim, que a validade dos atos administrativos praticados por funcionário de fato não tem relação com o conhecimento da irregularidade por parte do agente. Isso quer dizer que, existindo a aparência de legalidade, e sendo um ato revestido dos demais requisitos legais, sua manutenção estará assegurada, estando o agente de boa ou má-fé.

O ato administrativo, mesmo criado por autoridade competente, pode ser considerado inválido se restar constatado defeito da manifestação da sua vontade. Assim, os vícios de vontade são outros que também podem ser encontrados no elemento sujeito.

Os vícios de vontade, como já anunciado pelo administrativista acima citado, são aqueles existentes no Código Civil, art. 138 e ss.

Tanto a incompetência quanto o defeito na manifestação da vontade podem invalidar o ato administrativo, desde que, por óbvio, se mostre inviável a sua convalidação, pelas razões que veremos mais adiante.

3.1.2 Vícios relacionados à forma

A obediência à forma é um dos pressupostos de validade do ato administrativo. Por óbvio, então, que o defeito na forma pode ensejar a invalidação do ato. Contudo, faz-se necessário distinguir o grau de exigência da forma, pois, em determinadas ocasiões, os defeitos de forma são tão pequenos que se mostra desarrazoado invalidar o ato.

A violação à forma somente ensejará a invalidação do ato administrativo quando ela for essencial a sua existência e validade. Essa essencialidade, em regra, vem disposta na lei.

Marcello Caetano observa que, “se a lei impõe a observância de qualquer trâmite na formação da vontade é porque considerou indispensável à garantia dos interesses públicos ou particulares” (1997, p. 470-471).

Enfim, pode-se considerar forma essencial toda aquela que contribua decisoriamente para a formação do ato, ou que sirva como meio de garantir a igualdade entre a Administração Pública e os seus servidores ou administrados.

As formas não essenciais, apesar de importantes para o bom desenvolvimento da atividade administrativa, em princípio não acarretam a invalidez do ato. Evidentemente que se esse defeito trouxer prejuízo a alguém, e não sendo possível sanar o vício, o reconhecimento da invalidez torna-se a única opção.

Entretanto, a regra é que o defeito nas formas ou a inobservância a alguma formalidade no processo de criação do ato administrativo, quando não atingirem a própria substância do ato pode ser ignorado pela Administração Pública, mantendo-se o ato mesmo com a presença desse vício.

3.1.3 Vícios relacionados ao objeto

O objeto do ato administrativo deve ser sempre lícito, moral, certo e possível. Desse modo, havendo vício em relação ao objeto (conteúdo) do ato administrativo, este será ilícito e, portanto, ilegal. A falta de razoabilidade ou desproporcionalidade também contamina o objeto do ato administrativo a ponto de ensejar a sua invalidação, pois nessas hipóteses estará patente o transbordamento dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico para o exercício da própria função administrativa.

Difícilmente um defeito no objeto não acarretará a sua invalidação. Isso porque o objeto é a essência de todo ato administrativo, pois é o seu próprio conteúdo, ou seja, “aquilo sobre o que o ato dispõe” (MELLO, 2007, p. 376).

Se a própria substância do ato está viciada, não há como tentar saneá-la. Exige-se, portanto, a criação de um novo ato, porém com um novo objeto.

3.1.4 Vícios relacionados aos motivos

No motivo encontramos os pressupostos de fato e de direito que fundamentam a criação do ato administrativo. É nele que sabemos o porquê do ato existir. Se ausente o motivo, ou indicada razão inadequada para a sua prática, o ato administrativo deverá ser invalidado. A falsidade do motivo, como há de se supor, também enseja a invalidação do ato administrativo respectivo (ZANCANER, 2008, p. 92).

Em princípio, o motivo deve guardar pertinência lógica e adequação racional com o conteúdo do ato. Essa coerência interna também deve estar em harmonia com o motivo legal ensejador da prática de tal ato. Assim, se o motivo invocado for inexistente, falso ou incorretamente qualificado, o ato estará irremediavelmente viciado (BIGOLIN, 2007, p. 129).

Weida Zancaner assinala que “a ausência do motivo de fato impossibilita a convalidação do ato, posto que não há como fazê-lo retroagir a data de sua emissão, já que o suporte fático continuaria a existir” (2008, p. 92).

3.1.5 Vícios relacionados à finalidade

Finalidade, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 387), “é o bem jurídico objetivado pelo ato”. Ora, um ato cuja finalidade se encontra desvirtuada é um ato que desatende ao fim em razão do qual foi editado (ZANCANER, 2008, p. 96).

É possível que se constate que um ato administrativo, formalmente motivado, dirija-se na realidade a fins outros que não aqueles buscados pelo ordenamento jurídico mediata ou imediatamente, ou seja, verifica-se que o ato foi praticado com um objetivo puramente particular, diverso, então do interesse coletivo previsto na tipologia do ato. Em situações como essas estaremos diante de um caso desvio de finalidade ou, como alguns doutrinadores também denominam, de desvio de poder (ZANCANER, 2008, p. 96/97).

Nos dizeres de Diogo de Figueiredo Moreira Netto, o desvio de finalidade é uma “traição da intenção legal”. Caracteriza-se pela incongruência entre o ato praticado e a finalidade prevista na lei (2002, p. 193).

Cuida-se de um vício que envolve a própria noção de legalidade, ou melhor, a falta dela. Se a lei cria uma competência administrativa, é para que o agente público a exerça de acordo com o estabelecido por esse mesmo ordenamento jurídico, e não para que ele satisfaça as suas vontades, de acordo com a finalidade que lhe convier.

Não obstante ser possível o desvio de poder em casos onde o agente atua de boa-fé, decorrente apenas de uma ilegalidade formal ou uma ausência de pressuposto fático, na maioria das vezes ele é encontrado em atos onde a autoridade se vale do Poder Público para satisfazer um interesse pessoal. São os casos onde o desvio de poder se mostra mais difícil de ser desvendado.

Sobre o assunto, lembra bem Adílson de Abreu Dallari:

Desvio de poder é uma ilegalidade disfarçada; é uma ilicitude com aparência de legalidade. Ao vício propriamente jurídico agrega-se o vício ético; o embuste, a intenção de enganar. Pelo desvio de poder viola-se, simultaneamente, os princípios da legalidade e da moralidade administrativa (2002, p. 160).

E acrescenta:

O desvio de poder nunca é confessado, somente se identifica por meio de um feixe de indícios convergentes, dado que é um ilícito caracterizado pelo disfarce, pelo embuste, pela aparência de legalidade, para encobrir o propósito de atingir um fim contrário ao direito, exigindo um especial cuidado por parte do Poder Judiciário (2002, p. 161).

O ato viciado por desvio de finalidade em princípio não pode ser convalidado. Tratando-se de desvio de poder com má-fé do agente, é inconteste a impossibilidade de saneamento. Se a autoridade pública praticou o ato com fins particulares, buscando tirar proveito da competência que lhe fora atribuída, não há como um novo ato tentar suprir esse defeito. Reconhecendo-se o desvio, o seu único destino é a invalidação.

3.1.6 Vícios relacionados à publicação

A publicidade, como já dito anteriormente, não é elemento formativo do ato, é requisito de eficácia e de moralidade. Por isso mesmo os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige.

Com efeito, leciona Sandra Julien Miranda que a publicidade dos atos da Administração é inerente aos mesmos, pois pública é a Administração e público é o poder. Todavia, no âmbito administrativo, atos há cuja eficácia e cuja capacidade de obrigar terceiros, depende fundamentalmente da sua publicação, de sorte que os atingidos pelo ato dele tomem conhecimento, conforme dispõe a legislação a respeito. Na doutrina, o termo eficácia é usado para indicar aptidão jurídica do ato para produzir os efeitos que tem em vista (2000, p. 19).

A publicação, portanto, é uma condição suspensiva da eficácia e em princípio nada tem haver com a existência ou validade do ato administrativo. Assim, o ato pode simplesmente existir, ser válido, mas não gerar qualquer efeito perante terceiros até que a providência instrumental da publicação seja satisfeita.

O princípio da publicidade tem dupla motivação: por um lado, especialmente no que se refere aos atos abstratos de repercussão geral, busca dar conhecimento à população de seus direitos e deveres, ao divulgar as normas que regerão seu comportamento em sociedade; por outro lado, quanto às normas e atos que não atingem a todo o universo dos cidadãos (em geral os de efeitos concretos), a razão

de ser da publicidade é permitir o controle social sobre os atos da Administração Pública.

A validade do ato administrativo depende da licitude de seu objeto; de sua adoção pela autoridade competente; da forma prevista em lei; da causa e da motivação; e da sua adequação a finalidade pública. Preenchidos esses requisitos, o ato seria perfeitamente válido e passaria a operar seus efeitos após atender à sua condição de eficácia, que consistiria na devida publicação. Se fosse publicado no mesmo dia de sua adoção ou três meses depois, o ato continuaria perfeitamente válido e apto para produzir seus efeitos.

Como visto anteriormente, os conceitos jurídicos de publicidade e publicação não se confundem. Publicidade é gênero e, para que esse pressuposto seja atendido, basta que o ato administrativo fique potencialmente ao alcance público, podendo ser visto mediante demanda, em consulta ao respectivo processo, requerimento de vista, certidão, declaração ou assemelhados (ATALIBA, 1991, p. 17).

A publicação, por seu turno, é uma forma mais específica de atender o princípio da publicidade, forma essa em que os atos são efetivamente expostos e divulgados ao público de forma ampla e geral. Todavia, não é possível nem necessário que todos os atos administrativos sejam publicados na imprensa oficial, a depender do âmbito dos efeitos que estarão a produzir, da esfera dos potenciais interessados e de outras razões que justifiquem a ampla divulgação do ato administrativo (ATALIBA, 1991, p. 19).

A não publicação jamais pode ser alegada contra um cidadão ou pessoa jurídica de direito privado que atue nessa qualidade, mas somente contra o Estado ou agente público, pois somente as autoridades públicas detêm o poder de mandar publicar os atos estatais (ATALIBA, 1991, p. 19).

Como todo ato administrativo é público por natureza, muitas das vezes o que lhe dá eficácia e a sua simples prolação e inserção em um processo administrativo. Em geral, a publicação no Diário Oficial somente é exigida por lei em relação aos atos normativos, aos efeitos externos ou a outros que, por sua importância, merecem estar submetidos inevitavelmente ao controle por parte de outros órgãos públicos e por toda a sociedade (ATALIBA, 1991, p. 20).

Quando a lei não exige publicação, a perfeição do ato e a eficácia se verificam no mesmo momento. Todavia, a exigência legal de publicidade de determinados atos, mediante publicação no órgão de imprensa oficial, obstaculiza os efeitos dos atos administrativos condicionados a essa providência e que, uma vez não cumprida, pode macular a própria validade do ato, pois nessas hipóteses, embora a publicação passe a constituir uma formalidade extrínseca à formação do próprio ato, sua preterição implica em vício por ausência de um pressuposto formalístico de validade desse ato.

Vejamos o que Marcello Caetano diz a respeito desse tema, *verbis*:

A lei distingue os casos em que a publicação do acto seja obrigatória, daqueles em que não o é. Quando a obrigatoriedade existir deve entender-se que a publicação constitui formalidade integrada na forma do acto, ou é mero requisito de eficácia?

A obrigatoriedade da publicação implica uma formalidade essencial que interessa à própria validade do acto. Da preterição dessa

formalidade resulta, por conseqüência, um vício de forma que implicará, consoante dispuser a lei, nulidade ou anulabilidade do acto.

(...)

Da prática dos requisitos de validade depende a perfeição do acto: o acto não está perfeito antes deles reunidos. Mas o requisito de eficácia pressupõe um acto perfeito e só o desencadeamento de todos ou de alguns efeitos, em relação a todas ou algumas pessoas, depende de sua verificação (1997, p. 526).

Agora, se o ato administrativo deixou de ter a sua devida publicidade para escamotear eventual desvio de finalidade, seja por que ele é atentatório à moralidade, à impessoalidade, à razoabilidade ou à proporcionalidade, evitando-se assim que a sociedade e os órgãos públicos competentes exerçam controle sobre esses tais atos, aí estaremos diante de um caso onde o próprio conteúdo do ato está viciado, por absoluta ilicitude do objeto.

3.2 A classificação das invalidades dos atos administrativos

Na identificação do regime jurídico de invalidação dos atos administrativos federais e dos atos administrativos das pessoas políticas que não possuem legislação própria, é preciso conjugar dois diplomas legais: a Lei Federal nº 9.784/1999 e a Lei Federal nº 4.717/1965.

Trata-se de injunção do princípio federativo. As invalidades dos atos administrativos podem ser sanáveis ou insanáveis. As invalidades sanáveis, denominadas anulabilidades, são aquelas que não atingem de modo indelével o conteúdo do ato administrativo, permitindo a preservação de seus efeitos jurídicos

mediante a expedição de um ato administrativo de convalidação. Consistem em vícios que não impediriam a repetição do comando.

As invalidades insanáveis, ou simplesmente nulidades, são aquelas que impedem a válida repetição do ato viciado, por comprometer seu conteúdo, tornando-o ilegal ou ilegítimo. Torna o comando viciado passível de anulação judicial ou administrativa.

O fundamento jurídico-positivo para essa distinção reside na finalidade que norteia a restauração da validade dos atos administrativos: a restauração da juridicidade com segurança jurídica.

3.3 A invalidação do ato administrativo

A invalidação, segundo Weida Zancaner, é a eliminação de um ato administrativo ou da relação jurídica por ele gerada ou mesmo de ambos conjuntamente, por haverem sido produzidos em dissonância com a ordem jurídica (2008, p. 3). Assim, a invalidação constitui uma forma de recomposição da ordem jurídica violada com a produção de um ato administrativo inválido, mediante a supressão deste e com a desconstituição dos seus efeitos.

A invalidação poderá operar efeitos *ex-tunc* ou *ex nunc*, a depender das barreiras legais e constitucionais garantidoras de direitos e garantias individuais e do interesse público envolvidos, cuja análise deverá ser feita caso a caso. Nessa

perspectiva, cumpre-nos fazer uma distinção quanto à repercussão dos atos inválidos na esfera jurídica dos administrados, ou seja, se atos restritivos de direitos ou atos ampliativos de direito em relação à esfera jurídica do administrado.

Nessa esteira, Celso Antônio Bandeira de Mello se posiciona no sentido de que os atos restritivos de direitos, se inválidos, devem produzir efeitos *ex tunc*, ao passo que, se os atos inválidos forem ampliativos da esfera jurídica do administrado e esse não concorreu para o vício do ato, os efeitos da invalidação devem operar *ex nunc*, ou seja, depois de pronunciada a nulidade (MELLO, 2007, p. 458).

Os sujeitos ativos da invalidação dos atos administrativos são a própria Administração e o Poder Judiciário. A invalidação realizada pela Administração também ocorre através de ato administrativo. Em razão disso, assim como qualquer outro, o ato de invalidação deve preencher os requisitos a qual já mencionamos no capítulo primeiro: agente competente, forma, conteúdo, objeto, motivo e finalidade. As orientações sobre esses requisitos são os mesmos dos demais atos administrativos.

A Administração somente invalida um ato administrativo viciado com a edição de outro ato administrativo, enquanto que o Poder Judiciário o faz através de sentença. Por isso, a motivação do ato administrativo invalidador é imprescindível e de grande importância, pois a Administração deve demonstrar onde está o defeito do ato invalidado. E mais, é preciso que ela reconheça o próprio erro e demonstre que a extinção do ato é a melhor solução para restabelecer a legalidade e restaurar a ordem jurídica violada.

Como o ato invalidado, em regra, já gerou efeitos, criando, modificando ou extinguindo direitos de administrados, o ato de invalidação deve atentar-se a isso e garantir que os interessados manifestem-se sobre a possibilidade de invalidação daquele ato. Portanto, deve ser instaurado prévio processo administrativo, com respeito ao contraditório e comunicação prévia aos administrados que tenham direitos eventualmente afetados pela invalidação do ato viciado (FRANÇA, 2001, p. 240).

Ausente os pressupostos de existência e validade, o ato administrativo de invalidação também poderá ser considerado viciado e, por conta disso, vir a ser extinto do ordenamento jurídico tão como o que o precedeu. Tratando-se de ato que retira do mundo jurídico outro ato, deve ele ser criado com muito mais responsabilidade e respeito aos ditames legais, para que também não seja impugnado posteriormente, causando enorme insegurança no sistema.

A invalidação quando referida a atos ainda ineficazes tem como objeto apenas o próprio ato inválido; quando referida a atos eficazes e de efeitos abstratos tem por objeto o ato e seus efeitos; e quando referida a atos eficazes de efeitos concretos tem por objeto apenas os efeitos deles (MELLO, 2007, p. 443).

Em face do acima exposto, Weida Zancaner afirma que o ato invalidador possui dois aspectos distintos e inseparáveis, quais sejam o de ser, a um só tempo, declaratório e constitutivo de direito, pois diz que um ato ou uma relação jurídica são inválidos e que essa invalidade é preexistente e, quando preserva efeitos oriundos do ato invalidado, cria direito novo, baseado no princípio da segurança jurídica e da boa-fé (2008, p. 81).

É imperioso fazermos aqui uma distinção entre os institutos da invalidação e o da revogação. Atualmente a doutrina caminha para a uniformidade na diferenciação da revogação e da anulação.

Com relação ao fundamento, a revogação tem como base a inconveniência de manutenção do ato revogado, situando-se no campo exclusivo do mérito administrativo, enquanto a invalidação fundamenta-se na ilegalidade do ato. Assim, pode-se concluir que a revogação cuidará de extinguir um ato regular, em decorrência do exercício do poder discricionário, enquanto a invalidação, necessariamente, será referente a ato administrativo viciado.

Quanto os efeitos do ato, a revogação opera-se *ex nunc*, pois como o ato revogado é válido, sem qualquer defeito, os efeitos por ele produzidos devem ser mantidos. Com relação à invalidação, dada à natureza do vício e as particularidades do caso concreto, o ato invalidatório pode trazer efeitos *ex nunc* ou *ex tunc*.

O grau de autonomia do agente competente também é diverso. Na revogação, que se dá apenas pela Administração Pública, o agente competente se vale da conveniência e oportunidade, condições típicas dos atos de natureza discricionária. A invalidação é exatamente o oposto: o agente competente, que pode ser tanto a Administração Pública quanto o Poder Judiciário, atua de forma vinculada. O reconhecimento do vício insanável e relevante enseja imperativamente a extinção do ato, ressalvadas as exceções que serão abordadas no tópico seguinte.

3.4 Limites à invalidação dos atos administrativos

A evolução nos estudos da teoria das nulidades do ato administrativo trouxe notáveis considerações no tocante à manutenção do ato viciado. Vem sendo, assim, desconstruída a ideia de que um ato com defeito ensejaria automaticamente a sua extinção.

Busca-se agora a ponderação entre o conteúdo, a finalidade do ato e os defeitos nele existentes, bem como os efeitos já gerados e as consequências de sua retirada do mundo jurídico, ou seja, a presunção de invalidação por conta das irregularidades do ato administrativo, que decorre precipuamente do princípio da legalidade, está sendo mitigada por força do princípio da segurança jurídica, da proteção da confiança e da boa-fé e, sobretudo, em razão dos efeitos do princípio geral que prescreve que não deve haver nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

Marçal Justen Filho demonstra essa tendência ao afirmar que:

Cada vez mais, afirma-se que a validade depende da verificação do conteúdo do ato, da intenção das partes, dos valores realizados e assim por diante.

A nulidade deriva da incompatibilidade do ato concreto com valores jurídicos relevantes. Se certo ato concreto realiza os valores, ainda que por vias indiretas, não pode receber tratamento jurídico equivalente ao reservado para atos reprováveis. Se um ato, apesar de não ser o adequado, realizar as finalidades legítimas, não pode ser equiparado a um ato cuja prática reprovável deve ser banida.

A nulidade consiste num defeito completo, formado pela (a) discordância formal com um modelo normativo e que é (b) instrumento de infração aos valores consagrados pelo direito. De modo que, se não houver a consumação do efeito (lesão a um

interesse protegido juridicamente), não se configurará invalidez jurídica. (2006, p. 260).

Para melhor compreendermos essa concepção, devemos inicialmente ter em conta a diferença entre o ato administrativo viciado e o ato administrativo inválido (CÂMARA, 2002, p. 3-4).

Um ato administrativo criado sem a observância dos requisitos legais é um ato com defeito e, portanto, viciado. Esse ato, quando posto sob a análise de autoridade competente, poderá ser considerado inválido e, em consequência, extinto do mundo jurídico. São dois momentos distintos: no primeiro há apenas a elaboração de um ato com o defeito, no segundo, um juízo autorizado para reconhecer esse defeito (CÂMARA, 2002, p. 4).

O ato viciado é pressuposto de invalidação, ou seja, a autoridade competente só extinguirá o ato em razão de alguma dissonância dele com o ordenamento jurídico. Porém, apesar do vício ser necessário para a anulação, esta não ocorrerá sempre, mesmo que o defeito se verifique de antemão. É o que Manoel Ribeiro já anunciava tempos atrás: “não há qualquer absurdo jurídico em encontrar um ato administrativo válido que é, ao mesmo tempo, reconhecidamente viciado” (1963, p. 21).

Vale frisar que, ante a ausência de prejuízo, que deve ser ponderada com o princípio da legalidade, muitas vezes o ato viciado vai ao encontro do que prescreve a lei. Nessa hipótese, cabe à Administração Pública e ao Poder Judiciário utilizar a razoabilidade e a proporcionalidade para definir qual deles deve preponderar.

Pelo princípio da segurança jurídica, situações irregulares consolidadas há muito tempo, consideradas úteis por todos, e que envolvem diversas pessoas com uma modificação jurídica relevante, não podem ser invalidadas antes de minuciosa análise do caso concreto, a fim de verificar se não é melhor, tanto para a Administração Pública, quanto para os administrados, a manutenção dos atos defeituosos.

A professora Lúcia Valle Figueiredo cita o caso de, por equívoco na interpretação constitucional, ter sido promovido o acesso de funcionários por concurso interno, ao invés de concurso público. Lembra que “diante de situações fáticas constituídas, rever tais promoções seria atritar com princípios maiores do ordenamento jurídico, sobretudo com a segurança jurídica”. É que decorrido certo tempo, diversos atos foram produzidos por estes servidores, ocasionando outras novas mudanças, e reafirmando ainda mais as suas condições de agentes públicos regulares (2003, p. 240).

Da mesma forma, o princípio da boa-fé e o princípio da proteção da confiança, também são impeditivos à invalidação do ato administrativo. Na mesma situação anterior, devem-se levar em conta que os concursados tornaram-se estáveis, outros, em razão dos novos funcionários, promoveram-se de acordo com o plano de cargos, e todos, de boa-fé, desempenharam suas funções desconhecendo qualquer irregularidade nestes atos (FIGUEIREDO, 2003, p. 242).

Do mesmo modo, os administrados também foram atendidos e seus problemas resolvidos por estes servidores equivocadamente inseridos na Administração Pública. Se as finalidades foram alcançadas, se, apesar da

irregularidade, os “novos servidores” desempenharam e vêm desempenhando suas funções em total respeito aos princípios e normas constitucionais e legais, questiona-se qual seria a necessidade de anular os atos administrativos que deram origem a tudo isso.

Importa ressaltar que não será sempre que a existência de fatores potencialmente impeditivos de anulação efetivamente manterá na esfera jurídica um ato defeituoso. Nos casos de vício grave, de manifesta violação à disposição legal, não obstante os efeitos jurídicos consolidados, a extinção do ato será medida imperativa. Poderá, quando muito, existir flexibilidade nos efeitos do ato invalidatório, mas a anulação mostrar-se-á inconteste. Em suma, exige-se do agente competente uma ponderação de interesses, na qual somente com minucioso exame do tipo de vício, dos efeitos até então gerados, e das consequências da invalidação ou da manutenção do ato, é que se chegará à solução mais adequada sobre o destino do ato viciado.

3.5 A prescrição e a decadência na invalidação dos atos administrativos

A prescrição e a decadência também são barreiras para a invalidação dos atos administrativos viciados. Como diz Jacintho Arruda Câmara: “O direito não suporta prolongadas situações de incerteza” (2002, p. 15). O direito faz uso de institutos como a prescrição e a decadência para estabilizar relações constituídas (CÂMARA, 2002, p. 15).

O Direito dá ao particular interessado a faculdade de impugnar um ato administrativo. À Administração é dado o dever de invalidar um ato viciado, que não comporte a convalidação. Mas há um limite temporal para essa atuação (CÂMARA, 2002, p. 15).

A Administração está sujeita a prazos para poder invalidar ou convalidar seus atos viciados. Também os administrados estão sujeitos a prazo para impugná-los. Weida Zancaner defende que, no caso de atos inconvalidáveis, o prazo prescricional só surte efeito se for entendido como prazo decadencial, pois a prescrição é entendida como a extinção do direito de ação em razão da inércia do seu titular pelo decurso de um lapso temporal determinado. A ação é que se extingue e não o direito propriamente. Com isso o sujeito passivo da ação adquirida passa a ter o direito de não ser acionado. Já a decadência é a extinção do próprio direito, pelo fim do prazo legal estabelecido para o seu devido exercício (ZANCANER, 2008, p.97/98).

Segundo essa autora, em se tratando de atos inconvalidáveis, no Direito Público, o princípio da segurança jurídica só fica resguardado pelo instituto da decadência, pois a Administração não necessita de ação para dar executoriedade às suas deliberações, haja vista poderes a ela conferidos pelo ordenamento jurídico (2008, p.98).

Logo, o instituto da prescrição não seria suficiente para pacificar a situação que advém da matéria objeto desse estudo. Tanto é exata tal assertiva que não se concebe a possibilidade de interrupção ou suspensão do prazo para a Administração invalidar, característica essa da decadência, em oposição à prescrição.

A Lei nº 9.784/1999, em seu art. 54, § 1º, sem fazer distinção entre ato nulo e anulável, determina que o direito da Administração de anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má fé.

3.6 A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados

Como já vimos, a invalidação consiste no provimento - judicial ou administrativo – que demarca do evento concreto da invalidade administrativa, previsto em lei, ensejando: i) a quebra da validade do ato administrativo defeituoso e; ii) a desconstituição de sua eficácia. Pode vir acompanhado por outro ato administrativo, determinando a restauração material da situação anterior aos seus efeitos sociais ou, se isso for impossível, a recomposição pecuniária pelos danos sofridos (FRANÇA, 2002, p. 10).

Todavia, conforme leciona Vladimir da Rocha França, a invalidação não é o único modo de fulminar a invalidade e recuperar a coerência perdida com a expedição defeituosa do ato administrativo. Segundo aquele autor, o regime jurídico-administrativo também admite a convalidação dos atos administrativos que apresentem vícios sanáveis e, comprovada a ausência de lesão ao interesse público e prejuízo a terceiros (2002, p. 10).

O ato de invalidação do ato administrativo tem como efeitos jurídicos: o efeito declaratório da invalidade; e o efeito constitutivo negativo da pertinência do ato

administrativo. Prescreve-se, na invalidação, que a generalidade dos administrados não mais reconheça o ato invalidado como pertencente ao ordenamento jurídico (FRANÇA, 2002, p. 10).

Contudo, em muitos casos, é preciso invocar os princípios constitucionais que informam toda a atividade administrativa, pois podemos chegar à conclusão que declarar a invalidade de um determinado ato administrativo, desconstituindo seus efeitos, com fulcro tão-somente no princípio da legalidade estrita não é a saída mais razoável, eficiente e justa. Há casos em que a preservação dos atos viciados, ou pelo menos dos efeitos fáticos ou jurídicos já produzidos, se mostra mais recomendável do ponto de vista jurídico-constitucional, sobretudo em razão da observância dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé do administrado (CÂMARA, 2002, p. 7).

A preservação dos efeitos dos atos produzidos com vícios poderá se dar de duas formas, quais sejam a convalidação e a estabilização. Veremos a seguir cada uma delas (CÂMARA, 2002, p. 7).

Não obstante, não poderíamos deixar de mencionar que muitas vezes o ato administrativo viciado, sobretudo os de efeitos concretos, produzem efeitos fáticos que são muitas das vezes irreversíveis. É o caso de invalidação superveniente de uma autorização de demolição de imóvel tombado. A desconstituição jurídica do referido ato não terá o condão de desconstituir a situação fática já experimentada, mas tão somente criar efeitos jurídicos novos tais como sancionar o agente público responsável pelo ato inválido (2002, p.10).

3.6.1 Convalidação

A convalidação, portanto, é “o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte” (CARVALHO FILHO, 2005, p. 154).

Trata-se da criação de um novo ato administrativo, reconhecendo-se o defeito em ato anterior, sanando-o e passando a vigorar com efeitos retroativos. Tem como finalidade restaurar a legalidade ferida (ARAÚJO, 1997, p. 188).

Cumprе esclarecer que a convalidação não serve para autorizar a manutenção do ato viciado. Ao contrário, ela existe exatamente para reconhecer os seus defeitos e extingui-lo do mundo jurídico, “herdando os efeitos que, historicamente, este produzira, fazendo-os efeitos seus” (SUNDFELD, 1990, p. 51).

A convalidação do ato administrativo decorre exclusivamente de competência administrativa. Esse provimento também demarca evento da invalidade administrativa legalmente tipificada, determinando a manutenção do ato administrativo viciado no sistema pelo saneamento do vício constatado (FRANÇA, 2002, p. 10).

Tal como o ato de invalidação, o ato de convalidação tem o efeito jurídico de declarar a invalidade. Todavia, possui um efeito jurídico de natureza constitutiva positiva, pois prescreve a manutenção da imperatividade e da eficácia do ato convalidado. Enquanto competências estatais, a invalidação e a convalidação do ato administrativo têm como interesse público regente a restauração da juridicidade

violada pela ação administrativa, com respeito ao valor máximo do Direito Positivo, a segurança jurídica; que está condensada no conjunto de valores positivados nos princípios constitucionais da Administração Pública. Têm como fundamento de validade o princípio da legalidade, e, no âmbito da União, a Lei Federal nº 9.784/1999 (FRANÇA, 2002, p. 10).

Sendo decorrente de um ato administrativo, a convalidação reclama o preenchimento dos mesmos requisitos dos demais atos. Contudo, não é só isso. Como sua origem tem relação com um ato anterior, ou melhor, com o defeito de um ato anterior, sua motivação deve ser mais específica, pois exige demonstrar o vício do primeiro ato e a necessidade de permanência dos seus efeitos (SUNDFELD, 1990, p. 74).

A doutrina ainda discute se a convalidação é um ato de natureza vinculada ou de natureza discricionária. Para alguns, trata-se de liberalidade da Administração, que tem a obrigação de restaurar a legalidade ferida, podendo optar pela convalidação ou pela invalidação (ARAÚJO, 1997, p. 188).

Outros, porém, defendem a convalidação como um dever administrativo (FERRAZ, 2003, p. 63). Com efeito, quando se assevera que a Administração Pública, ao reconhecer um ato viciado, tem a obrigação de restaurar a legalidade, está-se permitindo tanto invalidar quanto convalidar o ato administrativo. Entretanto, essa possibilidade se mostra em abstrato, porque, no caso concreto, a Administração só terá uma possibilidade: tratando-se de defeito relevante, e sendo possível a convalidação, assim deve proceder. Não sendo viável a convalidação, o ato deve ser invalidado.

Isso quer dizer, então, que a convalidação deve ser vista como primeira tentativa do agente público. Logrando êxito, estará, ao mesmo tempo, restaurando a legalidade, posto que o defeito preexistente será corrigido com respeito à segurança jurídica e à boa-fé do administrado, mantendo-se hígidos os efeitos até então produzidos (MELLO, 2007, p. 455).

Por conta disso é que se deve ter em conta que a convalidação é ato administrativo de natureza vinculada, desde que, obviamente, seus pressupostos sejam preenchidos. Há apenas uma exceção, bem lembrada por Weida Zancaner (2008, p. 56), que ocorre quando o ato tem natureza discricionária e guarda defeito de competência. Nesta hipótese, o agente competente, responsável pela edição do novo ato, poderá optar entre invalidar o primeiro ou, reconhecendo a conveniência e oportunidade, determinar a sua convalidação.

Com relação aos pressupostos para a convalidação, não existe maiores discussões por parte dos especialistas. Precisa-se reconhecer a possibilidade de repetição do ato sem vícios, bem como a possibilidade de aplicação de efeitos *ex tunc* (SUNDFELD, 1990, p. 52).

Toda vez que houver um ato inválido não passível de convalidação, a Administração deve invalidá-lo para restauração da legalidade. A Administração está obrigada a invalidar ou a convalidar, não lhe cabendo alternativa, em função do princípio da legalidade.

Weida Zancaner faz algumas anotações quanto aos limites ao dever de convalidar. Segundo a autora, a Administração Pública não pode convalidar os atos

viciados que forem impugnados pelo interessado direto, bem assim aqueles que, pelo decurso do tempo, foram atingidos pela prescrição ou pela decadência (2008, p. 72-73).

Para nós, a segurança jurídica e a boa fé, a depender da situação concreta, também podem surgir como barreiras à convalidação ou à invalidação de um ato administrativo viciado.

3.6.2 Estabilização

Os atos inválidos, todavia, também geram consequências no mundo fático, criando situações que podem ser merecedoras de proteção. Isso se dá: ou porque essas situações encontraram apoio em alguma regra específica, ou porque foram abrigadas por algum princípio de Direito, como o princípio da segurança jurídica e o da boa-fé. Daí os limites ou as barreiras, como diz Weida Zancaner, para a convalidação ou invalidação (2008, p. 72-73).

Por essa razão, existem hipóteses em que é impossível a convalidação, mas em que também não é permitida a invalidação de um ato administrativo viciado, ou ao contrário, hipóteses em que é possível a convalidação, mas esta pode ser impedida por barreiras estabelecidas pelo próprio sistema jurídico de forma a preservar situações de fato que são dignas de tutela (ZANCANER, 2008, p. 72).

Com a estabilização, o ato permanece viciado, assim como foi praticado, porém nem a Administração nem o particular interessado podem corrigir esse vício, permanecendo os efeitos produzidos por esse ato administrativo no mundo jurídico, sem qualquer possibilidade de sua desconstituição.

Como se vê, embora a Administração tenha o dever de invalidar ou de convalidar o ato administrativo viciado, a depender da análise da situação concreta, o próprio ordenamento jurídico estabelece alguns limites à invalidação ou à convalidação.

Contudo, conforme ensinamento de Juarez Freitas, para que ocorra a estabilização dos atos administrativos é necessário que não haja violação a requisitos substanciais quanto à licitude, sob pena de violação dos princípios fundamentais (1997, p. 32).

3.6.3 Atos administrativos convalidáveis

Segundo Weida Zancaner, podem ser convalidados os atos que possuam os vícios de: competência, formalidade e procedimento (ZANCANER, 2008, p. 85). Assim, num primeiro momento, para que um ato tenha validade, exige-se que ele seja produzido por sujeito competente.

No entendimento de Zancaner, nos casos de vício de competência, a convalidação só se impõe nos atos advindos de atividades vinculadas. Nos casos de

atos discricionários, não se sustenta o dever de convalidar, pois nesses vale o juízo subjetivo do administrador, que não está obrigado a acatar o entendimento subjetivo do agente que emitiu o ato, ora manchado por vício de incompetência. A autoridade competente pode convalidar esse ato, mas não está obrigada a fazê-lo (2008, p. 86-87).

Também nos vícios de formalidade o ato é passível de convalidação. Formalidade é também é requisito de validade do ato administrativo e consiste em como o ato administrativo deve ser exteriorizado. Nos dizeres de Zancaner, “é a forma específica exigida por lei para a validade de um determinado ato” (2008, p. 88).

Outro vício convalidável é aquele atinente aos requisitos procedimentais, ou seja, como os atos que devem vir antes de um determinado ato, por exigência normativa. Para que determinado ato possa ser praticado, a Administração ou o particular produz outros atos jurídicos, sem os quais esse certo ato não pode ser exercitado. Dá o exemplo de um ato de nomeação de um funcionário para cargo efetivo, que deve preceder de outros atos jurídicos, como o concurso público (MELLO, 2007, p. 387).

Em regra, a convalidação não será possível, quando o requisito procedimental exigido por lei, mas omitido na decisão, for da Administração. Isto para resguardar interesse de terceiros. Se não estiver impedida por esses motivos, o ato poderá ser convalidado (SUNDFELD, 1990, p. 67). Porém, se esses vícios desvirtuarem a finalidade para a qual foi instaurado o procedimento, o ato será inconvalidável (ZANCANER, 2008, p. 89).

A Administração Pública pode convalidar um ato eivado de vício de requisito procedimental através da ratificação, que é a correção do vício por meio de declaração de vontade por parte do mesmo órgão que emitiu o ato, ou pela confirmação, que é a correção do vício por ato de vontade de outro órgão da Administração Pública, competente para isso. Contudo, esses expedientes não poderão ser usados, se houver impugnação do interessado (ZANCANER, 2008, p. 90).

3.6.4 Atos administrativos inconvalidáveis

Os atos inconvalidáveis, segundo Zancaner, são aqueles portadores dos vícios de: motivo, conteúdo, causa e finalidade (2008, p. 92).

Como já dito antes, motivo é um pressuposto objetivo de validade do ato jurídico. Celso Antônio Bandeira de Mello diz que motivo “é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato” (2007, p.379).

Assim, se o motivo invocado for inexistente, falso ou incorretamente qualificado, vicia o ato a ponto de torná-lo inconvalidável. Portanto, para que o ato viciado possa vir a ser convalidado, deve haver, no mínimo, correspondência entre a materialidade do ato e o motivo que lhe deu origem.

Por fim, não se pode confundir motivo do ato administrativo com a motivação feita pelo administrador. Esta é uma formalização, um requisito procedimental do ato. Na motivação, a autoridade expõe os fundamentos de sua decisão. Precede o ato e evita que sejam inventados motivos inexistentes quando da edição do ato (SUNDFELD, 1990, p. 67).

No pertinente ao conteúdo do ato administrativo, lembramos o que nos ensina Celso Antônio Bandeira de Melo, que define conteúdo como “aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica” (2007, p. 376). Se o conteúdo é ilícito, o ato é inválido, não podendo ser reproduzido validamente. Não basta que o conteúdo não contrarie a lei. É preciso que ele seja permitido ou imposto pela lei, pois o princípio da legalidade no Direito Administrativo exige não só uma relação de não-contradição com a lei, mas, antes de tudo, uma relação de subsunção, ou seja, de conformidade com a lei (MELLO, 2007, p. 376).

Dessa forma, se o conteúdo do ato é inválido, não há como se convalidar esse ato, pois do contrário estaríamos a repetir a mesma invalidade.

Relativamente à causa, considerando que causa é a relação de adequação, de pertinência entre o motivo (pressuposto) e o conteúdo do ato, tendo em vista a finalidade do ato. Essa correlação entre o pressuposto e o conteúdo só é reconhecível e só faz sentido em vista da finalidade legal que corresponde ao ato (MELLO, 2007, p. 390).

Sendo assim, o ato administrativo com vício da causa é inconvalidável, pois, “constitui um descompasso objetivo entre um elemento e dois pressupostos do ato, descompasso que se verificará todas as vezes que o mesmo ato for re praticado” (ZANCANER, 2008, p. 96).

Por fim, registramos que o ato administrativo com vício de finalidade também é inconvalidável, pois, se a finalidade de um ato administrativo for desvirtuada, ele não estará cumprindo com o objetivo para o qual foi editado.

Nos dizeres de Diogo de Figueiredo Moreira Netto, o desvio de finalidade é uma “traição da intenção legal”. Caracteriza-se pela incongruência entre o ato praticado e a finalidade prevista na lei (2002, p. 193). É o que toda a doutrina costuma chamar de desvio de poder.

O desvio de poder ocorre quando o administrador se serve do ato para satisfazer finalidade estranha à sua natureza. Conforme preconiza Celso Antônio Bandeira de Melo, o desvio de poder pode ocorrer quando o administrador faz o mau uso de sua competência, exercendo-a para alcançar uma finalidade outra daquela que lhe foi atribuída (2007, p. 389).

O desvio de poder pode ser verificado nas seguintes situações: a) quando a finalidade atingida pelo ato era alheia ao interesse público (Isso ocorre quando o administrador usa os seus poderes para se beneficiar ou, então, para prejudicar um inimigo. Nesse caso, a convalidação se torna impossível, visto que, uma vez repetido o ato o mesmo conteúdo continuaria desviado da finalidade ensejadora do ato e contrário à moral); e b) quando a finalidade alcançada pelo ato, ainda que de

interesse público, é alheia à categoria do ato utilizado. Mesmo que essa finalidade seja moralmente justa, por não seguir a orientação legal, o ato será inválido. (MELLO, 2007, p. 389).

CONCLUSÃO

A atividade administrativa é exercida por meio de atos jurídicos praticados por seus agentes. A desconformidade do ato administrativo com a lei implica um vício de legalidade que poderá dar causa a sua invalidação. Contudo, o ato administrativo viciado antes de ser excluído do mundo jurídico por uma manifestação normativa que o invalida, em regra, produz efeitos que podem ser de natureza jurídica e/ou fática.

Os efeitos produzidos por um ato administrativo viciado, considerando sua presunção de legitimidade, auto-executoriedade, imperatividade e exigibilidade, receberá tratamento variado do ordenamento jurídico, a depender do caso concreto, devendo ser sopesados uma gama de regras e princípios jurídicos, de tal sorte que a solução jurídica para o caso seja aquela que melhor se harmonize com o ordenamento jurídico e que melhor reflita os interesses públicos e respeito aos direitos e garantias individuais envolvidos.

O controle tradicional, repressivo e legalista, dá espaço a um novo modelo onde se privilegia o núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente no que se refere ao direito fundamental a uma boa Administração Pública. Esse novo paradigma demanda uma nova hermenêutica no controle das relações administrativas, de sorte que toda e qualquer atividade administrativa guarde conformidade e adequação valorativa com a Constituição Federal, privilegiando ações eficientes, econômicas e voltadas para a satisfação dos verdadeiros e legítimos interesses da sociedade.

Nesse sentido, deve-se levar em conta a necessidade de proteção da confiança do cidadão nas expectativas produzidas pelos atos estatais, sobretudo o ato administrativo *stricto sensu*. Somente por meio de um devido tratamento dos vícios dos atos administrativos, com a ponderação entre os princípios incidentes sobre a espécie, é que se poderá promover a legalidade sem excessos.

A convalidação ou invalidação dos atos administrativos viciados é, antes de tudo, um problema de colisão de princípios, não havendo preferência de um em relação a outro, mas que se resolve por meio da análise do caso concreto e a partir da ponderação de princípios e de valores.

O ato administrativo retira sua legitimidade e validade das leis. Em princípio, a administração apenas pode e deve emitir atos válidos. O poder vinculado da Administração de anular seus próprios atos está limitado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório quando deles se constituíram direitos individuais.

Deste modo, podemos dizer que o controle dos atos administrativos insere-se na ponderação do sistema jurídico moldado por princípios e normas e a legitimidade da atuação administrativa não reside na simples aferição em aparente norma legal específica, mas sim nos valores fundamentais do Estado de Direito.

A atividade de controle do ato administrativo está vinculada não apenas ao princípio da legalidade, mas também aos demais princípios constitucionais, que devem ser os parâmetros da valoração, exigindo-se que a atividade do intérprete do ato administrativo esteja sob a orientação de princípios da mesma hierarquia que o

princípio da legalidade, tais como: razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, moralidade, impessoalidade, boa-fé e segurança jurídica.

Se o ato administrativo busca sua força obrigatória na lei, é evidente que ele perde sentido quando lhe falta base legal ou torna-se contrário aos preceitos que lhe deram suporte na formação e, é nesse ponto, visando o interesse maior da coletividade, que se tenta demonstrar a importância dos princípios para suprir eventual ilegalidade.

Ao intérprete do direito e controlador do ato administrativo restará a tarefa de aferir a manutenção ou não de ato administrativo viciado. Desta forma, quando possível a convalidação dos atos viciados, a Administração não poderá negar-se a fazê-lo, não devendo seguir de maneira totalmente formalista, mas voltando-se à Constituição e à aplicabilidade de seus princípios.

Diante do que foi analisado, pode-se perceber que a convalidação dos atos administrativos é, na realidade, um problema de colisão de princípios, na qual merece ser destacado o art. 55 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei do Processo Administrativo Federal), que diz: "Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração".

A Administração, em razão, principalmente, dos princípios da legalidade estrita e o da indisponibilidade do interesse público, prima por retirar do mundo jurídico os atos administrativos ilegais. Contudo, aproveitar o ato inválido passível de

convalidação pode ser melhor solução, ou seja, solução mais razoável, pois homenageia os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, sem ferir o da legalidade.

A convalidação busca justamente retirar do ato o vício que o torna ilegal, fazendo com que este se torne conforme a lei, e ao mesmo tempo, preservando as relações jurídicas e as situações fáticas decorrentes do ato viciado. Dessa maneira, com a convalidação, restarão resguardados tanto o princípio da legalidade, como também o da boa fé e o da segurança jurídica.

Este estudo centralizou-se em uma única modalidade de extinção, que é a invalidação do ato administrativo. Na teoria das invalidades do ato administrativo, não há espaço para o exercício do poder discricionário da Administração Pública. O sistema jurídico pátrio não comporta qualquer discricção da Administração para invalidar ou convalidar seus atos eivados de vícios, com exceção das hipóteses dos atos discricionários emanados com vícios de competência. Para recompor a legalidade, sempre que o ato comportar, a Administração deve convalidá-lo. Se a convalidação não for possível, a invalidação será obrigatória.

A convalidação objetiva salvar os efeitos produzidos por esse ato inválido, a fim de conservar as relações constituídas e dar segurança jurídica aos administrados. Reconhece-se a invalidade do ato e ao mesmo tempo corrige os seus vícios para preservar os seus efeitos. Dois fatores são necessários para a convalidação: a possibilidade de se repetir o ato sem vícios e a possibilidade de fazê-lo retroagir, abarcando os efeitos produzidos por esse ato viciado. Com isso, o efeito é *ex tunc*.

Os atos convalidáveis são aqueles portadores de vícios de competência, de formalidade ou de procedimento. Já os atos inconvalidáveis são aqueles com vícios de motivo, de conteúdo, causa e finalidade. Esses devem obrigatoriamente ser invalidados.

Contudo, haverá momentos em que a Administração não poderá invalidar seus atos viciados, tampouco convalidá-los. O decurso de prazo, a impugnação e os princípios da segurança jurídica e da boa fé do administrado podem ser barreiras ao dever de invalidar ou convalidar, oriundas do próprio ordenamento jurídico. Com isso, ocorre a estabilização dos efeitos desses atos viciados. Nos casos em que há estabilização, o ato permanece viciado, assim como foi praticado. Nem a Administração e nem o particular interessado podem corrigir esse vício. Mas os efeitos produzidos por ele permanecem no mundo jurídico, sem qualquer possibilidade de sua desconstituição.

A prescrição e a decadência são algumas das causas da estabilização dos efeitos dos atos viciados. Em se tratando de atos inconvalidáveis, o princípio da segurança jurídica, no Direito Público, só fica assegurado através da decadência, porque a Administração pode agir *sponte propria*.

A nossa legislação elegeu como regra geral, o prazo de 05 (cinco) anos para o administrado impugnar os atos da Administração Pública. Ausente regra específica, este o prazo que deve ser adotado. No tocante à invalidação pela própria Administração, o prazo também é de 05 (cinco) anos quando se referir a atos administrativos com efeitos favoráveis a terceiros, ou praticados com boa-fé. De

outra banda, podem ser invalidados a qualquer tempo pela Administração Pública os atos administrativos desfavoráveis aos administrados ou praticados com má-fé.

A doutrina não é pacífica em relação à classificação dos atos administrativos. Alguns doutrinadores defendem a transposição dicotômica entre atos nulos e anuláveis, feita pelo Direito Civil para o Direito Administrativo, outros negam tal possibilidade. Fato é que o Direito Administrativo não deu o mesmo tratamento à teoria das invalidades do ato dado pelo Direito Civil.

De toda forma, qualquer classificação das invalidades do ato administrativo terá que necessariamente partir da análise das consequências jurídicas dadas aos atos inválidos para se verificar o grau de repulsa, ou o nível de tolerância, que o sistema jurídico lhes dispensa. Dessa forma, podem ser observadas três ordens de consequências advindas desses atos inválidos: a) alguns atos inválidos deverão ser obrigatoriamente convalidados porque podem ser refeitos sem vícios; b) outros obrigatoriamente invalidados, ou porque não podem ser refeitos sem vícios, ou porque foram impugnados; c) outros foram estabilizados, em razão do decurso de prazo, ou nos casos de atos ampliativos de direito por força do princípio da segurança jurídica e da boa fé do administrado, não poderão nem ser convalidados e nem invalidados.

Considerando essas consequências jurídicas, acolheu-se a classificação feita por Weida Zancaner, realizada da seguinte forma: (a) atos absolutamente sanáveis – atos maculados por pequenas irregularidades que não comprometem a sua validade, pois não causam repugnância à ordem jurídica e que, por isso, devem ser convalidados; (b) atos relativamente sanáveis – são aqueles que podem ser

reproduzidos pela Administração, desde que evitados dos vícios que os tornaram inválidos, devendo ser convalidados caso não sejam impugnados pelos administrados pelas vias administrativas ou judiciais; (c) atos relativamente insanáveis – os que, em tese, deveriam ser invalidados, mas foram estabilizados em razão do decurso de tempo ou em razão da segurança jurídica e da boa-fé, não devendo, portanto, serem invalidados ou convalidados; (d) atos absolutamente insanáveis - são aqueles que têm por objeto uma ação criminosa, podendo ser invalidados ou impugnados a qualquer tempo.

Por fim, respondendo às indagações feitas no início do presente trabalho e que motivaram essa empreitada, podemos dizer que:

O tempo é sim fator de estabilização dos atos administrativos evitados de vícios, seja por meio dos institutos da prescrição ou da decadência, assim como por impossibilidade, em alguns casos, da desconstituição dos efeitos fáticos causados na realidade em decorrência da normatividade de ato administrativo viciado.

A publicidade não é elemento formativo do ato e sim requisito de eficácia e de moralidade. Portanto, a publicidade é uma condição suspensiva da eficácia e, em princípio, nada tem haver com a existência ou validade do ato administrativo. Assim, o ato pode existir, pode ser válido, mas não gerar qualquer efeito perante terceiros até que a providência instrumental da publicação seja satisfeita.

Assim, podemos dizer, também, que a publicidade do ato administrativo, em regra, não é elemento do ato administrativo nem é requisito de sua validade, sendo no mais das vezes apenas condição de eficácia do ato cujo conteúdo foi produzido

validamente. Todavia, quando houver exigência legal de publicidade de determinados atos, mediante publicação no órgão de imprensa oficial ou em outro veículo de comunicação especificado, essa exigência é pressuposto (formalístico) de validade do respectivo ato e uma vez ausente, obstaculiza os efeitos dos atos administrativos condicionados a essa providência.

Desse modo, o ato administrativo não publicado existe no plano jurídico. Contudo, se o ato administrativo deixou de ter a sua devida publicidade para escamotear eventual ilicitude, desvio de finalidade, motivo falso ou inexistente, inadequação entre os pressupostos do ato e seu objeto, esse ato administrativo, embora existente no plano jurídico, deverá ser invalidado, pois o seu próprio conteúdo está viciado irremediavelmente, devendo ser preservados apenas os efeitos fáticos que eventualmente favoreceram terceiros de boa-fé e desde que não tenham causado prejuízos ao interesse público. Do contrário, se o ato administrativo contiver apenas vício relativamente ao seu pressuposto formalístico, será ele sanável por meio da publicação exigida em lei.

Quanto à possibilidade ou não de a Administração vir a anular atos administrativos não devidamente publicados, em razão das barreiras impostas pelos institutos da prescrição e da decadência, há que se considerar que a não publicação jamais pode ser alegada contra um cidadão ou pessoa jurídica de direito privado que atue nessa qualidade, mas somente contra a Administração, pois é quem detêm o poder de mandar publicar os atos administrativos por ela editados. Desse modo não há por que se falar em barreira da prescrição à invalidação, exceto no que se refere

ao direito de qualquer interessado postular a impugnação de ato carente da devida publicação.

Por outro lado, vimos que a invalidação ou a convalidação do ato administrativo viciado é uma atividade vinculada da Administração e que, a depender do caso concreto, deverá ser levada a efeito pela administração, não estando ela sujeita a qualquer exame acerca da conveniência ou oportunidade.

Entretanto, considerando que um ato indevidamente publicado não seja passível de simples confirmação ou de convalidação, por apresentar grave repulsa do ordenamento jurídico, seja por vício de conteúdo, finalidade, motivo, causa ou de procedimento, pode ele, enquanto estiver vigorando, gerar efeitos favoráveis a destinatários de boa-fé. Nessa hipótese, e caso o ato viciado seja de efeitos concretos, por força do art. 54 da Lei nº 9.784/1999, o direito de a Administração invalidar tais atos decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foi praticado. Caso o ato viciado seja de efeitos abstratos, a Administração poderá a qualquer tempo invalidar o ato, preservando-se, contudo, os efeitos concretos causados em favor dos terceiros de boa-fé, como corolário dos princípios da legalidade e da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa Rui Barbosa. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Rio de Janeiro, 1998.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Atos administrativos e recomposição da legalidade*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Editora Renovar, n. 207, p. 163-201, jan./mar. 1997.

ATALIBA, Geraldo. *Eficácia de ato administrativo: publicação*. Revista de Direito, São Paulo, n° 99, p. 14-21, jul./set. 1991.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Princípio da legalidade*. Boletim de Direito Administrativo, Editora NDJ, São Paulo, Ano XIII, v. 01, p. 15-28, Janeiro de 1997.

_____. *Temas de direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

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

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1986.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2009.

CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2007. t. I.

_____. *Manual de Direito Administrativo*. 10 ed. Coimbra: Almedina, 1997. t. I.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados*. In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Cento de Atualização Jurídica, nº 14, junho/agosto, 2002, p. 17. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 22 de setembro de 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

CARDOZO, José Eduardo Martins. *Princípios constitucionais da administração pública (de acordo com a Emenda Constitucional n.º 19/98)*. IN MORAES, Alexandre. Os 10 anos da Constituição Federal. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2004.

_____. *Processo administrativo federal: comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

CAVALCANTE, Themístocles Brandão. *Teoria dos atos administrativos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

CRETELLA JUNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Desvio de poder na anulação do administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo: Editora Malheiros, n. 40, out./dez. 2002, p. 157/166.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

FERRAZ, Sérgio. *Extinção dos atos administrativos: algumas reflexões*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, n. 231, p. 47/66, jan./mar. 2003.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves de. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, v. 1.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

_____. *Classificação dos atos administrativos inválidos do direito administrativo brasileiro*. In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Cento de Atualização Jurídica, nº 14, junho/agosto, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 22 de setembro de 2010.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

_____. _____ . 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

FREITAS, Ney José de. *Ato administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Ato administrativo inexistente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

HORBACH, Carlos Bastilde. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

_____. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

LIMA, Ruy, Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Proibição administrativa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios de direito administrativo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, v. 01.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MIRANDA, Henrique Savonitti. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. Brasília: Senado Federal, 2006.

MIRANDA, Sandra Julien. *A publicidade como requisito de eficácia do ato administrativo*. DCAP - Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública, São Paulo, nº 12, p.17-20, dez. 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. *Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num estado democrático de direito?* In: www.jurid.com.br, disponível em 10/03/05, acesso em 25/03/05.

RIBEIRO, Manoel. *Invalidez dos atos administrativos*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 73, jul/set, 1963, p. 18/37.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 209, 1991.

_____. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1994.

SILVA, Almiro do Couto e. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo*. *Revista de Direito Público*, n. 84, out./dez. 1987.

_____. *A prescrição quinquenária da pretensão anulatória da Administração Pública com relação a seus atos administrativos*. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 204, Rio de Janeiro: Editora Renovar, p. 24, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato administrativo inválido*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

TÁCITO, Caio. *Transformações do direito administrativo*. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 02, São Paulo: Editora NDJ, p. 82-85, fev. 1999.

VIEIRA, Liliâne dos Santos. *Pesquisa e monografia jurídica na era da informática*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2008.