



MATHEUS LYRA DE OLIVEIRA ANDRADE

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE ABSTRATO DE
CONSTITUCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A
ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DE ATOS ADMINISTRATIVOS NULOS**

**BRASÍLIA
JULHO 2020**

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – EDAP
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MATHEUS LYRA DE OLIVEIRA ANDRADE

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE ABSTRATO DE
CONSTITUCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A
ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DE ATOS ADMINISTRATIVOS NULOS**

Trabalho apresentado à banca examinadora como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público – EDB/IDP.

Orientador: Prof. José Trindade Monteiro Neto.

**BRASÍLIA
JULHO 2020**

MATHEUS LYRA DE OLIVEIRA ANDRADE

**A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE ABSTRATO DE
CONSTITUCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A
ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DE ATOS ADMINISTRATIVOS NULOS**

Trabalho apresentado à banca examinadora como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Escola de Direito e Administração Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público – EDB/IDP.

Orientador: Prof. José Trindade Monteiro Neto.

Brasília, julho de 2020.

Prof. José Trindade Monteiro Neto
Membro da Banca Examinadora

Prof. Me. Antônio Rodrigo Machado de Sousa
Membro da Banca Examinadora

Prof. João Paulo Soares Coelho
Membro da Banca Examinadora

**BRASÍLIA
JULHO 2020**

A MODULAÇÃO DE EFEITOS NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DE ATOS ADMINISTRATIVOS NULOS

Matheus Lyra de Oliveira Andrade

SUMÁRIO: Introdução; 1. Efeitos jurídicos: o elo entre o Direito e o mundo físico; 2. As funções do Estado sob a perspectiva kelseniana e a teoria escalonada do ordenamento jurídico; 3. O Direito Administrativo contemporâneo e os atos administrativos inválidos; 4. A modulação de efeitos como fundamento para a estabilização de atos administrativos inválidos; Considerações finais.

RESUMO

Esta pesquisa buscou investigar se o art. 27 da Lei 9.868/99, que prevê a possibilidade de modulação de efeitos em casos de controle de constitucionalidade, serve como base para estabilizar os efeitos de atos administrativos nulos. Inicialmente, realizou-se uma vasta pesquisa bibliográfica sobre como os efeitos jurídicos são produzidos e de que forma as normas jurídicas se estruturam hierarquicamente. Posteriormente, foi realizada uma breve análise comparativa entre a estabilização dos atos administrativos nulos e a modulação de efeitos prevista no art. 27 da Lei 9.868/99. Ao final, foi possível concluir que o fenômeno que justifica uma declaração de inconstitucionalidade com modulação de efeitos é idêntico ao fenômeno descrito nos casos de estabilização dos efeitos de atos administrativos inválidos.

PALAVRAS-CHAVE: Efeitos jurídicos; Ato administrativo; Modulação de efeitos; Controle de Constitucionalidade; Segurança jurídica.

ABSTRACT

This research aims to investigate if article 27 from Law 9.868/99, which provides the possibility of modulating effects in cases of judicial review, serves as a base for stabilizing the effects of null administrative acts. Initially, an extensive bibliographic survey was conducted on how legal effects are produced and how legal rules are hierarchically structured. Subsequently, a comparative analysis was carried out between the stabilization of the effects of null administrative act and the effects modulation provided in art. 27 of Law 9.868/99. Finally, it was possible to conclude that the phenomenon which justifies an effects modulation in a declaration of unconstitutionality is identical to the phenomenon described in cases where the effects of null administrative acts are stabilized.

KEYWORDS: Law effects; Administrative act; Effects modulation; Judicial review; Legal security.

INTRODUÇÃO

Os atos jurídicos produzidos pela Administração Pública, em regra, implementam situações jurídicas aos administrados e, conseqüentemente, alteram as condições sociais e econômicas da sociedade.

Nesse contexto, mostra-se imperioso indagar: o que ocorre em casos em que o Estado emana um ato administrativo inválido cujos efeitos se materializaram ao longo de anos, ou até décadas? A declaração de nulidade deverá, invariavelmente, seguir à risca a teoria das nulidades e ser feita com efeitos retroativos? Ou será que anular tal ato com efeitos *ex tunc* trará, direta ou indiretamente, mais prejuízos ao interesse da coletividade?

À vista desse panorama, a presente pesquisa tem como escopo verificar se o instituto da modulação de efeitos, previsto no art. 27 da Lei 9.868/99 para aplicação judicial em casos de controle abstrato de constitucionalidade, pode ser utilizado como parâmetro, ou até fundamento, para o fenômeno da estabilização dos efeitos dos atos administrativos inválidos. Em outras palavras, o presente artigo busca investigar se há possibilidade de a Administração Pública declarar, com efeitos prospectivos, a nulidade de um ato administrativo eivado de vício insanável.

Impende frisar que esta pesquisa não busca investigar possíveis casos concretos em que a nulidade de um ato administrativo inválido tenha sido declarada com efeitos *ex nunc*. Aliás, destaque-se que a doutrina e a prática administrativa têm se detido a uma análise bastante casuística da matéria, que carece, ainda, de sistematização e regularização teórica. Assim, o objetivo deste trabalho é verificar se as teorias do direito, o ordenamento jurídico vigente e a experiência jurídica dão suporte para que o fenômeno da estabilização ocorra e se há possibilidade de decretar a invalidade de atos administrativos com efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*, buscando conferir tratamento mais geral e sistemático.

Nesse sentido, o primeiro capítulo deste artigo irá rememorar os ensinamentos de Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, a fim de compreender o que são os efeitos jurídicos e como se dá o vínculo entre a realidade fática e as normas jurídicas.

Já o segundo capítulo tem como foco os ensinamentos de Hans Kelsen. Nesta etapa, buscar-se-á entender quais as funções do Estado e de que forma o ente estatal se utiliza das normas jurídicas para efetivá-las. Outra problemática que será abordada neste capítulo é se há possibilidade de a Constituição ser materializada mediante atos jurídicos

individuais - em especial atos administrativos - e, para este fim, será feito um estudo da teoria do escalonamento hierárquico do ordenamento jurídico, comumente conhecida por “pirâmide de Kelsen”.

O terceiro capítulo, por sua vez, conterà uma breve apresentação da visão moderna do Direito Administrativo que, em contraposição ao legalismo formal, confere vasto arcabouço teórico para reconhecer que a função da Administração Pública não se limita ao cumprimento irreflexivo das normas infraconstitucionais. Vale assinalar que este capítulo também abordará a questão da invalidade dos atos administrativos e da preservação dos efeitos de atos administrativos inválidos.

O quarto e último capítulo versa sobre a origem e a finalidade da modulação de efeitos nas declarações de inconstitucionalidade de leis – art. 27 da Lei 9.868/99 – e, também, sobre do fenômeno da estabilização dos efeitos de um ato administrativo nulo, a fim de viabilizar uma possível análise comparativo entre as duas situações.

Pelo exposto, o presente trabalho possui relevância jurídica e acadêmica, uma vez que a doutrina administrativista brasileira trata do tema da preservação dos efeitos de atos administrativos nulos de forma deveras comedida, constatando a existência dessa possibilidade em casos concretos sem, muitas vezes, se aprofundar no amplo espectro de fundamentos teórico-jurídicos que justificariam declarar a nulidade de um ato administrativo sem eficácia retroativa. Noutro prisma, o artigo também possui relevância social porque busca alicerces teóricos capazes de garantir mais segurança jurídica aos administrados.

1. EFEITOS JURÍDICOS: O ELO ENTRE O DIREITO E O MUNDO FÍSICO

A realidade nada mais é do que uma sequência, muitas vezes ilógica, de fatos. Pontes de Miranda define mundo como “a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros vão se dar”¹. É notável que, dentre todos fatos que ocorrem ou ocorrerão no mundo, alguns impactam negativamente o equilíbrio das relações inter-humanas, forçando os indivíduos a implementarem instrumentos de adaptação social capazes de reestabelecer e promover a harmonia social.

¹ MIRANDA, Pontes de. **TRATADO DE DIREITO PRIVADO**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 3.

Ao longo de todo o processo de adaptação social, diversos mecanismos normatizadores de relações inter-humanas foram desenvolvidos e utilizados pelos seres humanos. No entanto, somente as normas jurídicas foram capazes de parametrizar, exigir e vincular, simultaneamente, condutas de todos indivíduos que convivem em determinada sociedade. Para tanto, basta rememorar a lição de Marcos Bernardes de Mello sobre a imprescindibilidade das normas jurídicas:

Somente quando o homem se vê diante de outro homem ou da comunidade e condutas interferem entre si é que exsurge a indispensabilidade das normas jurídicas, diante da indefectível possibilidade dos entrechoques de interesses que conduzem a inevitáveis conflitos. Daí ser imperiosa e irremovível a necessidade que tem a comunidade de manter sob controle o comportamento de seus integrantes, contendo-lhes as irracionalidades e traçando-lhes normas obrigatórias de conduta, com o sentido de estabelecer uma certa ordem capaz de obter a coexistência pacífica no meio social, com vistas à distribuição dos bens da vida.²

A prevalência das normas jurídicas em detrimento de outras espécies de normas – morais, religiosas, políticas etc. – se deu, sem dúvida alguma, pelo fato de serem obrigatórias, e exatamente nisso consiste o elemento que caracteriza e distingue o Direito dos demais processos de adaptação social.³ Cada norma jurídica é obrigatória e retira esta característica da própria obrigatoriedade geral do ordenamento jurídico. Não seria incorreto afirmar, portanto, que a efetividade das normas jurídicas decorre simplesmente do fato de serem jurídicas.

A origem da obrigatoriedade do Direito e das normas jurídicas é um problema tão complexo que, ao longo de vários séculos, tem provocado diversas divergências doutrinárias. Hans Kelsen defende que o elemento essencial caracterizador das normas jurídicas é a existência de sanção, uma forma de coação⁴. Outra posição de grande

² MELLO, Marcos Bernardes de. **TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA EXISTÊNCIA**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

³ MELLO, Marcos Bernardes de. **TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA EXISTÊNCIA**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 37.

⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA EXISTÊNCIA**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38.

relevância, adotada por Pontes de Miranda e Marcos Bernardes de Mello, sustenta que a obrigatoriedade das normas jurídicas “resulta de sua incidência, que, transformando em fato jurídico o fato que constitui o cerne de seu suporte fático, subordina às suas normas as condutas relacionadas àquele fato”⁵.

Embora a finalidade deste capítulo não seja analisar o porquê da obrigatoriedade das normas jurídicas, mostra-se necessário elencar um aspecto relevante que é considerado tanto pelos sancionistas, quanto pelos não-sancionistas: ambos reconhecem que normas jurídicas devem prescrever efeitos jurídicos. Logicamente, para os sancionistas o efeito jurídico deve constituir uma sanção, enquanto para o outro grupo independe se os efeitos serão uma sanção ou uma vantagem.

À irradiação dos efeitos de uma norma jurídica dá-se o nome de eficácia jurídica. De acordo com Pontes de Miranda, a eficácia jurídica provém da juridicização dos fatos do mundo físico (= incidência da regra jurídica sobre os fatos, tornando-os fatos jurídicos).⁶ Explica-se: a partir do momento em que os fatos se tornam jurídicos, dá-se a eles irradiação de eficácia e de seus efeitos jurídicos podem provir efeitos no mundo físico.⁷

Importante perceber que processo de juridicização dos fatos tem início no mundo físico, adentra no mundo jurídico - onde se desenvolve com fluidez e causalidade – e busca, nem sempre com êxito, retornar ao mundo dos fatos sob a forma de consequências dos efeitos jurídicos. Nas palavras de Marcos Bernardes de Mello:

Há, assim, uma relação de causalidade em que a incidência da norma jurídica constitui a causa e o fato jurídico o efeito, donde não haver impropriedade em afirmar que há um princípio de causalidade normativa. O mesmo, porém, não se passa com a relação existente entre o fato jurídico e sua eficácia, porque esta, embora só possa existir como consequência daquele, não é necessária (unívoca e constante), uma vez que pode não ocorrer. Conforme demonstrado antes, apesar de a eficácia jurídica ser a finalidade última e a razão de ser do fato jurídico, em face

⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA EXISTÊNCIA**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 38.

⁶ MIRANDA, Pontes de. **TRATADO DE DIREITO PRIVADO**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 17.

⁷ MIRANDA, Pontes de. **TRATADO DE DIREITO PRIVADO**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 18.

de sua própria natureza ou de condições que lhe são estranhas, é suscetível de não irradiar-se.⁸

Neste ponto, mostra-se interessante detalhar de maneira mais específica o surgimento dos efeitos jurídicos: (i) sempre que, no mundo físico, for concretizado suporte fático de norma jurídica, a norma incidirá; (ii) a incidência normativa faz nascer, obrigatoriamente, fato jurídico⁹; (iii) todo fato jurídico tem como finalidade precípua a irradiação de efeitos jurídicos; (iv) os efeitos jurídicos poderão produzir, ou não, consequências nas relações intersubjetivas.

Ressalta-se que, conquanto exista a possibilidade de norma jurídica não ter sua eficácia irradiada para o mundo físico, tal hipótese é extremamente rara.¹⁰ Inclusive é comum que as normas jurídicas se realizem de maneira plena, isto é, quando, coincidindo aplicação e incidência, as consequências por ela previstas se materializam no plano da realidade social.¹¹ Portanto, o mundo físico e o mundo jurídico estão intimamente vinculados e, embora ambos possuam certo grau de autonomia individual, qualquer acontecimento relevante produzido por um impactará, invariavelmente, os dois.

Nesse contexto, imagine-se que a comunidade jurídica¹² dê origem, propositalmente, a uma lei desprovida de disposição¹³. Mesmo que o suporte fático dessa norma venha a ser concretizado, fazendo-a incidir, o fato jurídico por ela produzido vagará eternamente no mundo do Direito, pois jamais terá potencialidade de adentrar no plano fático. Marcos Bernardes de Mello dispõe:

⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA EFICÁCIA**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

⁹ Leia-se aqui fato jurídico em sentido lato.

¹⁰ O autor afirma que “nada impede, porém, que os fatos por ela previstos jamais se concretizem no mundo e, em decorrência, as consequências jurídicas a eles imputadas (eficácia jurídica) nunca virão a realizar-se. Isso, no entanto, é raro, raríssimo, podemos dizer.” MELLO, Marcos Bernardes de. **TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA EXISTÊNCIA**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 45.

¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA EFICÁCIA**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 39.

¹² O termo “comunidade jurídica” é utilizado com o mesmo significado atribuído por Marcos Bernardes de Mello, qual seja “o grupo humano, organizado social e politicamente, a quem a ordem internacional reconhece poder autônomo para ditar suas normas de conduta de caráter obrigatório”. MELLO, Marcos Bernardes de. **TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA EXISTÊNCIA**. p. 40.

¹³ Também denominada como preceito, a disposição constitui a parte da norma jurídica em que são prescritos os efeitos atribuídos aos fatos jurídicos. MELLO, Marcos Bernardes de. **TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA EXISTÊNCIA**. p. 111.

Parece mais do que evidente que uma norma jurídica que apenas descrevesse um suporte fático, sem imputar uma consequência jurídica ao fato jurídico corresponder, ou que prescrevesse certa eficácia jurídica, sem relacioná-la a determinado fato jurídico, seria uma proposição sem sentido, do ponto de vista lógico-jurídico, embora até pudesse ser uma proposição linguística completa, com sentido.¹⁴

Com efeito, na hipótese acima exposta, o fato de ter sido elaborada pela comunidade jurídica – entenda-se, pelo Estado -, por si só, confere aparência de norma jurídica a um mero plexo de palavras que, mesmo travestido de norma jurídica, não cumpre a finalidade do Direito e é irrelevante para a sociedade. Agora, caso a norma do exemplo fosse uma proposição jurídica completa (suporte fático + disposição), ainda que inválida, ela estaria apta a irradiar seus efeitos e modificar as relações inter-humanas, pois, segundo Marçal Justen Filho, “a mera existência de uma norma jurídica pode despertar a adesão espontânea e voluntária dos sujeitos, independentemente da ameaça do uso da violência estatal”.¹⁵

Além disso, Marçal Justen Filho também ressalta que “a característica fundamental comum a todas as normas jurídicas reside em que esse modelo de conduta é imposto pelo Estado, na acepção de que o poder estatal assegura a vinculatividade e eficácia da norma jurídica”¹⁶, ou seja, o fato de uma norma ser produzida pelo Estado, além de incentivar seu cumprimento, também gera expectativa na sociedade civil de que efeitos jurídicos serão irradiados no plano físico.

2. AS FUNÇÕES DO ESTADO SOB A PERSPECTIVA KELSENIANA E A TEORIA ESCALONADA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Sob uma análise sociológica, Burdeau esclarece que “os homens inventaram o Estado para não obedecer aos homens”¹⁷. Em outras palavras, a criação do Estado se deu

¹⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA EXISTÊNCIA**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 51.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 134.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 134.

¹⁷ BURDEAU, Georges. **O ESTADO**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 11.

pelo fato de os indivíduos preferirem ser subservientes a uma entidade personificada do que a outros indivíduos. Burdeau, ao lecionar a relação entre homens e o estado, explica:

Fizeram dele a sede e o suporte do poder cuja necessidade e cujo peso sentem todos os dias, mas que, desde que seja imputada ao Estado, permite-lhes curvar-se a uma autoridade que sabem inevitável sem, porém, sentirem-se sujeitos a vontades humanas.¹⁸

António de Sousa Lara define o Estado, sob uma perspectiva jurídica, como a pessoa coletiva formada por uma sociedade ou por um conjunto de órgãos que representa e exerce o poder político sobre seus cidadãos. Nesse contexto, o Estado se traduz num conjunto organizado e coerente de normas que servem como um modelo ideal, um “dever ser”, e se impõe às circunstâncias fáticas por meio da coação.¹⁹

Sousa Lara também faz uma análise precisa e sintética do entendimento de Hans Kelsen sobre as funções do Estado:

A teoria de KELSEN por entender que o mundo social em geral não é mais do que o mundo dos valores espirituais, considera o Estado com pura e simplesmente um sistema de normas jurídicas: “a unidade personificada de uma ordem jurídica”, sendo as funções do Estado a criação e a aplicação do Direito²⁰.

Kelsen divide as funções do Estado em duas espécies: criação do direito e aplicação do direito. Nesse sentido, a criação e a aplicação do direito se manifestam, respectivamente, mediante atos jurídicos de criação e atos jurídicos de execução.²¹ Evidencia-se que essa dicotomia, ainda que sob fundamentos distintos, é acolhida por teóricos mais recentes, tais como Klaus Günther, que - especialmente no livro *The Sense of Appropriateness: application discourses in morality and law* – diferencia os discursos jurídicos entre discurso de justificação e o discurso de aplicação de normas jurídicas²².

¹⁸ BURDEAU, Georges. **O ESTADO**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 11.

¹⁹ LARA, António de Sousa. **CIÊNCIA POLÍTICA: ESTUDO DA ORDEM E DA SUBVERSÃO**. 2ª. ed. Sintra: Pedro Ferreira, 2004. p. 215-216.

²⁰ LARA, António de Sousa. **CIÊNCIA POLÍTICA: ESTUDO DA ORDEM E DA SUBVERSÃO**. 2ª. ed. Sintra: Pedro Ferreira, 2004. p. 215-216.

²¹ KELSEN, Hans. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 124.

²² BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **PROCESSO LEGISLATIVO E DEMOCRACIA**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. pp 126 e seguintes.

É comum que a função de criação do direito esteja associada à atividade legislativa e, por outro lado, a função de aplicação do direito esteja vinculada a função de administração. Apesar de legislação e administração serem funções claramente distintas, quando se trata de criação e execução do direito, a separação é inexata, uma vez que, a depender do referencial, o mesmo ato jurídico poderá ser, ao mesmo tempo, ato de criação e de aplicação do direito. É por esse motivo que Kelsen considera legislação e execução como duas etapas hierarquizadas do processo de criação do direito e não como funções estatais coordenadas.²³

Tendo como base a estrutura escalonada da ordem jurídica é possível esquematizar, em espécies normativas, o curso típico do processo de regulamentação da vontade coletiva do estado no seguinte modelo hierárquico ideal: Constituição, lei, regulamento, ato administrativo e sentença e, por fim, atos de execução²⁴. Porém, a realidade pode se distanciar desse tipo de ideal, de modo que a Constituição seja efetivada não só mediante a produção de leis, mas também por outras formas jurídicas, como decretos ou até atos jurídicos individuais.²⁵

Hans Kelsen, ao discorrer sobre o sentido formal de Constituição, explicita:

Mas nada se opõe tampouco a que sejam estabelecidas na forma constitucional normas que não contenham apenas princípios, diretivas, limites para o conteúdo das leis vindouras, e devam por conseguinte ser concretizada por intermédio de lei, mas que, ao contrário, regulem uma matéria tão completamente que sejam de imediato aplicáveis aos casos concretos por atos jurisdicionais e, mais ainda, administrativos.²⁶

Com efeito, para Kelsen, não somente normas gerais e abstratas podem ser imediatamente inconstitucionais, mas também os atos individuais imediatamente subordinados à Constituição.²⁷ Inclusive, essa afirmação pode fazer sentido para o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em conta que a Constituição de 1988, por ser analítica e dirigente, tende a revestir de constitucionalidade normas jurídicas que são diretamente aplicáveis a casos concretos.

²³ KELSEN, Hans. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 125.

²⁴ KELSEN, Hans. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 133.

²⁵ KELSEN, Hans. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 125.

²⁶ KELSEN, Hans. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 133.

²⁷ KELSEN, Hans. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 134.

Além disso, embora os atos individuais – mais especificamente os atos administrativos que são cerne deste trabalho – sejam comumente submetidos ao controle de legalidade, Kelsen afirma que “quando a Constituição estabelece expressamente o princípio da legalidade da execução em geral e dos decretos em particular, essa legalidade significa ao mesmo tempo constitucionalidade, de forma indireta”²⁸.

Hely Lopes Meirelles, ao escrever sobre o controle de legalidade dos atos administrativos, adverte que “para fins desse controle, consideram-se normas legais desde as disposições constitucionais aplicáveis até as instruções normativas do órgão emissor”²⁹, ou seja, o controle de legalidade, apesar da nomenclatura, não deve ter como parâmetro de controle somente as leis em sentido estrito, mas também a Constituição.

A noção do controle de legalidade como mecanismo de garantia da Constituição fica mais ainda mais nítida quando ato administrativo controlado é diretamente subordinado ao texto constitucional. Nessa hipótese, parte-se da premissa de que não há norma intermediadora – geralmente uma lei - entre a Constituição e o ato concreto. Logo, mostra-se evidente que, se não existe lei, não há controle de legalidade propriamente dito, mas sim controle de constitucionalidade.

Para Kelsen, mesmo nas hipóteses em que é reconhecida a ilegalidade de um ato individual, é a Constituição que, indiretamente, confere validade aos atos individuais, pois a lei retirou sua validade da própria Constituição. Nesse aspecto, o controle de legalidade passa a ser enxergado, na verdade, como uma garantia da Constituição³⁰.

Nos casos em que a Constituição elenca um catálogo de direitos fundamentais – princípios relativos ao conteúdo das leis -, se os atos administrativos praticados para a efetivação dessas leis estiverem em desconformidade com os princípios constitucionais, eles serão inconstitucionais, num sentido distinto do que seria um ato administrativo ilegal³¹. Kelsen exemplifica o caso:

Se, por exemplo, a Constituição dispõe que a expropriação só pode ocorrer mediante plena e cabal indenização, e se, num caso concreto, procede-se à expropriação com base numa lei perfeitamente

²⁸ KELSEN, Hans. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 135.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 648.

³⁰ KELSEN, Hans. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 134.

³¹ KELSEN, Hans. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 135.

constitucional que também estabeleça o princípio da indenização plena, mas em contradição com suas disposições – isto é, sem indenização -, o ato administrativo não é ilegal – e por conseguinte indiretamente inconstitucional - no sentido ordinário, porque ele não apenas vai contra a lei e, por conseguinte, contra o princípio constitucional geral da legalidade da execução, mas também contra um princípio especial expressamente estabelecido pela constituição, a saber, que toda expropriação deve ser acompanhada por um plena e cabal indenização e, portanto, ultrapassa esse limite especial que ela impõe à legislação.³²

Para atos administrativos dessa natureza³³, o Mestre de Viena entende ser compreensível implementar algum mecanismo que servisse de garantia da Constituição, mas reconhece também “que o caráter individual do ato inconstitucional criaria um concurso evidente da jurisdição constitucional com a jurisdição administrativa”³⁴.

Com efeito, é possível afirmar que o traço distintivo entre administração, jurisdição e legislação não reside tanto na qualidade ou natureza das funções, mas na forma do seu desenvolvimento³⁵. Justen Filho distingue jurisdição e administração da seguinte forma:

Não é possível afirmar que a jurisdição se diferencia da administração porque o juiz *aplica* a lei. É evidente que o administrador também aplica a lei. Nem sempre é satisfatório afirmar que o juiz produz a composição de litígios. O administrador também o faz. A diferença reside em que, na atividade jurisdicional, quem aplica a lei e promove a composição de litígios é um “magistrado”. O administrador não é um juiz, porque não se integra em uma estrutura organizacional equivalente à da magistratura e não atua com garantias de independência, sem qualquer vínculo com os interesses em conflito.³⁶

³² Kelsen, Hans. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 135 - 136.

³³ Atos administrativos diretamente inconstitucionais que retiram sua validade de uma norma intermediária.

³⁴ Kelsen, Hans. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 134.

³⁵ Justen Filho, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 92.

³⁶ Justen Filho, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 92

Acontece que, da mesma forma que a teoria escalonada do ordenamento jurídico impossibilitaria – de forma teórica e não prática - a distinção entre legislação e execução, o mesmo aconteceria, até certo ponto, entre administração e jurisdição. Sob uma análise teórico-jurídica, as naturezas da jurisdição e da administração, quando relacionadas a um plexo normativo hierarquicamente estruturado, não são essencialmente distintas. Kelsen entende que o dualismo baseado na oposição entre jurisdição e administração, existente nos aparelhos estatais de execução, só pode ser explicado historicamente e que, inclusive, tenderia a desaparecer.³⁷

3. O DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO E OS ATOS ADMINISTRATIVOS INVÁLIDOS

Tendo esclarecido minimamente a perspectiva kelseniana de como a Constituição pode ser materializada diretamente por atos jurídicos emanados pela Administração Pública, pode-se examinar agora a questão da atuação do Estado nas escolhas públicas em face dos direitos fundamentais de valores constitucionais.

É inquestionável que o direito constitucional vive agora a era normativa dos princípios e dos direitos fundamentais.³⁸ Inclusive, de acordo com Juarez Freitas, “abolida, assim, a escravatura a modelos calcados apenas em regras, toma a dianteira o compromisso com a vitalidade do sistema constitucional, em cujo seio, avultam princípios, objetivos e direitos fundamentais, dotados de aplicabilidade direta e imediata, sem que isso signifique menosprezo às regras”³⁹.

Sundfeld entende que, por mais que vincular a Administração ao legislador tenha sido a primeira grande técnica adotada pela comunidade jurídica para direcionar a ação

³⁷ KELSEN, Hans. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p 140.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

³⁹ FREITAS, Juarez. **O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 20.

administrativa, o legalismo formal⁴⁰ não mais persiste e que, portanto, a Administração não pode mais ser considerada o braço mecânico do legislador⁴¹. Nas palavras do Autor:

A figura do administrador como braço mecânico do legislador era capaz, talvez, de descrever um pouco do Executivo imaginado nos primórdios. Mas não é boa figura para explicar a Administração multifuncional da experiência jurídica históricas, que foi aparecendo aos poucos”⁴²

Isso significa que, em plena era de inafastável ponderação no processo de produção e execução do direito, a ideia de que a incumbência do administrador é apenas observar, de maneira irreflexiva, regras formais – especialmente nos casos dos atos administrativos vinculados – mostra-se completamente insustentável.⁴³

Sundfeld reconhece o papel das leis na construção da Administração Pública. No entanto, afirma que, conquanto as leis sejam responsáveis por instituir a organização do Estado, “muitas leis não contém a antecipação de todos e cada um dos atos da Administração”⁴⁴. É necessário, pois, reconhecer o papel criador da Administração:

As atividades administrativas escoradas nessas bases não podem ser definidas como mera execução de lei; há nelas, claro, implementação do que as leis preveem, mas a função criadora da Administração nesses casos não pode ser minimizada: essas atividades são muito mais que execução. Administrar é criar, a partir de leis.⁴⁵

Juarez de Freitas vai além e leciona que, no contexto jurídico atual, “o administrador público está obrigado a realizar uma espécie de controle concreto da constitucionalidade, porque seria incongruente apregoar a obediência passiva apenas das

⁴⁰ Sundfeld define o conceito de legalismo formal o sistema em que “o legislador faria as escolhas, o administrador as executaria e os juízes corrigiriam as ilegalidades”. SUNDFELD, Carlos Ari. **DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CÉTICOS**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 236.

⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CÉTICOS**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 236.

⁴² SUNDFELD, Carlos Ari. **DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CÉTICOS**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 236.

⁴³ FREITAS, Juarez. **O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013

⁴⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CÉTICOS**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 236.

⁴⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CÉTICOS**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 236

regras infraconstitucionais, como se o império do medo devesse alijar as condutas rigorosamente lastreadas na Constituição.”⁴⁶

Portanto, espera-se que um controle sinérgico e cooperativo dos atos administrativos, ao invés de se submeter à vinculação absoluta das regras legais, busque a estruturação de uma nova visão do Direito Administrativo, uma visão na qual a “Constituição administra”.⁴⁷ Isso significa que os atos administrativos devem ser emanados em observância, não só às regras, mas também aos princípios fundamentais de modo que materializem os ideais constitucionais e o Estado Democrático de Direito, sob pena de serem declarados inválidos.

A invalidade dos atos administrativos decorre da desconformidade do ato concretamente praticado em relação às normas e aos valores jurídicos que norteiam o ordenamento jurídico.⁴⁸

De acordo com Justen Filho, essa desconformidade pode se dar de maneira vertical ou horizontal⁴⁹. Tendo em vista que uma das premissas desse trabalho é a teoria escalonada do ordenamento jurídico, esse capítulo abordará a invalidação dos atos administrativos sob uma perspectiva vertical, isto é, quando o ato administrativo infringe normas jurídicas hierarquicamente superiores como a Constituição, a lei, o regulamento ou uma decisão judicial⁵⁰.

Antes de tudo, deve-se ressaltar que, embora existam algumas leis - Lei 8.666/93 (artigos 49 e 59), Lei 9.784/99 (notamente os artigos 54 e seguintes), Lei 4.717/65 (em especial, os artigos 2º e seguintes), por exemplo - que versam sobre a invalidade de atos administrativos, não existe um conjunto normativo que discipline, de maneira ampla e uniforme, a matéria como um todo⁵¹.

A ausência de uma codificação de normas jurídicas que contemple solução legislativa sistêmica para o problema das nulidades é um indicativo de que há certa

⁴⁶ FREITAS, Juarez. **O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 21.

⁴⁷ FREITAS, Juarez. **O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 23.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 469.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 432.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 432.

⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 432.

dificuldade e também imprecisão ao lidar com atos administrativos inválidos, tendo em vista que cada situação e cada ato administrativo possui idiosincrasias e gera consequências diversas na sociedade.

Impende ressaltar que a doutrina administrativista brasileira também não conseguiu construir uma posição firme de modo a unificar o entendimento acerca dos atos administrativos inválidos⁵². Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não há acordo doutrinário quanto à existência e caracterização destas figuras. Para alguns, no Direito Administrativo todo ato ilegítimo é nulo. Para outros, a distinção entre nulos e anuláveis, usual no Direito Privado, aplica-se, com as devidas adaptações, ao Direito Administrativo. Outros, ainda, acrescentam aos atos nulos e anuláveis os simplesmente irregulares, e há também quem reconheça a categoria dos atos “inexistentes”.⁵³

Bandeira de Mello, por exemplo, adota a posição de que todos os atos administrativos inválidos são igualmente inválidos, ou seja, não existem graus de invalidade.⁵⁴ No entanto, o autor reconhece que, apesar de não haver atos mais ou menos inválidos, o Direito reage às invalidades com intensidades distintas e, a partir dessas intensidades, é possível classificar os atos em nulos ou anuláveis. Em suas palavras:

É precisamente esta diferença quanto à intensidade da repulsa que o Direito estabeleça perante os atos invalidados o que determina um *discrímen* entre atos nulos e atos anuláveis ou outras distinções que mencionam atos simplesmente irregulares ou que referem os chamados atos inexistentes.⁵⁵

Juarez Freitas também enxerga a invalidade como gênero e entende de que, quanto aos vícios, os atos administrativos podem ser classificados nas seguintes espécies:

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 469.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 469.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 469.

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 469.

incurrigivelmente nulos ou anuláveis - sendo os anuláveis os que comportam convalidação⁵⁶. Nesse contexto, o autor reconhece caber “ao administrador público (e, é claro, ao sistema de controles) sopesar as circunstâncias de modo o mais desviesado possível, verificando, na prática, se se trata de atos incurrigivelmente nulos ou anuláveis”⁵⁷.

Como reflexo da ruptura com os valores formalistas e mecânicos, o termo “invalidade” deixou de ser entendido como a simples desconformidade com a lei e passou a significar a desconformidade do ato administrativo com os valores jurídicos relevantes⁵⁸. Desse modo, Justen Filho explica 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”⁵⁹.

Todo esse contexto de rompimento com a visão monista⁶⁰ da Administração Pública levou a um declínio gradual da hipervalorização do princípio da legalidade. É evidente que, a partir do momento em que se confere mais relevância aos valores constitucionais – que, quase sempre, estarão expressos sob a forma de princípios – em detrimento da lei, o princípio da legalidade, quando submetido à técnica da ponderação, já não apresentará a mesma pujança de antes.

Nesta conjuntura, conferiu-se maior reconhecimento e aplicabilidade prática aos princípios da segurança jurídica, da proteção de confiança e da boa-fé. Nas palavras de Almiro do Couto e Silva:

Dos temas mais fascinantes do Direito Público neste século é o crescimento da importância do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança. A ele está visceralmente ligada a exigência de mais estabilidade das

⁵⁶ FREITAS, Juarez. **O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 400-401.

⁵⁷ FREITAS, Juarez. **O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 401.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 433.

⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 433.

⁶⁰ Sundfeld ensina que a visão monista consiste em enxergar a Administração Pública como uma máquina de executar leis e que, por esse motivo, enxerga o direito administrativo como o direito de aplicação das leis. SUNDFELD, Carlos Ari. **DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CÉTICOS**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 238.

situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vícios de ilegalidade.⁶¹

No que tange à invalidade dos atos administrativos, pode-se concluir que, em diversos casos, tendo em vista o respeito ao princípio da segurança jurídica e a valores maiores do ordenamento, mostra-se mais coerente preservar os efeitos de atos administrativos viciados do que desconstituí-los por não observância a lei.⁶²

Cumprе destacar que, segundo Hely Lopes Meirelles, os efeitos da invalidação de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, em regra, operam de maneira *ex tunc* e que, somente em situações excepcionais - em observância aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé -, as declarações de invalidade podem ser realizadas com efeitos prospectivos⁶³. Nesta elaboração teórica, Meirelles justifica a adoção de efeitos retroativos por entender que os atos nulos, além de não gerarem direitos e nem obrigação para as partes, também não criam situações jurídicas definitivas⁶⁴.

Deve-se registrar que a justificativa apresentada por Hely Lopes, quando analisada sob uma perspectiva estritamente jurídica, se mostra deveras coerente e, em certa medida, até blindada a críticas. Porém, quando explorada sob uma análise prática das consequências dos atos administrativos inválidos no plano da realidade, não se mostra plausível concordar que atos nulos não produzam efeitos.

A própria visão clássica acerca dos atributos dos atos administrativos contrasta com essa afirmação taxativa. De fato, um dos atributos reconhecidos às manifestações de vontade da Administração Pública é a presunção de legitimidade, resultando na produção de efeitos pelo ato portador de vício – ainda que insanável –, até que essa invalidade seja formalmente reconhecida e declarada⁶⁵.

⁶¹ SILVA, Almiro do Couto e. **RDA 204/24**. apud MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 98.

⁶² CÂMARA, Jacintho Arruda. **A PRESERVAÇÃO DOS EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 14, junho/agosto, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.marinela.ma/wp-content/uploads/2016/08/Apreservadosefeitosdosatosadministrativosviciados.pdf>>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 203-204.

⁶⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 203-204.

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 409-411.

O pensamento de Meirelles se coaduna, inclusive, com teor do Enunciado de Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal, cuja redação é a seguinte: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos a apreciação judicial.”

Deve-se rememorar que Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal tem como finalidade precípua corporificar a autotutela administrativa e entrou em vigor em 1969 - ou seja, época histórica de influência não democrática. Acontece que, se analisada sob a ótica jurídica contemporânea, a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal acaba refletindo uma concepção incompleta e imprecisa no que tange a invalidação dos atos administrativos e, por esse motivo, seu texto “deve ser compatibilizado com a evolução posterior do direito brasileiro, especialmente considerando o sistema jurídico instaurado pela CF/88”⁶⁶.

A principal ressalva que deve ser feita ao texto do Enunciado de Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal é sobre a afirmação de que atos nulos não geram direitos. A propósito, Weida Zancaner expõe seu entendimento no sentido que um ato nulo produz sim consequências jurídicas. Veja-se:

Com efeito, atos inválidos geram consequências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de Direito.⁶⁷

Marçal Justen Filho, alinhado ao posicionamento de Zancaner, entende que é equivocado afirmar que o ato nulo não produz efeitos, e que tal afirmação mostra-se incorreta tanto sob o prisma jurídico como sob o enfoque fático⁶⁸. Para Justen Filho, “o

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 432.

⁶⁷ ZANCANER, Weida. **DA CONVALIDAÇÃO E DA INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. apud CÂMARA, Jacintho Arruda. **A PRESERVAÇÃO DOS EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º. 14, junho/agosto, 2002.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 433.

máximo que se poderia afirmar é que os atos nulos não deveriam produzir efeitos jurídicos”.⁶⁹

Portanto, reconhecer que os atos administrativos inválidos produzem efeitos é um caminho quase que inevitável. Tanto é que em 2018 a comunidade jurídica brasileira, ao publicar a Lei n. 13.655, deu o primeiro grande passo legislativo no sentido de conferir atenção às consequências das decisões, judiciais ou administrativas, que decretem a invalidação de atos administrativos.

A lei supramencionada alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42) para incluir os art. 21 e seguintes. A partir da leitura da nova redação da LINDB, em especial do artigo 21 da LINDB e de seu parágrafo único, não é custoso identificar o anseio do legislador em minimizar as consequências negativas de uma invalidação de ato administrativo que produziu efeitos. Veja-se o disposto no artigo 21 da LINDB:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.⁷⁰

É exatamente pelo fato de reconhecer a existência dos efeitos derivados de atos nulos que Jacintho Arruda Câmara explica que invalidação do ato administrativo ilegal é apenas uma, e não a única, forma de sanar a ilegalidade nele contida⁷¹. Há, por exemplo,

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 433.

⁷⁰ BRASIL. Constituição (1988). Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

⁷¹ CÂMARA, Jacintho Arruda. **A PRESERVAÇÃO DOS EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º. 14, junho/agosto, 2002. Disponível na Internet: < <http://www.marinela.ma/wp-content/uploads/2016/08/Preservadosefeitosdosatosadministrativosviciados.pdf>>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

o instituto da convalidação que também é capaz de corrigir o vício que maculou o ato e, ao mesmo tempo, preservar a legalidade da atividade administrativa⁷².

Ocorre que, além da declaração de invalidade e da convalidação, há uma terceira solução para o problema do ato administrativo inválido: o fenômeno da estabilização dos efeitos.

A MODULAÇÃO DE EFEITOS COMO FUNDAMENTO PARA A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DE ATOS ADMINISTRATIVOS INVÁLIDOS

Prefacialmente, cumpre esclarecer que modular efeitos significa, na verdade, mitigar as consequências de uma declaração de invalidade em respeito ao princípio da segurança jurídica⁷³.

Observa-se que diversos países já implementaram, positiva ou jurisprudencialmente, modelos de restrição de efeitos da declaração de nulidade em seus respectivos ordenamentos jurídicos⁷⁴. Gilmar Mendes cita alguns sistemas jurídicos que possuem esse mecanismo. Veja-se:

Além das especificidades do modelo alemão, já largamente referidas, anote-se que também os sistemas austríaco, italiano, espanhol e o próprio direito comunitário têm adotado modalidades assemelhadas quanto à restrição de efeitos da declaração de nulidade. Também a jurisprudência americana acabou por consagrar modelo mitigador da nulidade absoluta.⁷⁵

⁷²CÂMARA, Jacintho Arruda. **A PRESERVAÇÃO DOS EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 14, junho/agosto, 2002. Disponível na Internet: < <http://www.marinela.ma/wp-content/uploads/2016/08/Preservadosefeitosdosatosadministrativosviciados.pdf>>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

⁷³MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1428 (IDP).

⁷⁴MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1428 (IDP).

⁷⁵MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1428 (IDP).

No âmbito da jurisdição constitucional brasileira, a modulação de efeitos foi introduzida expressamente através do artigo 27 da Lei 9.868/99, cuja redação foi inspirada no direito português⁷⁶. Confira o disposto no referido artigo:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.⁷⁷

Nesse contexto, Gilmar Mendes explica que, nos termos do art. 27 da Lei n. 9.868/99, o STF poderá proferir três tipos distintos de decisões: (i) declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*; (ii) declaração de inconstitucionalidade com efeitos *pro futuro*; e (iii) declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.⁷⁸ Ainda que o legislador tenha conferido ao STF três novas formas de limitar os efeitos de uma declaração de inválidade, destaca-se que o princípio da nulidade das normas inconstitucionais ainda prevalece - e assim deve ser - como a regra do ordenamento jurídico brasileiro⁷⁹.

Sobre a possibilidade de não aplicar o princípio da nulidade, Gilmar Mendes assevera que:

O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente importante, manifestado sob a forma de interesse social relevante.⁸⁰

⁷⁶ A redação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 reproduziu parcialmente o art. 282 (4) da Constituição portuguesa. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1428 (IDP).

⁷⁷BRASIL. Constituição (1988). Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999.

⁷⁸MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1428 (IDP).

⁷⁹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1428 (IDP).

⁸⁰MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1428 (IDP).

Vê-se, pois, a finalidade última da modulação de efeitos prevista no art. 27 da Lei 9.868/99 é somente uma: impedir que, em situações excepcionais, a aplicação do princípio da nulidade ocorra de maneira rígida e automática, pois, caso assim fosse, ter-se-ia como resultado uma instabilidade jurídica e social consideravelmente superior à instabilidade já gerada pelos efeitos da norma objeto de invalidação.

De maneira mais direta, a modulação de efeitos desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal visa evitar que a uma declaração de inconstitucionalidade ortodoxa sacrifique a segurança jurídica e outros valores constitucionais – materializáveis sob a forma de interesse social-, gerando maiores danos ao Direito e a sociedade.⁸¹

Não se pode negar que o art. 27 da Lei 9.868/99 expressa o reconhecimento por parte do legislador de que normas jurídicas inconstitucionais produzem, de fato, efeitos. Em verdade, a existência do referido artigo demonstra não só o reconhecimento, mas também a grande preocupação do legislador com os efeitos advindos de normas jurídicas inconstitucionais a ponto de fornecer ao Poder Judiciário uma ferramenta capaz de amenizar esse problema.

Ocorre que não só as leis inconstitucionais produzem efeitos jurídicos e fáticos. Conforme já foi exposto no capítulo anterior, os atos administrativos inválidos também produzem consequências. Marçal Justen Filho, ao analisar o art. 27 da Lei 9.868, propugna que:

Essa disciplina conduz ao reconhecimento da que a infração do ato administrativo à Constituição não acarreta necessariamente a pronúncia do vício com efeitos retroativos à data de sua prática. Poderá ser mantida a eficácia do ato administrativo inconstitucional, nas hipóteses previstas no art. 27 da Lei 9.868/1999. É evidente que a solução referida deve ser adotada não apenas para a inconstitucionalidade da lei, mas também do ato administrativo. Não há justificativa lógico-jurídica para que a solução do art. 27 da Lei 9.868/1999 seja mantida restrita no âmbito da declaração de inconstitucionalidade da lei.⁸²

⁸¹MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1429 (IDP).

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 454.

Sobre as consequências jurídicas dos atos inválidos, Weida Zancaner identifica que os “fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliadas ao tempo, pode transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar, pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar à segurança jurídica e à boa-fé”⁸³.

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro leciona que Administração Pública pode, por razões de interesse público, deixar de decretar a nulidade de um ato administrativo quando a anulação possa causar prejuízo maior do que a manutenção do ato⁸⁴. À essa situação Di Pietro dá o nome de confirmação e explica que “a confirmação difere da convalidação porque ela não corrige o vício do ato; ela o mantém tal como foi praticado.”⁸⁵

Com convicção, o que Zancaner reconhece como “vedação ao dever de invalidar”⁸⁶ e Di Pietro classifica como “confirmação” é o que vários doutrinadores nomeiam como estabilização dos efeitos dos atos administrativos nulos. Jacintho Arruda Câmara explica com clareza o fenômeno da estabilização. Confira:

Na estabilização, o ato administrativo permanece como foi praticado, ou seja, ostentando um vício. Não há qualquer ação, seja da Administração, seja de algum particular interessado, no sentido de corrigir o vício que macula o ato. Entretanto, os efeitos por ele produzidos permanecem válidos, imunes a qualquer tentativa de desconstituí-los.⁸⁷

⁸³ZANCANER, Weida. **DA CONVALIDAÇÃO E DA INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. apud CÂMARA, Jacintho Arruda. **A PRESERVAÇÃO DOS EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º. 14, junho/agosto, 2002.

⁸⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 293.

⁸⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 293.

⁸⁶CÂMARA, Jacintho Arruda. **A PRESERVAÇÃO DOS EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º. 14, junho/agosto, 2002. Disponível na Internet: < <http://www.marinela.ma/wp-content/uploads/2016/08/Apreservadosefeitosdosatosadministrativosviciados.pdf>>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

⁸⁷CÂMARA, Jacintho Arruda. **A PRESERVAÇÃO DOS EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º. 14, junho/agosto, 2002. Disponível na Internet: < <http://www.marinela.ma/wp-content/uploads/2016/08/Apreservadosefeitosdosatosadministrativosviciados.pdf>>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

É necessário reiterar que, nos casos de estabilização dos efeitos, não há possibilidade de que o vício que contaminou o ato administrativo seja sanado. O que acontece nas hipóteses de estabilização é que os efeitos fáticos e jurídicos produzidos pelo ato administrativo inválido encontraram, em normas jurídicas de grau superior, o suporte jurídico necessário para não serem desconstituídos retroativamente⁸⁸.

A estabilização é considerada um fenômeno porquanto, sem qualquer tipo de ação humana – seja do Estado ou de particulares -, as consequências do ato administrativo nulo se estabeleceram no plano físico a ponto de iniciarem um novo processo de incidência normativa, que, ao final, irradiou nova eficácia e produziu novos efeitos jurídicos e fáticos.

Em outras palavras: os efeitos jurídicos originados do ato administrativo inválido produziram consequências fáticas de tal modo que essas consequências passaram a constituir o suporte fático de outras normas jurídicas, muitas vezes regras constitucionais que estão intimamente relacionadas ao núcleo essencial de algum direito fundamental. É exatamente através desta ideia que, independentemente de se tratar de atos administrativos nulos ou de leis inconstitucionais, se entende e se justifica a necessidade de se modular efeitos de atos ou leis inválidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas elaborações acima expostas, é possível identificar semelhanças, e talvez até identidade, entre o fenômeno da estabilização e o fenômeno que precede uma declaração de inconstitucionalidade nos moldes do art. 27 da Lei 9.868/99.

A primeira semelhança é que, nos dois casos, o Estado falha ao desempenhar sua função de aplicação do direito. Em ambas as hipóteses, a tentativa de materializar a Constituição através de normas hierarquicamente inferiores (não importa se são normas gerais e abstratas ou atos jurídicos individuais, normas concretizadas) é frustrada por um vício insanável que afronta diretamente os valores constitucionais.

⁸⁸CÂMARA, Jacintho Arruda. **A PRESERVAÇÃO DOS EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º. 14, junho/agosto, 2002. Disponível na Internet: < <http://www.marinela.ma/wp-content/uploads/2016/08/Preservadosefeitosdosatosadministrativosviciados.pdf>>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

O segundo ponto em comum é a impossibilidade de, mediante uma aplicação clássica do princípio da nulidade, expurgar do ordenamento jurídico a lei inconstitucional ou o ato administrativo nulo sem que isso acarrete danos mais graves a sociedade e uma nova violação à Constituição.

A terceira semelhança, por mais paradoxal que seja, é percebida exatamente a partir da distinção entre uma norma jurídica e um ato jurídico. Conforme já demonstrado no presente trabalho, a simples existência de uma norma geral e abstrata é incapaz de irradiar eficácia, pois somente com a concretização do suporte fático é que o processo de juridicização tem início. Já os atos jurídicos, por sua vez, são o resultado do processo de juridicização e somente a partir deles é que uma norma estará apta a irradiar sua eficácia. No arco dessas afirmações, o que se pretende demonstrar é que os atos jurídicos são elementos imprescindíveis para a concreta realização dos efeitos jurídicos de uma norma geral e abstrata. Logo, se a inconstitucionalidade de uma lei tenha de ser declarada com modulação de efeitos é porque certamente essa lei inconstitucional incidiu, deu origem a atos ou fatos jurídicos também inconstitucionais, produziu seus efeitos jurídicos e fáticos e, por fim, seus efeitos fáticos acabaram encontrando suporte jurídico em outras normas ou valores constitucionais.

Com todas as reflexões teóricas apresentadas ao longo deste trabalho, salienta-se que o fenômeno que justifica uma declaração de inconstitucionalidade nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99 é idêntico ao fenômeno descrito nos casos de estabilização dos efeitos de atos administrativo inválidos. O único traço distintivo entre as duas hipóteses é o fato de que o legislador, em gozo de sua ampla liberdade criadora, atribuiu tal ferramenta somente a uma das esferas estatais incumbidas de aplicar o direito, qual seja a jurisdição.

Destarte, sob um prisma estritamente teórico, a modulação de efeitos não deve ser considerada uma técnica de competência exclusiva do Judiciário, mas sim de toda atividade estatal incumbida de reproduzir e aplicar o direito, incluindo a Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **PROCESSO LEGISLATIVO E DEMOCRACIA**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999.

BONAVIDES, Paulo. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BURDEAU, Georges. **O ESTADO**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **A PRESERVAÇÃO DOS EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS VICIADOS**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 14, junho/agosto, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.marinela.ma/wp-content/uploads/2016/08/PreservaoDosEfeitosDosAtosAdministrativosViciados.pdf>>. Acesso em: 29 de junho de 2020.

FREITAS, Juarez. **O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LARA, António de Sousa. **CIÊNCIA POLÍTICA: ESTUDO DA ORDEM E DA SUBVERSÃO**. 2ª. ed. Sintra: Pedro Ferreira, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA EXISTÊNCIA**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. **TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA EFICÁCIA**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. **TEORIA DO FATO JURÍDICO: PLANO DA VALIDADE**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (IDP).

MIRANDA, Pontes de. **TRATADO DE DIREITO PRIVADO**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

SUNDFELD, Carlos Ari. **DIREITO ADMINISTRATIVO PARA CÉTICOS**. 2. Ed. São Paulo:Malheiros, 2017.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **DIREITO ADMINISTRATIVO**. 31. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ZANCANER, Weida. **DA CONVALIDAÇÃO E DA INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.