

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO

PAULO VICTOR ALVARES GONÇALVES

CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO: HIPÓTESES E LIMITAÇÕES

CURITIBA

2011

PAULO VICTOR ALVARES GONÇALVES

CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO: HIPÓTESES E LIMITAÇÕES

Monografia de conclusão de curso apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Emerson Gabardo

Curso de Direito
Direito Administrativo

Curitiba
2011

PAULO VICTOR ALVARES GONÇALVES

CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO: HIPÓTESES E LIMITAÇÕES

Monografia de conclusão de curso aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Comissão formada pelos professores:

ORIENTADOR: _____

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Prof.^a Dr.^a Angela Cassia Costaldello

Prof. Me. Daniel Wunder Hachem

Curitiba, 08 de dezembro de 2011

Dedico este trabalho ao meu pai Carlos Alberto, à minha mãe Neiva Maria e ao meu irmão Carlos Eduardo, minha família, pelo incondicional apoio e compreensão ao longo de minha vida.

Agradeço ao Professor Dr. Emerson Gabardo, pelos ensinamentos passados e pela excelente orientação, sem a qual este trabalho não teria como existir.

Agradeço a Deus, pelas oportunidades que tive.

Agradeço também a todos que de alguma forma, mesmo de longe, colaboraram para a confecção desta monografia.

Por fim, não poderia deixar de agradecer aos amigos que fiz durante estes 05 anos na Santos Andrade, pelas lembranças que levarei para sempre.

SUMÁRIO

RESUMO.....	07
ABSTRACT.....	08
PRÓLOGO.....	09
INTRODUÇÃO	10
1 ATO ADMINISTRATIVO.....	12
1.1 CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO.....	12
1.2 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO	18
1.3 VÍCIOS DO ATO ADMINISTRATIVO	28
2 FORMAS DE EXTINÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO.....	40
2.1 FORMAS NATURAIS DE EXTINÇÃO.....	40
2.2 FORMAS PROVOCADAS DE EXTINÇÃO.....	42
2.3 TEORIA DAS INVALIDADES DO ATO ADMINISTRATIVO	49
3 APROVEITAMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO E DE SEUS EFEITOS: CONVALIDAÇÃO.....	58
3.1 HIPÓTESES DE CONVALIDAÇÃO.....	62
3.2 LIMITAÇÕES À CONVALIDAÇÃO	71
3.3 EXISTE DEVER DE CONVALIDAR?	81
CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	89

RESUMO

A Administração Pública, em tese, em respeito ao princípio da legalidade insculpido no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, deve pautar-se pela observância da Lei (do Direito), em toda a sua atuação, inclusive quando da edição de atos administrativos. Contudo, por descuido ou mesmo por má-fé do agente público, muitas vezes são confeccionados atos inválidos, contrários à Lei. Neste estudo buscou-se demonstrar que havendo atos inválidos, em certos casos, pelo instituto da convalidação, o próprio ato e/ou seus efeitos podem ser aproveitados, não sendo a invalidação de tais atos uma via necessária, uma vez que se levando em consideração também os demais princípios que iluminam o ordenamento jurídico brasileiro pode ser exigida solução diversa. Sendo assim, tentou-se delimitar quais são as hipóteses em que a convalidação está autorizada, bem como quais são as limitações ao emprego deste instituto jurídico, investigando ainda se haveria o dever da Administração Pública convalidar o ato administrativo, nos casos em que verificado o seu cabimento. Para tanto, iniciou-se pela análise do próprio ato administrativo em si, de sua estrutura (elementos e pressupostos) e dos vícios que podem atingi-lo, já que boa parte da doutrina nacional define as hipóteses de convalidação com base no elemento que foi atingido pelo vício. Examinou-se, ainda, as formas de extinção do ato administrativo, dedicando-se mais à invalidação, posto que para muitos autores trata-se da única alternativa para a correção do vício, caso não seja possível a convalidação.

Palavras-chave: Ato administrativo. Elementos. Vícios. Invalidação. Aproveitamento dos efeitos. Convalidação. Dever de Convalidar.

ABSTRACT

The Public Administration, in theory, in deference to the principle of legality inscribed in Article 37 of the Constitution of The Federative Republic of Brazil of 1988, should be guided by the observance of the legal norms (Law), in all its activities, including when editing administrative acts. However, by carelessness or even bad faith of the public servant, illegal acts are often produced, contrary to Law. In this study it has been attempted to demonstrate that there are invalid acts that in certain cases, the act itself and/or its effects, can be utilized by the institute of the convalidation. Thus, the invalidation of such acts is not a necessary path to cross, once that if also considered the other principles that illuminate the Brazilian legal system, it may be required a different solution. Therefore, it has been attempted to define what are the hypotheses in which the convalidation is allowed, as well as what are the limitations on the use of this legal institute, also investigating whether there would be the duty of the Public Administration to convalidate the administrative act, in the cases in which the convalidation is admitted. For such purpose, it has been initiated by the review of the administrative act itself, its structure (elements and presuppositions) and the vices that can hit it, since that a great parcel of the national doctrine defines the hypotheses of the convalidation based on the element that was affected by the vice. It has also been verified the forms of extinction of the administrative act, with a greater focus to the convalidation, once that for many authors it is the only alternative to correct the vice, in case the convalidation is no possible.

Keywords: Administrative Act. Elements. Vices. Invalidation. Utilization of the effects. Convalidation. Duty to convalidate.

PRÓLOGO

O presente trabalho versa sobre a convalidação do ato administrativo, temática que se mostra de extrema relevância no cenário jurídico-administrativo atual, já que a convalidação pode ser utilizada como uma importante ferramenta na concretização do princípio da eficiência, algo que a comunidade como um todo espera veementemente, até porque isso implica em redução de custos e um conseqüente melhor aproveitamento das verbas públicas. É preciso, contudo, saber utilizar essa ferramenta com sabedoria, pois nem sempre a convalidação coaduna-se com o interesse público ou até mesmo com os interesses dos administrados, legitimamente protegidos pelo nosso ordenamento jurídico. Tendo isso em mente é que resolvemos estudar o tema, com o intuito não só de compreendê-lo melhor, mas também de adquirir substrato que possibilite sua aplicação prática com maior segurança.

Para tanto, buscamos sistematizar o que já havia sido escrito sobre o tema pelo maior número possível de autores nacionais, ao menos por todos que estiveram ao nosso alcance por meio de pesquisa nas bibliotecas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná e do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. A doutrina estrangeira foi utilizada somente em momentos pontuais, pela natureza do trabalho, para não deixá-lo extenso em demasia e também por conta da dificuldade física de obtenção das obras dos autores estrangeiros para consulta, além da dificuldade advinda da língua estrangeira.

A investigação do tema deu-se em três momentos distintos: no primeiro capítulo buscamos delimitar o que se entende por ato administrativo, diferenciando-o do fato administrativo, delimitando seus elementos e apontando os vícios que podem existir; no segundo capítulo expomos as formas de extinção do ato, fixando-se principalmente na invalidação e na teoria das invalidades, realidades intimamente ligadas à convalidação; por fim, no terceiro capítulo analisamos a convalidação propriamente dita, restringindo seu conceito, examinando quais as hipóteses em que é cabível, a obrigatoriedade de se convalidar quando presentes tais hipóteses, levando em consideração as limitações impostas pelo sistema que, em tese, impediriam a convalidação.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública para desempenhar sua função precisa manifestar-se, ainda que por intermédio de seus agentes. Para tanto, utiliza-se do ato administrativo, instrumento jurídico criado para permitir a exteriorização da vontade desse ente incorpóreo que é o Estado.

Assim como em todas as atividades estatais, por força do que dispõe o artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também na confecção do ato administrativo o agente público deve pautar-se pela legalidade. Em tese, a Lei - considerada em sentido amplo, englobando o ordenamento jurídico como um todo e não só a lei ordinária - deveria ser respeitada invariavelmente. No entanto, seja por mero descuido ou até mesmo propositalmente, nem sempre essa subordinação plena à legalidade é observada, o que acaba por gerar atos defeituosos, eivados de vícios.

Segundo a doutrina clássica, ao deparar-se com atos administrativos desta estirpe, caberia à Administração Pública, em virtude da autotela ou ainda quando provocada pelo administrado, ou mesmo ao Poder Judiciário, este apenas se provocado pelo administrado, anular tais atos, desfazendo-se todos os efeitos que até então tinham sido produzidos, ante a ilegalidade originária reconhecida. Tal posicionamento estancou, contudo, vem alterando-se. Vislumbrou-se a possibilidade de aproveitamento dos efeitos gerados pelos atos viciados, em razão dos demais princípios norteadores da atuação da Administração Pública, tais como a supremacia do interesse público, a segurança jurídica e a boa-fé dos administrados. Diante de atos viciados, passou-se a admitir, então, em alguns casos, também sua convalidação.

Trata-se de um instituto inovador, que coloca uma visão absoluta do princípio da legalidade em xeque. Por tais razões, dúvidas pairam acerca do que é efetivamente a convalidação e de quando ela é, de fato, cabível, o que traz insegurança aos juristas quando de seu manejo. Longe de por fim à discussão, buscar-se-á, em um primeiro momento, aclarar este instituto jurídico, distinguindo-o de outras figuras próximas. Posteriormente, tentar-se-á indicar em quais hipóteses a convalidação pode (ou deve) ser aplicada, procurando trazer elementos que proporcionem uma melhor compreensão acerca da temática. Em seguida, analisar-

se-á se existe o dever da Administração Pública de convalidar os atos administrativos que comportam tal instituto. Em outras palavras, resta saber se admitida a convalidação do ato administrativo em uma determinada hipótese, estaria a Administração Pública obrigada a assim proceder ou se teria a faculdade de optar por utilizar-se de uma outra forma de restaurar a legalidade, como, por exemplo, pela invalidação.

Antes, porém, faz-se necessário definir o que se entende por ato administrativo, distanciando-o de situações que com ele não se confundem e que, portanto, não admitem em hipótese alguma a aplicação da convalidação e nem mesmo de qualquer outra modalidade de correção dos vícios. Além disso, cumpre verificar previamente quais são os elementos ou pressupostos do ato administrativo, examinando também quais são os vícios que podem atingi-los, já que boa parte da doutrina nacional determina as hipóteses de convalidação tendo em vista qual elemento foi atingido pelo vício. Após tais análises, poder-se-á, então, cogitar do cabimento da convalidação do ato administrativo em cada caso.

1. ATO ADMINISTRATIVO

1.1 CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

Para chegar-se a um conceito satisfatório de ato administrativo, parte-se inicialmente de uma concepção negativa, delimitando justamente o que o ato administrativo não é.

Surge, então, a preocupação de diferenciar o fato jurídico do ato jurídico, excluindo-se desde já os atos e fatos que não geram, a princípio, efeitos jurídicos, sendo juridicamente irrelevantes. Diz-se a princípio porque nada impede que a lei lhes atribua juridicidade. É, por exemplo, o caso da chuva que causa danos a uma propriedade coberta por seguro contra enxurradas.¹

Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO o que diferencia o ato jurídico do fato jurídico é o elemento humano. O fenômeno fruto da conduta humana seria o ato jurídico, sendo o fato jurídico o que decorre de acontecimentos naturais (podendo receber o adjetivo administrativo se produzir efeitos no campo do direito administrativo).² Já Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO sustenta que o elemento diferenciador entre as categorias ato e fato jurídico é a manifestação de vontade. O ato dependeria de manifestação de vontade, enquanto que o fato não.³ Em outros termos, como prefere Marcello CAETANO, o ato dependeria de uma conduta humana voluntária.⁴

Celso Antônio Bandeira de MELLO, contudo, discorda de ambos os posicionamentos acima enunciados. Primeiramente, atacando o primeiro entendimento exposto, aponta que há fatos jurídicos que não são eventos da natureza, como é o caso da prescrição, uma relação entre o decurso do tempo e a inércia do titular do direito. Em seguida, pontua que para o surgimento de um ato jurídico não se faz necessário um comportamento humano voluntário, uma vontade.

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, p. 128.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 190.

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Obra citada*, p. 127.

⁴ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, p. 422.

Enquadrar-se-iam nesta situação os atos produzidos por máquinas e aqueles produzidos sem querer, sem que o agente se apercebesse de sua conduta. Para o autor a diferença estaria no elemento declarativo do fenômeno. O ato jurídico seria um pronunciamento, um enunciado sobre algo. Já o fato não; nele não há um conteúdo declarativo, ele simplesmente ocorre.⁵

Carlos Ari SUNDFELD defende ainda um outro entendimento, distinto dos demais já expostos. Para este autor, no âmbito jurídico, a distinção do ato em relação ao fato baseia-se na significação que um determinado acontecimento possui. Um acontecimento, uma declaração, é ato jurídico quando tiver o significado de norma jurídica, quando for apta a regular comportamentos. Será fato, por sua vez, se for tida como a concreção da hipótese abstrata de incidência de uma norma jurídica, gerando a aplicação do mandamento descrito nesta norma.⁶

Muito embora exista divergência na doutrina pátria, verifica-se que a escolha de uma ou de outra tese acerca da distinção entre fato e ato jurídico não gera maiores conseqüências no estudo proposto, uma vez que a grande maioria dos fenômenos jurídicos acaba por receber a mesma classificação independentemente da teoria adotada, com exceção de algumas situações pontuais, como as citadas por Celso Antônio Bandeira de Mello.

Aparentemente, porém, há consenso em outra questão, esta sim importante para o tema abordado: considera-se, em geral, o ato administrativo um ato jurídico e não um fato jurídico, com as conseqüências que daí advém.

A constatação é relevante, pois as diferentes categorias, até pela sua natureza distinta, são também tratadas de modo diverso pelo ordenamento jurídico, cumprindo ressaltar que os atos administrativos admitem a anulação, enquanto que os fatos administrativos já não a admitem.⁷ Da mesma forma, os atos administrativos podem ser convalidados, já os fatos administrativos não.

Fixadas estas primeiras premissas, passar-se-á a analisar o conceito positivo de ato administrativo. Positivo no sentido valorativo, contraposto a negativo, pois se buscará o que o ato administrativo efetivamente é, e não no sentido de direito posto,

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 372-374.

⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato Administrativo Inválido*, p. 14.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 374-375.

até porque não há no ordenamento jurídico brasileiro uma norma legal que defina ato administrativo.⁸

Os principais critérios para definir o ato administrativo são o subjetivo e o objetivo. Pelo subjetivo entende-se ser ato administrativo aquele praticado pela Administração Pública. Pelo objetivo entende-se ser ato administrativo aquele praticado no desempenho das funções administrativas.

O critério subjetivo sofre duras críticas, pois exclui do conceito atos praticados pelo Legislativo e Judiciário que estão sujeitos ao mesmo regime jurídico que os atos praticados pelo Executivo, como por exemplo a concessão de férias de um servidor de um Tribunal de Justiça. Ademais, inclui no conceito alguns atos praticados pela Administração Pública que certos autores não consideram como atos administrativos, mas meros atos da Administração. Por essas razões, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que o critério objetivo é o que preferem os doutrinadores atuais.⁹

No entanto, a mesma autora também rejeita o critério objetivo quando aplicado puramente, uma vez que também se incluiria no conceito atos da Administração sujeitos a regime jurídico diverso, mas em exercício da função administrativa, tal como ocorre com os atos de direito privado (simples locação, por exemplo). Ante a insuficiência do conceito, sustenta que devem ser trazidos outros elementos para complementá-lo.¹⁰

Para Hely Lopes MEIRELLES, partindo do conceito de ato jurídico da teoria geral do direito, do qual aponta ser o ato administrativo espécie, o

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direito, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.¹¹

O autor faz a ressalva, no entanto, de que os órgãos executivos e legislativos também podem praticar atos administrativos, classificando-se a rigor sua concepção como mista (objetiva e subjetiva).

⁸ Justamente por não existir lei fixando o conceito de ato administrativo, cada autor acaba o definindo de uma forma.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 193-194.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 194.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 126.

Seguem também esse posicionamento, em termos muito similares, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO e Odete MEDAUAR, esta se diferenciando por retirar de sua definição os vocábulos *unilateral* e *imediato*,¹² enquanto aquele retira apenas o termo *imediato*.¹³ Referida diferença nos conceitos propostos por Odete Medauar e Diogo de Figueiredo Moreira Neto é sutil, mas merece ser ressaltada, já que de extrema relevância, como será demonstrado mais a frente.

Regis Fernandes de OLIVEIRA, por sua vez, mais preso ao critério objetivo, em seu conceito frisa a questão da unilateralidade, do exercício da função administrativa e dos efeitos gerados serem necessariamente individuais e imediatos.¹⁴

A necessidade dos efeitos serem imediatos também está presente no conceito de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, diferenciando-se por enunciar que o ato para ser administrativo deve responder ao regime de direito público.¹⁵ A autora faz essa ressalva, pois, como já exposto supra, acredita que há atos produzidos pela Administração Pública aos quais não se aplica o regime jurídico de direito público.

Ricardo Marcondes MARTINS, por sua vez, rebate esta idéia. Para o autor, em razão do dever que o Estado tem de visar sempre ao interesse público, sua situação jurídica é também sempre regida pelo direito público, ainda que algumas normas de direito privada sejam aplicáveis. Cumpre frisar, contudo, que a aplicação de normas de direito privado não desconfigura o regime jurídico de direito público, posto que o que fixa o regime são os princípios norteadores da relação jurídica.¹⁶

Sendo assim, presente o Estado, qualquer que seja a relação jurídica, esta seria regida pelo regime jurídico de direito público, sendo aplicável, portanto, um leque de princípios típicos deste regime diferenciado, que não se aplica ao regime jurídico comum, de direito privado, do qual se sobressai justamente o princípio da supremacia do interesse público. Conclui-se então, de forma inclusiva, que “todo ato jurídico editado pela Administração é um ato administrativo”.¹⁷

Há, por outro lado, teorizações que buscam excluir alguns fenômenos da definição de ato administrativo.

¹² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 135.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 132.

¹⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*, p. 57.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 196.

¹⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*, p. 112-114.

¹⁷ Idem, p. 114.

Como visto, em algumas propostas de conceito faz-se questão de frisar que a manifestação do Estado é unilateral, sendo que em outras faz-se questão de frisar que os efeitos devem ser imediatos (ou, em outros termos, que deve haver concretude).¹⁸ Isso para excluir do conceito de ato administrativo, os contratos administrativos e os regulamentos, respectivamente.

Referido posicionamento, contudo, como se pôde perceber pelo posicionamento de Ricardo Marcondes Martins explicitado acima, não é unânime na doutrina.

Há aqueles, ainda, que apesar de trazerem conceitos amplos de ato administrativo, subdividem este conceito maior em espécies. O ato administrativo em sentido amplo seria o gênero, enquanto que o ato administrativo em sentido estrito, o contrato administrativo (ato administrativo bilateral) e os regulamentos (atos administrativos abstratos) seriam as espécies. Nesse rol inclui-se, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de MELLO.¹⁹

Conjugar as teorizações de Ricardo Marcondes Martins e Celso Antônio Bandeira de Mello parece ser o melhor posicionamento, sem olvidar-se de que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário podem também editar atos administrativos, no exercício de função administrativa. Isto porque, conforme já enunciado acima, o que importa para definir se se está diante de ato administrativo é o regime jurídico aplicável ao ato. E se a todas as três categorias é aplicado o regime jurídico-administrativo, de direito público, não há razão para não os considerar ato administrativo, ainda que em sentido amplo, reconhecendo-se as particularidades de cada um.

Da mesma forma, até por força do Estado de Direito em que se vive, não há razão para excluir da definição de ato administrativo o que a jurisprudência do Conselho de Estado Francês convencionou chamar de *ato político*, aplicando-lhe um regime jurídico a parte, desprovido de formas de controle. Em verdade, como enuncia Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, “entre nós, não há ato político”,²⁰ sendo nada mais que um ato administrativo ordinário, sujeito às mesmas regras e princípios que os demais.

¹⁸ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do Ato Administrativo*, p. 8-9.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 385-386.

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Obra citada*, p. 132.

Até mesmo o próprio Conselho de Estado Francês, que vinha admitindo essa categoria desde sua criação no período pós-revolucionário, já em 1875, rechaçou a teoria do ato político no caso do príncipe Napoleão, vindo a confirmar este posicionamento por diversas vezes anos mais tarde.²¹ Tal posicionamento está, inclusive, externalizado na 8ª regra da teoria dos motivos determinantes, enunciada por Gaston JÈZE, senão veja-se: “8ª regla. Los agentes públicos no pueden sustraerse al control jurisdiccional, sosteniendo que los motivos determinantes son de orden político”.²²

Faz-se mister, no entanto, excluir do conceito de ato administrativo os atos materiais, de simples execução, pois neles não há qualquer declaração de vontade, não há pronunciamento, não há norma jurídica. Como versa Celso Antônio Bandeira de MELLO, eles não são sequer atos jurídicos.²³ São, em verdade, fatos jurídicos, que não se confundem com a edição de atos administrativos, com o próprio administrar, mas que também não deixam de ser relevantes para o direito.

Ricardo Marcondes MARTINS traz, em nota de rodapé, elucidativa exemplificação acerca do assunto:

Se o Poder Legislativo edita uma lei impondo às pessoas o dever de varrer suas calçadas, o ato das pessoas de varrer as calçadas é o cumprimento da norma, nada tem a ver com o exercício da função legislativa. Nem por isso é irrelevante para o Direito: se não varrerem as calçadas, podem ficar sujeitas a uma multa. Da mesma forma, se a Administração edita um ato administrativo determinado a interdição do estabelecimento, o ato de interdição é o cumprimento da norma, nada tem a ver com a função administrativa; nem por isso, da mesma forma, é irrelevante: se o agente sanitário, por exemplo, não interdita o estabelecimento, ficará sujeito às sanções disciplinares cabíveis.²⁴

Logo, tais atos apenas executam o que já foi decidido em decisões anteriores, contidas em atos ou contratos administrativos, muito embora o ato administrativo e o ato material (fato jurídico) possam ser praticados quase que ao mesmo tempo e pelo mesmo agente, como “o ato do agente policial que determina a dissolução de reunião realizada em local impróprio”.²⁵

²¹ JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo. Tomo III – El Funcionamiento de Los Servicios Públicos*, p. 274-275.

²² Idem, *ibidem*.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 384.

²⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Obra citada*, p. 62.

²⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. *Notas sobre o Conceito de Ato Administrativo*. In: *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, p. 279.

Marçal JUSTEN FILHO, contudo, não coaduna com a exclusão dos chamados atos materiais, de pura execução, do conceito de ato administrativo. Para este autor “(...) todos os atos que correspondam ao modelo normativo e envolvam o desenvolvimento de função administrativa são administrativos. Por isso, mesmo os atos de pura execução estão abrangidos na categoria”.²⁶

Por fim, alguns elementos “complementares” ao conceito clássico de ato administrativo, baseado ou no critério subjetivo ou no critério objetivo, merecem nota, mais especificamente dois deles. O primeiro é o trazido, não apenas, por Lúcia Valle FIGUEIREDO e seria a possibilidade do ato administrativo ser revisto pelo Poder Judiciário, salientando que o provimento administrativo não é definitivo.²⁷ Já o segundo, presente na obra de Odete MEDAUAR, é a sujeição à lei, a necessária observância da legalidade.²⁸ Referidos elementos são importantes, já que reforçam a idéia do Estado Democrático de Direito atualmente constituído (artigo 1º, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Porém, como elementos do conceito de ato administrativo, não são indispensáveis.

Diz-se isso porque, em decorrência do regime jurídico administrativo, e, por conseguinte, do princípio da legalidade (artigo 37, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), verifica-se que toda e qualquer atuação da Administração Pública deverá sempre ser em observância da Lei, não servindo, pois, como elemento diferenciador do ato administrativo em relação a outras realidades. O mesmo se pode dizer da possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário, uma vez que por força do que dispõe o artigo 5º, inciso XXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

1.2 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Assim como nas ciências biológicas, na ciência jurídica uma análise minuciosa do objeto de estudo mostra-se indispensável para entendê-lo em sua

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 326.

²⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p. 163.

²⁸ MEDAUAR, Odete. *Obra citada*, p. 135.

completude. E dissecando o ato administrativo chega-se justamente aos elementos que o compõem. Tal exercício é de extrema relevância prática, pois é a partir da verificação dos elementos, dos aspectos do ato administrativo que se poderá identificar seus vícios. A “anatomia” do ato administrativo, pois, mostra-se essencial para entender-se satisfatoriamente a “patologia” do ato.²⁹ Não se trata, contudo, de tarefa fácil. Diz-se isso porque neste tópico a divergência inicia-se pela nomenclatura a ser utilizada. Uns preferem o termo elementos; outros preferem o termo requisitos,³⁰ havendo ainda aqueles que preferem o termo aspectos.³¹

A nomenclatura elementos, embora seja a mais utilizada, muitas vezes é preterida em razão de existirem requisitos do ato administrativo que são externos a ele, não podendo, pois, configurar elementos do mesmo, já que se referem a uma realidade externa ao ato administrativo. Por esse motivo, Celso Antônio Bandeira de MELLO fala ainda em pressupostos do ato administrativo, de existência e também de validade.³² Não se entrará no mérito desta discussão. Os termos serão tratados como sinônimos, uma vez que a diferença na nomenclatura a ser utilizada não trará conseqüências práticas para o presente estudo. O vocábulo elementos, no entanto, será mais utilizado, posto que já consagrado pelo uso.

Superado esse problema terminológico, passar-se-á à análise dos elementos do ato administrativo, propriamente ditos. Na enumeração dos elementos do ato administrativo também há divergências. Em geral, cada autor traz a sua lista, diferenciando-a, ainda que em pouca medida, das demais. Contudo, é possível identificar duas correntes majoritárias que acabaram por se fixar no cenário nacional, e que serão, por conseguinte, analisadas.

A Lei nº 4.717 de 1965, conhecida como Lei da Ação Popular, traz um importante ponto de partida para a enumeração dos elementos do ato administrativo. Indiretamente, o diploma legal em seu artigo 2º, ao tratar dos atos nulos, acaba por indicar quais seriam os cinco elementos do ato administrativo. Seriam eles competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Este rol quántuplo é utilizado por diversos autores, ainda que algumas vezes com pequenas distinções de nomenclatura ou então com o acréscimo de algum outro elemento. Hely Lopes

²⁹ PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*, p. 106.

³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*, p. 251; e MEIRELLES, Hely Lopes. *Obra citada*, p. 127.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Obra citada*, p. 333-334.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 392.

MEIRELLES, por exemplo, o utiliza integralmente.³³ Já Maria Sylvia Zanella DI PIETRO prefere empregar o termo sujeito ao invés do termo competência, pois expõe que competência é apenas um dos atributos que o sujeito deve ter, assim como também deve ser capaz.³⁴

A mesma autora traz duas concepções de forma, uma restrita e outra ampla. Pela restrita considera-se como forma apenas a exteriorização do ato. Já a concepção ampla contempla não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades exigidas durante o procedimento administrativo que culmina na confecção do ato, concluindo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO ser esta última mais adequada, pois tanto o vício no procedimento administrativo quanto na forma de exteriorização tornam o ato ilícito.³⁵

Há ainda os que preferem chamar de conteúdo o que a lei denomina objeto, como o faz Marçal JUSTEN FILHO,³⁶ muito embora ressalte Odete MEDAUAR que, em geral, ambas as expressões são vistas como sinônimos.³⁷ Em sentido contrário, verifica-se que alguns autores vêem o conteúdo e o objeto como elementos distintos, mas ambos participantes da realidade do ato administrativo. É o entendimento de Régis Fernandes de OLIVEIRA³⁸ e também de, como será explicitado mais adiante, Celso Antônio Bandeira de MELLO,³⁹ ambos aqui classificados como pertencentes à outra corrente e ambos também seguidores dos ensinamentos de Guido ZANOBINI. De acordo com este mestre, em tradução livre, “O objeto do ato administrativo é a coisa, a atividade, a relação, da qual esse se ocupa e pela qual dispõe, judica, atesta o que resulta do seu conteúdo.”⁴⁰ Por sua vez, também em tradução livre, “O conteúdo do ato administrativo consiste naquilo que com isso [o próprio ato administrativo] a autoridade pretende dispor, ordenar, permitir, atestar, certificar.”⁴¹

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 127.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 202.

³⁵ Idem, p. 207-208.

³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 334.

³⁷ MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 137.

³⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Obra citada, p. 65-66.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 394.

⁴⁰ ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*, p. 199. “L’oggetto dell’atto amministrativo è la cosa, l’attività, il rapporto, di cui esso si occupa e per cui dispone, giudica, atesta quanto risulta dal suo contenuto.”

⁴¹ Idem, p. 202. “Il contenuto dell’atto amministrativo consiste in ciò che con esso l’autorità intende disporre, ordinare, permettere, attestare, certificare.”

A partir de um exemplo, clareia-se a questão. Considerando-se um tombamento, por exemplo, tem-se que o tombamento em si seria o conteúdo do ato enquanto que o objeto seria o bem que está sendo tombado; o conteúdo, assim, não se confundiria com o objeto, posto que aquele na verdade recai sobre este.

Por fim, nesta corrente, há autores que tratam do elemento causa. Contudo, em geral, pelo menos em relação a corrente a que se descreve, este elemento é visto como sinônimo de motivo.⁴²

Cabe, então, conceituar, sinteticamente, os cinco elementos que marcam o modelo pregado por esta corrente, considerando as conceituações que mais se repetem entre os doutrinadores. Sujeito do ato administrativo seria o agente competente que pode produzir o ato.⁴³ Forma seria a exteriorização do ato.⁴⁴ Conteúdo ou objeto seria o efeito prático buscado com a edição do ato.⁴⁵ Motivo seria o pressuposto de fato ou de direito que servem de base para o ato administrativo.⁴⁶ E finalidade seria o resultado que se pretende atender através do ato.⁴⁷

Em contrapartida, há na doutrina pátria uma outra corrente, encabeçada por Celso Antônio Bandeira de MELLO, e seguida por outros, com pequenas mudanças, que diverge substancialmente do modelo indicado pela Lei da Ação Popular. Passar-se-á a analisá-la em suas vicissitudes, buscando compará-la, quando possível, com a corrente primeiramente apresentada. Para o referido doutrinador, elementos são apenas dois, o conteúdo e a forma, uma vez que apenas estes dois são realidades intrínsecas ao ato administrativo. Os outros não seriam elementos, mas sim pressupostos, uns que condicionam a existência do ato e outros que condicionam a validade do ato. Os pressupostos de existência seriam o objeto e a pertinência do ato ao exercício da função administrativa, enquanto que os de validade seriam: o sujeito, o motivo e os requisitos procedimentais, a finalidade, a causa e a formalização.⁴⁸

Ricardo Marcondes MARTINS, em dissertação de mestrado orientada por Celso Antônio Bandeira de Mello, acrescenta aos pressupostos de existência já

⁴² Por todos: CRETELLA JÚNIOR, José. Obra citada, p. 268-270.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 203.

⁴⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 135.

⁴⁵ MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 137.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 210.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 334.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 392.

trazidos por seu orientador mais dois, quais sejam, o mínimo de recognoscibilidade social e a não-concretização de injustiça intolerável.⁴⁹

Iniciar-se-á a análise desta teorização pelos elementos, realidades, segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, verdadeiramente intrínsecas ao ato administrativo, que seriam o conteúdo e a forma. A forma, elemento do ato administrativo, seria, assim como no modelo trazido pela Lei da Ação Popular, o meio de exteriorização do ato.⁵⁰ Trata-se de elemento do ato administrativo, pois além de condicionar a existência do ato administrativo – todo ato precisa de uma forma externa para ser reconhecido pelos administrados e pela própria Administração – também faz parte da realidade intrínseca do ato.

Celso Antônio Bandeira de MELLO, contudo, ainda faz um refinamento se comparado com o outro modelo de divisão da estrutura do ato administrativo aqui analisado: aponta que a formalização, classificada por ele como pressuposto de validade, seria, por sua vez, a maneira específica pela qual determinado ato deveria ser exteriorizado.⁵¹ Em outras palavras, a forma (qualquer uma delas) seria elemento do ato, pois sem algum modo de exteriorização o ato administrativo sequer existe. No entanto, se a lei determinar, por exemplo, que determinado ato deverá ser exteriorizado por portaria (formalização) e este o é exteriorizado por meio de circular, este ato não pode ser tido como inexistente. Em verdade, o ato existe. O que há é um vício de formalização, que pode acabar, no máximo, comprometendo a validade deste ato, mas nunca sua existência; daí a classificação da chamada formalização como pressuposto de validade.

Ainda girando em torno do elemento forma, verifica-se que Celso Antônio Bandeira de MELLO também reconhece, em certa medida, a diferenciação trazida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, já citada neste estudo, em forma em sentido estrito e forma em sentido amplo, ainda que com outras denominações e outros “endereços” na estrutura do ato administrativo.

A forma, reconhecida como elemento do ato administrativo por Celso Antônio Bandeira de Mello, em nada difere da forma em sentido estrito assim classificada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro: ambos seriam elementos que dizem respeito à exteriorização do ato administrativo.

⁴⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 125.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 394.

⁵¹ Idem, p. 411.

Por outro lado, a forma em sentido amplo, nos termos em que trata Maria Sylvia Zanella Di Pietro, dita por ela como elemento do ato administrativo, corresponde ao que Celso Antônio Bandeira de MELLO chama de requisitos procedimentais, estes pressupostos de validade do ato administrativo. Nas palavras deste último autor, “são os atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato.”⁵² É o caso da demissão de um funcionário público estável, que deve ser precedida de processo administrativo, este compreendendo uma série de atos administrativos, em que lhe seja assegurada ampla defesa (artigo 41, parágrafo 1º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Vale a pena ressaltar, no entanto, que há atos que não tem qualquer requisito procedimental. É o que a doutrina chama de atos solitários, que são atos que não exigem para sua validade a prática de nenhum outro ato anterior. Tais atos não são muito comuns, mas um exemplo corriqueiro deles é a ordem de um policial de trânsito para que o carro pare.⁵³

O outro elemento do ato administrativo seria o conteúdo. Como já exposto acima, o conteúdo (elemento) guardaria uma relação íntima com o objeto (pressuposto de existência), não se confundindo, contudo, com ele. Valem aqui os ensinamentos trazidos por Guido Zanobini, também já colacionados acima, seguidos por Celso Antônio Bandeira de MELLO. O autor acaba por conceituar conteúdo como o que o ato enuncia, sendo, em verdade, o próprio ato, isto é, sua essência.⁵⁴ Por isso mesmo trata-se de elemento, uma vez que sem ele o ato sequer existiria. Por sua vez, o objeto seria, em suma, aquilo sobre o que o ato dispõe. Não seria elemento do ato porque não integra sua realidade intrínseca, não o compõe. No entanto, ainda assim condiciona sua existência, posto que um conteúdo, isto é, a essência do ato, que recai sobre um objeto inexistente (materialmente ou juridicamente impossível) também assim o é. Pode existir no plano material ou ainda ser considerado um fato, mas não poderá ser considerado ato jurídico, tampouco, por conseguinte, ato administrativo.⁵⁵ Por essas razões é considerado apenas como pressuposto de existência do ato administrativo, mas não elemento, conclusão esta atribuída à Weida ZANCANER.⁵⁶

⁵² Idem, p. 404.

⁵³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 149.

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 393.

⁵⁵ Idem, p. 395.

⁵⁶ ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, p. 36-37.

Ricardo Marcondes MARTINS, enriquecendo a teoria elaborada por Celso Antônio Bandeira de Mello, acrescenta a ela um pressuposto de validade intimamente ligado com o conteúdo, que é o que ele chama de contentorização. Este pressuposto de validade estaria ligado à regularidade do conteúdo, ao conteúdo específico que o ato administrativo deveria ter para estar em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, enfim, para ser regular.⁵⁷

Trata-se da situação paralela ao que acontece com o elemento forma e o pressuposto de validade da formalização. Tendo o ato administrativo qualquer conteúdo (elemento) ele existirá, mas nem por isso será regular, sem vícios. Para tanto, o ato administrativo precisa estar em conformidade com os princípios e regras vigentes no ordenamento jurídico em que está inserido, ou seja, a contentorização precisa ser observada.

O outro pressuposto de existência elencado por Celso Antônio Bandeira de MELLO é a chamada pertinência à função administrativa. O ato para existir teria que ser imputável ao Estado, enquanto no exercício da função administrativa. Exclui-se, portanto, os casos em que se está em exercício das funções legislativa ou judiciária. Inclui-se, porém, os casos em que, apesar do ato não ser praticado por agente estatal, imputa-se esse ato ao Estado, como ocorre nas concessões de serviço público.⁵⁸

Esmiuçando esse pressuposto de existência, Ricardo Marcondes MARTINS traz importante colaboração para sua compreensão. O jurista aponta que o a investidura daquele que edita o ato administrativo não precisa ser necessariamente regular, basta que a sociedade veja aquele agente como alguém ligado à administração e que seja plausível que a sociedade o veja dessa forma. Havendo essa forte aparência de ligação do editor à administração, já se encontra este pressuposto de existência, explicando-se, assim, a existência dos atos administrativos praticados pelos conhecidos como agentes de fato.⁵⁹

Finalizando o panorama dos pressupostos de existência, cumpre fazer menção a dois pressupostos de existência trazidos por Ricardo Marcondes MARTINS que não estão presentes na estrutura de Celso Antônio Bandeira de Mello. Para aquele autor fazem-se presentes também como pressupostos de

⁵⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 206-207.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 396.

⁵⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 130.

existência o mínimo de recognoscibilidade social e a não-concretização de injustiça intolerável. O primeiro é defendido por Ricardo Marcondes MARTINS com a alegação de que se o ato não é tido como norma jurídica por ninguém, ele não chegaria nem a se tornar norma jurídica. O ato, assim, deveria ter um mínimo de eficácia para existir.⁶⁰ Já o segundo pressuposto trataria dos casos em que, mesmo havendo recognoscibilidade do ato administrativo pela sociedade, como norma jurídica, existiria uma violação ao núcleo essencial dos direitos humanos, de forma evidente. Exemplo explícito dessa situação, mas não único, seriam os atentados cometidos na Alemanha nazista.⁶¹ Para este autor, atos administrativos que se enquadram nessa moldura sequer existiriam, em razão justamente da falta do pressuposto de existência em comento.

Alguns dos pressupostos de validade do ato administrativo acabaram por ser analisados ao longo da exposição dos pressupostos de existência ou dos elementos. Passar-se-á agora ao estudo daqueles que ainda não foram analisados: o sujeito, o motivo, a finalidade e a causa. O sujeito e a finalidade, neste modelo estrutural de ato administrativo inaugurado por Celso Antônio Bandeira de MELLO, seguem basicamente os mesmos moldes que o modelo que aqui se convencionou chamar de modelo da Lei da Ação Popular, razão pela qual se remete às definições já trazidas acima. Talvez a única diferença significativa seja justamente na classificação, no lócus que ocupam na estrutura do ato administrativo. Antes tidos como elementos, esse dois conceitos passam a integrar o grupo dos chamados pressupostos de validade.

No tocante à finalidade, porém, Lúcia Valle FIGUEIREDO, que pode ser classificada como pertencente a esta corrente ora analisada, divide este pressuposto em finalidade imediata e mediata. A finalidade imediata, conhecida também pelo termo fim, é o objetivo visado pela Administração. Por sua vez, a finalidade mediata é a adequação do ato administrativo praticado com o interesse público.⁶²

Com a construção de uma escola num bairro A, por exemplo, onde antes não havia escola, a Administração Municipal busca desafogar a escola do bairro vizinho B, na qual havia falta de vagas, e diminuir custos com transporte escolar, pois os estudantes do bairro A não terão que se deslocar até o bairro B. Essa é a chamada

⁶⁰ Idem, p. 131.

⁶¹ Idem, p. 133.

⁶² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Obra citada, p. 186-187.

finalidade imediata. Já a finalidade mediata seria justamente o interesse público, neste caso em alfabetizar as crianças do país.

Passando ao estudo do motivo, a princípio, parece haver uma diferença cabal neste ponto entre os dois modelos estruturais do ato administrativo aqui esmiuçados, na medida em que Celso Antônio Bandeira de MELLO conceitua motivo apenas como o pressuposto fático que embasa o ato administrativo,⁶³ enquanto que no outro modelo reconhece-se como motivo não só o pressuposto fático, mas também o pressuposto de direito.

Referida diferença, no entanto, é só aparente, posto que posteriormente o mestre paulista reconhece a existência do que ele chama de motivo legal (uma previsão abstrata de uma situação fática),⁶⁴ categoria esta que corresponde precisamente ao pressuposto de direito que faz parte do motivo no modelo da Ação Popular.

Faz-se mister ainda tratar do pressuposto de validade intitulado de causa, realidade esta que não guarda correspondência com nenhum dos elementos indicados pelo modelo da Lei da Ação Popular ou pelos seguidores deste modelo. Quando muito a causa é tratada como sinônimo de motivo, como já exposto acima, compreensão bem distinta da que têm os seguidores da segunda corrente.

Causa seria algo diferente de motivo, muito embora guarde uma relação íntima com ele, já que pode ser conceituada como “a correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica do ato”.⁶⁵ A causa é pressuposto de validade importante sobretudo para o controle dos atos praticados em razão do exercício de competência discricionária. Já quando há competência vinculada este pressuposto não se mostra tão útil, uma vez que a correlação lógica entre motivo e conteúdo já está previamente estabelecida pela própria lei.⁶⁶ Resumindo-se o que se entende por causa, verifica-se que deve haver razoabilidade e proporcionalidade no conteúdo do ato administrativo quando comparado aos pressupostos que serviram de base para a sua confecção. Nesse ponto é possível fazer uma conexão com o postulado da proporcionalidade trazido pelos constitucionalistas, tão difundido atualmente. Trata-se de um exame trifásico

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 397.

⁶⁴ *Idem*, p. 398.

⁶⁵ *Idem*, p. 408.

⁶⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Obra citada*, p. 69.

que deve ser feito para verificar a constitucionalidade das leis, podendo também ser aplicado à validade dos atos administrativos. Esse exame, pautado na máxima da proporcionalidade (em sentido amplo), subdivide-se em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁶⁷

Abre-se aqui um parêntesis em relação à causa em si, para conceituar, de forma incisiva, as demais subdivisões do postulado da proporcionalidade, pois tais conceitos serão úteis mais adiante. A adequação será analisada mais detidamente logo a seguir, cumprindo aqui definir apenas que o exame da necessidade consiste em analisar-se se não há outra medida que atinja o fim, mas que seja menos gravosa; e que o exame da proporcionalidade em sentido estrito consiste em examinar se é razoável a prática de determinada medida, que protege um certo direito, mesmo tendo consciência que ela irá afetar de forma reflexa outro direito, restringindo-o.⁶⁸

Para Ricardo Marcondes MARTINS a adequação dos constitucionalistas nada mais seria que a causa dos administrativistas, podendo ser aproveitadas algumas das conceituações trazidas pelos estudiosos dessa outra área do direito (mas afim ao direito administrativo), com o intuito de auxiliar a compreensão deste pressuposto de validade e dos vícios que lhe podem afligir.⁶⁹

Dessa forma, a teor do que é tido por adequação na seara constitucionalista, a análise da causa consistiria em se verificar se a medida é apta, ou seja, adequada, a concretizar o fim visado, ou ao menos a fomenta-lo. Em outras palavras, como ensina Suzana de Toledo BARROS, para haver adequação a medida “deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida”.⁷⁰

Por fim, é preciso conceituar o que se entende por motivação, realidade que não se trata nem de um elemento autônomo (para a corrente da Lei da Ação Popular), nem de pressuposto de validade autônomo (para a corrente encabeçada por Celso Antônio Bandeira de MELLO), mas que possui extrema importância como forma de controle do ato administrativo⁷¹ e, conseqüentemente, na defesa das garantias e interesses dos administrados.

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 111-112.

⁶⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*, p. 76-81.

⁶⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 230.

⁷⁰ BARROS, Suzana de Toledo. Obra citada, p. 74.

⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 136.

A doutrina pátria em geral, sobretudo os seguidores da corrente que aqui se convencionou chamar de corrente da Lei da Ação Popular, costumam conceituar a motivação como a exposição dos motivos que precederam o ato, sem, contudo, dar-lhe conotação de elemento autônomo, sendo usualmente examinado no âmbito da análise do elemento motivo.⁷²

Exceção, dentro da corrente referida, é Odete MEDAUAR, que ao tratar dos vícios do ato administrativo aloca aqueles referentes à motivação junto aos vícios de forma,⁷³ aproximando-se, pois, daqueles que não seguem, em sua plenitude, o regime estrutural do ato administrativo contemplado pela Lei da Ação Popular. Isso porque essa outra parcela da doutrina, contudo, aloca a motivação como integrante da formalização, pressuposto de validade que engloba certos requisitos formalísticos, dentre eles justamente a motivação.⁷⁴ No entanto, a diferença não se resume apenas à classificação. É importante, ainda, ressaltar que, até por força da concepção que estes pensadores têm da estrutura do ato administrativo, o conceito de motivação acaba sendo alargado se comparado com o conceito exposto acima, vinculado à corrente da Lei da Ação Popular. A motivação passa a ser não só a exposição dos motivos (fáticos e legais), mas também da “relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado”.⁷⁵ Ou seja, a partir desta concepção, a motivação contemplaria também a exposição do pressuposto de validade intitulado de causa.

1.3 VÍCIOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Os atos administrativos nem sempre são confeccionados segundo os ditames legais. Quando isso ocorre há o surgimento de um ato administrativo viciado. Diversos são os vícios que podem ser encontrados no ato administrativo. E cada vício específico desencadeia conseqüências diferentes no tratamento jurídico do ato, razão pela qual a identificação minuciosa do vício que o atinge mostra-se de grande

⁷² Por todos: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 210.

⁷³ MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 152.

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 400.

⁷⁵ Idem, *ibidem*.

importância, justificando, pois, seu estudo. Naturalmente, os vícios afetam especificamente os elementos ou pressupostos de validade do ato administrativo.⁷⁶ Desse modo, a visão que se tem da estrutura do ato administrativo acaba por condicionar a visão que se tem dos vícios que o afetam.

Assim, verifica-se que, embasada no modelo estrutural consagrado pela Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717 de 1965), mas especificamente no parágrafo único do artigo 2º, boa parte da doutrina brasileira classifica os vícios - também chamados de defeitos - do ato administrativo em vícios (defeitos) de competência, de forma, de objeto (conteúdo), de motivo e de finalidade.⁷⁷

No que tange à competência, em geral são apontadas duas situações nas quais há o surgimento de vício: ou o agente não possui qualquer atribuição legal para atuar em nome da Administração ou o agente extrapola as atribuições que possui (excesso de poder).⁷⁸

No primeiro caso, contudo, há que ser feita uma distinção entre o que a doutrina denomina de usurpação de função e o que é chamado de função de fato. Isso porque, apesar de em ambos os casos o sujeito não ter competência legal alguma, segundo alguns autores, o tratamento jurídico dispensado a eles é diferente.

A usurpação de função ocorre quando a pessoa se apossa arbitrariamente da função pública, constituindo referida conduta inclusive crime, tipificada no artigo 328 do Código Penal. Já a função de fato ocorre quando a pessoa está investida no cargo de forma irregular, mas há forte aparência de legalidade, como no caso do servidor público que já atingiu a idade para aposentadoria compulsória. Ao contrário do que geralmente se defende na usurpação de função, os atos emanados do servidor de fato são tidos como válidos, não só em razão da aparência de legalidade, mas também para proteger os administrados de boa-fé.⁷⁹ Em suma, conforme ensina Angela Cassia COSTALDELLO, “O fundamento para aceitar como válidos os atos praticados pelo funcionário de fato está na necessidade de preservar a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais. A certeza do Direito é um

⁷⁶ Muito embora o ato como um todo seja considerado defeituoso.

⁷⁷ Dentre eles: JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 368-369.; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 191.

⁷⁸ MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 152.

⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Obra citada, p. 239-240.

valor buscado e aspirado pelas sociedades e perpassa através dos tempos como dado fundamental para a paz”.⁸⁰

Controvérsia há quando se trata de saber se a incapacidade do agente público constitui vício. Dos autores consultados, poucos tratam do assunto, mas os que tratam chegam a conclusões diametralmente opostas.

Para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO tanto a incapacidade civil do agente público, quanto os vícios de vontade em relação a ele, não atingem a validade do ato administrativo, em razão do agente atuar pelo Estado, isto é, em nome deste, sendo não só a autoria como a vontade, ambas imputáveis ao ente estatal e não ao agente administrativo.⁸¹ Já o posicionamento de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO é de que a incapacidade civil do agente e os vícios de vontade constituem sim vícios em relação ao ato administrativo, acrescentado ainda que também há vício nos casos de impedimento e suspeição do sujeito que atua em processo administrativo, por força do que prevê a Lei nº 9.784 de 1999 (Lei do Processo Administrativo Federal).⁸²

Indo em frente, o vício de forma “consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato” (artigo 2º, parágrafo único, alínea “b”, da Lei nº 4.717 de 1965).

Neste ponto a doutrina diferencia os casos em que há forma prevista em lei e os casos em que não há forma prevista em lei. Quando há a previsão legal a forma específica deve ser observada, por outro lado “se o sistema não fixa, numa regra abstrata, uma forma específica para o ato, bastará a exteriorização.”⁸³

A consequência jurídica do vício de forma, por sua vez, variará conforme a essencialidade ou não da formalidade inobservada,⁸⁴ como será visto mais adiante. Celso Antônio Bandeira de MELLO também defende essa tese, ao sustentar que a consequência jurídica do vício de forma variará conforme as garantias dos administrados tenham sido afetadas, muito embora, como já visto, chama os vícios

⁸⁰ COSTALDELLO, Angela Cassia. *A invalidade dos atos administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*, p. 122.

⁸¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 192.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 240.

⁸³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 254.

⁸⁴ MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 152.

em relação ao modo específico de exteriorização do ato administrativo de vícios de formalização.⁸⁵

É na seara dos vícios de forma que se encontram também os vícios de motivação, havendo grande discussão na doutrina acerca da obrigatoriedade da motivação dos atos administrativos. Posição pacífica é a de que se a lei exige a motivação do ato e esta exigência não é cumprida, então há vício.⁸⁶ Dando aplicação extensiva aos dispositivos do Código de Processo Civil, há aqueles que consideram que apenas os atos decisórios necessitam de motivação, sendo esta dispensável nos atos de mero expediente.⁸⁷

Por derradeiro, há ainda aqueles que diferenciam a obrigatoriedade de motivação a depender se o ato é discricionário ou vinculado. Celso Antônio Bandeira de MELLO defende a motivação obrigatória apenas em relação aos atos discricionários, bastando nos atos vinculados que tenha ocorrido o motivo.⁸⁸ Já Hely Lopes MEIRELLES sustenta que em relação aos atos discricionários a motivação seria dispensável, ao passo que nos atos vinculados acentuar-se-ia o dever de motivar, porque nesses casos o ato estaria estritamente condicionado pela lei, devendo o administrador demonstrar que observou os ditames legais.⁸⁹

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, por sua vez, acredita que a motivação é obrigatória tanto para os atos vinculados quanto para os atos discricionários, por ser instrumento que permite a verificação da legalidade do ato.⁹⁰ Mesmo os defensores deste último posicionamento, de que a motivação deve ser obrigatória sempre, admitem certos casos em que há a dispensa de motivação.

Ricardo Marcondes MARTINS, sistematizando os casos de inexigibilidade de motivação, chega a três hipóteses. Poderia, assim, o ato não ser motivado: i) quando a motivação do ato é inerente ao seu próprio conteúdo, por exemplo, na exoneração de servidor público a pedido; ii) quando o cumprimento do ato é imediato, ocorrendo praticamente simultaneamente à edição, por exemplo, na ordem de um guarda de trânsito para que um carro pare; iii) quando há um conflito de princípios e a ponderação afasta a exigência de motivação, por exemplo, quando a

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 411-413.

⁸⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, p. 152.

⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 372-373.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 402.

⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 175.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 211.

motivação atenta contra a segurança nacional ou causará pânico generalizado na população.⁹¹

Esse último entendimento, de que a motivação é obrigatória sempre, comportando algumas exceções, parece ser o mais acertado, pois com a motivação se permite um maior controle pelos administrados acerca da legalidade da atividade administrativa, sobretudo quando a competência é discricionária.

Verifica-se, no entanto, que, independentemente da concepção que se tenha acerca da obrigatoriedade da motivação do ato administrativo, os autores, em geral, aceitam a aplicação da teoria dos motivos determinantes, sistematizada por Gaston JÈZE, a partir da análise da jurisprudência do Conselho de Estado Francês. O referido autor, em seu estudo essencialmente jurisprudencial, elabora 11 regras que de um certo modo norteariam a atividade do administrador, a fim de que esta não fosse viciada. Embora todas as regras girem em torno dos motivos, cumpre ressaltar que referida teoria não trata apenas da motivação, mas é nesse ponto que, em geral, os autores brasileiros a utilizam, e no presente estudo proceder-se-á da mesma forma. Duas regras são essenciais para a compreensão da aplicação da teoria dos motivos determinantes à motivação, a primeira e a terceira. A primeira regra é clara, e traz a visão tradicional acerca da obrigatoriedade de motivação, enunciando que os agentes públicos só precisam motivar os atos quando a lei ou regulamento assim o estabelecer.⁹² Já a terceira regra dispõe que quando o agente expressa os motivos que o levaram à prática do ato, ainda que não estivesse obrigado a motivar, referidos motivos, a princípio, são vistos como determinantes.⁹³

Em outras palavras, tem-se que a Administração fica vinculada aos motivos explicitados, não podendo alterar a motivação posteriormente, indicando outros motivos, para, por exemplo, justificar sua conduta e escapar de uma alegação vício por não existirem os motivos indicados pela primeira vez.

Marçal JUSTEN FILHO, porém, relativiza esse postulado. Para o jurista, por mais que tenha havido simulação na indicação dos motivos, o importante é averiguar quais foram os efetivos e reais motivos que deram suporte à prática do ato

⁹¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 252-253.

⁹² JÈZE, Gaston. Obra citada, p. 232.

⁹³ Idem, p. 233.

administrativo. Se tais motivos forem válidos, isto é, se justificarem a prática do ato, não há que se falar em vício, uma vez que o interesse público seria atendido.⁹⁴

Ainda relacionado com a forma, podem haver vícios também em relação aos requisitos procedimentais. Trata-se, como aponta Ricardo Marcondes MARTINS, justamente de um vício formal, no qual se deixa de praticar um determinado ato jurídico que era requisito necessário para a prática de outro.⁹⁵

Passa-se, então, à análise dos vícios de conteúdo. Aqui, cumpre abrir um parêntesis, lembrando a distinção feita por alguns autores entre conteúdo e objeto. Isso porque o vício de objeto (sua impossibilidade material ou jurídica), até por ser condição de existência do ato, leva, para os que fazem referida diferenciação, à consequência jurídica diversa da dos vícios de conteúdo; o ato administrativo é tido como inexistente.⁹⁶

Para os seguidores do outro modelo estrutural, o mesmo ocorre quando não se encontram presentes os elementos (propriamente ditos) forma ou conteúdo, ou ainda quaisquer dos pressupostos de existência do ato administrativo. Nesses casos não há invalidade, mas inexistência de ato administrativo, até mesmo de ato jurídico; o que há é apenas um fato (natural ou jurídico).⁹⁷

Ainda necessário destacar que, segundo esta ótica, mesmo o conteúdo sendo um elemento do ato administrativo, cuja ausência implica na inexistência do ato, isso não significa que, existindo, não possa estar eivado de vícios. Podem, de fato, existir irregularidades em relação ao conteúdo específico que o ato deva ter; esses vícios são denominados por Ricardo Marcondes MARTINS como vícios de contentorização.⁹⁸

Fechado o parêntesis, volta-se a tratar dos vícios de conteúdo, vistos a partir de então como sinônimo de vícios de objeto ou ainda como vícios de contentorização. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO traz um rol extenso dos vícios de objeto, apontando que ele ocorre quando o objeto é “proibido pela lei; (...) diverso do previsto na lei para o caso sobre o qual incide; (...) impossível, porque os efeitos

⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 379-380.

⁹⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 152.

⁹⁶ ZANCANER, Weida. Obra citada, p. 36-37.

⁹⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 138.

⁹⁸ Idem, p. 206-207.

pretendidos são irrealizáveis, de fato ou de direito; (...) imoral; (...) incerto em relação aos destinatários, às coisas, ao tempo, ao lugar; (...).⁹⁹

A doutrina, porém, faz dois refinamentos em relação ao rol exposto acima. O primeiro é em relação ao vício de conteúdo quando ele é proibido por lei. Celso Antônio Bandeira de MELLO tem uma concepção ligeiramente diversa, mas de extrema relevância neste ponto. O mestre defende que não basta que o conteúdo não contrarie a lei (isto é, não seja proibido): para que não haja vício é preciso que o conteúdo do ato seja permitido por lei.¹⁰⁰ Isso porque por força do regime jurídico administrativo e dos princípios constitucionais acerca do tema, dentre eles especialmente o da legalidade, a Administração só pode fazer aquilo que a lei expressamente permita (em contraposição ao regime jurídico comum, no qual o particular pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe).¹⁰¹ O segundo é em relação à diferenciação entre os casos em que há discricionariedade ou vinculação do agente no que tange ao conteúdo (objeto). Quando há vinculação, por óbvio, haverá vício sempre que a Administração não reproduzir, em seu viés qualitativo, o conteúdo estritamente descrito na lei. Havendo alteração meramente quantitativa, duas situações podem ocorrer: se há a redução do objeto, não há que se falar em vício, basta a complementação, por outro ato, por exemplo; por sua vez, se há excesso do objeto então há vício na parcela excedente, e sendo impossível dissociá-la, todo o ato será afetado.¹⁰²

Um exemplo elucidada a questão. Suponha-se que uma lei municipal garanta aos servidores públicos daquele município 40 (quarenta) dias de férias, sem prejuízo de sua remuneração, após 1 (um) ano de efetivo exercício, bastando que seja feito requerimento para tanto. Feito o requerimento, após o efetivo exercício por 1 (um) ano, várias situações defeituosas em relação ao conteúdo podem ocorrer: a Administração concede 40 (quarenta) dias de afastamento ao servidor, sem remuneração (aqui há vício qualitativo de conteúdo); a Administração concede 30 (trinta) dias de férias ao servidor, sem prejuízo da remuneração (aqui há vício quantitativo de conteúdo, de redução); a Administração concede 60 (sessenta) dias

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 241.

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 394.

¹⁰¹ Idem, p. 105.

¹⁰² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 195.

de férias ao servidor, sem prejuízo da remuneração (já aqui também há vício quantitativo de conteúdo, mas de excesso).

Por outro lado, nos casos de discricionariedade a situação é distinta, e mais complexa. Isso porque discricionariedade não significa total liberdade para o administrador editar o ato que bem entender, não significa arbitrariedade. Trata-se, na verdade, de uma margem de liberdade concedida ao agente público, por lei, para que esse, analisando o caso concreto, aja da melhor forma à satisfação do interesse público, dentro dos limites da lei.¹⁰³

Com efeito, mesmos nos casos de competência discricionária, há o dever de o administrador adotar, segundo a finalidade da norma jurídica, a solução ideal para o caso concreto, só havendo, em verdade, discricionariedade, quando não for possível reconhecer, objetivamente, qual conduta cumpre de forma ótima referida finalidade no caso concreto examinado.¹⁰⁴ Sendo assim, poderá haver vício de conteúdo também quando existir discricionariedade, isso se o administrador extrapolar os limites legais impostos ou, como aponta Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, afastar-se do que se consideraria real e razoável.¹⁰⁵ Ou seja, aplica-se o já citado postulado da proporcionalidade, para ver se o meio (conteúdo) é inadequado, desnecessário, ou desproporcional em face do fim (finalidade) que deve concretizar, situações em que haveria vício.

Poder-se-ia sustentar que isso aniquilaria a discricionariedade do administrador. Tal argumento, porém, não se sustenta, como se demonstrará a partir de um singelo exemplo. Considere-se um município do interior de um país qualquer, com uma pequena área urbana e uma vasta área rural. Por motivos diversos, várias indústrias passam a se instalar ali, trazendo também novos moradores para a cidade. O volume de lixo passa então a aumentar, sendo necessário dar-lhe uma destinação, garantindo-se, assim, a saúde pública, razão pela qual a Administração Municipal decide construir um aterro sanitário (supõe-se ser ela competente para tanto). Ora, referida medida é adequada, pois de fato dá destinação ao lixo, promovendo um ambiente urbano saudável. É também necessária, pois não há outra medida viável que seja igualmente eficaz, porém menos gravosa. Por fim, a partir da situação concreta, conclui-se que é também

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 432-433.

¹⁰⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p. 42-43.

¹⁰⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Obra citada*, p. 195-196.

proporcional em sentido estrito (razoável), sem que o administrador “perca” sua discricionariedade: pode escolher, por exemplo, o local em que deverá o aterro sanitário ser instalado, desde que não seja no centro da cidade, em uma área de grande circulação de pessoas (pois, nesse caso, os prejuízos trazidos pela medida seriam maiores que os benefícios, mostrando-se a medida ser desarrazoada).

Em relação ao motivo do ato administrativo a doutrina pátria, em geral, identifica três espécies de vícios: a) inexistência de norma jurídica, no momento da edição do ato administrativo, que lhe dê suporte, seja por nunca ter existido, por ainda não estar vigendo, ou mesmo por ter sido retirada do sistema; b) inexistência de fato que conduziria à prática do ato; c) inadequação entre os motivos de fato e os de direito, não havendo consonância estrita entre a situação fática ocorrida e a hipótese normativa (inocorrência de subsunção).¹⁰⁶

No que tange à hipótese descrita na alínea “b” do parágrafo supra, Ricardo Marcondes MARTINS ressalta que em razão do princípio da presunção de legitimidade dos atos praticados pela Administração Pública, há também a presunção de existência dos fatos que deram suporte ao ato. Tal presunção é relativa, sendo apenas um meio indireto de prova, que pode ser afastado por outra prova (contraprova).¹⁰⁷ Resta saber de quem é o ônus dessa contraprova, tanto no processo administrativo quanto no judicial.¹⁰⁸

As três espécies de vício acima referidas aplicam-se tanto aos atos vinculados quanto aos atos discricionários. Há, porém, certas diferenças entre essas duas modalidades de ato administrativo, no que tange aos vícios de motivo, que merecem ser ressaltadas. Havendo vinculação, o administrador está adstrito ao motivo disposto em lei, motivo este que autoriza a edição de determinado ato. Praticar o ato administrativo, com base em qualquer outro motivo que não aquele previsto em lei, gera a ocorrência de vício de motivo.¹⁰⁹ Nos casos de discricionariedade, porém, há uma maior liberdade do administrador na escolha dos motivos que ensejam a confecção de um determinado ato administrativo, não estando referidos motivos pré-determinados na lei.

¹⁰⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Obra citada, p. 150-151.

¹⁰⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 206-207.

¹⁰⁸ Por esta questão fugir do objeto do presente estudo, remete-se à obra do autor pré-citado: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativos*, p. 223-227.

¹⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 195.

Como já exposto, isso não significa, porém, ausência de limites. Há que ser feito, também nos casos de discricionariedade, controle da atividade administrativa. Uma maneira de exercer este controle é a partir dos vícios de motivo específicos à edição discricionária dos atos administrativos. Marçal JUSTEN FILHO traz interessante colaboração neste ponto. Para o autor, o agente público deve atuar de forma racional, escolhendo a melhor possibilidade de atuação da Administração por meio de uma ponderação das alternativas possíveis. Logo, quando o administrador age intuitivamente, por impulso, não conseguindo identificar o motivo de sua escolha, então há vício de motivo.¹¹⁰

O autor ainda aponta que havendo discricionariedade no motivo, este deve guardar uma relação de causalidade (adequação) e necessidade com a decisão, sob pena configurar-se, outrossim, vício de motivo.¹¹¹

Nesse ponto duas observações merecerem ser feitas. Primeiramente, vê-se novamente a busca dos administrativistas pelos conceitos desenvolvidos mais profundamente no Direito Constitucional, socorrendo-se notadamente do postulado da proporcionalidade para solucionar os impasses enfrentados no Direito Administrativo. Ora, verificar se há uma relação de adequação e necessidade entre o motivo e a decisão nada mais é que aplicar as duas primeiras etapas do exame de proporcionalidade, já discutido neste estudo. Em segundo lugar, verifica-se que os vícios narrados acima, seguindo-se a tipologia inaugurada por Celso Antônio Bandeira de Mello, podem ser identificados como vícios de causa, muito embora Marçal JUSTEN FILHO considere também a relação de necessidade entre o motivo e a decisão para a configuração de vício, sendo (apenas a princípio) um pouco mais abrangente.¹¹²

Diz-se apenas a princípio porque o próprio Celso Antônio Bandeira de MELLO, ao tratar do assunto, apenas menciona que é na causa que deveriam ser tratados os tópicos de razoabilidade e proporcionalidade, sem definir, contudo, se estar-se-ia tratando da máxima da proporcionalidade como um todo, ou apenas de uma de suas etapas.¹¹³ Ou seja, nada impede que se interprete que no exame dos vícios de causa sejam analisados todas as fases do postulado da proporcionalidade,

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 378.

¹¹¹ Idem, p. 378-379.

¹¹² Idem, ibidem.

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 409-411.

abrangendo, pois, não só a adequação, mas também a análise da necessidade (e, da mesma forma, da proporcionalidade em sentido estrito).

Assim, em suma, verifica-se que o postulado da proporcionalidade deve ser aplicado em dois momentos na análise dos vícios do ato administrativo: na relação entre o conteúdo do ato e a sua finalidade, e também na relação entre os motivos (pressupostos do ato) e o conteúdo – neste último ponto estando situados os vícios de causa.¹¹⁴

Resta ainda analisar o vício de finalidade. Esse tipo de vício é denominado de desvio de finalidade, sendo também chamado de desvio de poder ou abuso de poder. Trata-se literalmente de um desvio, pois o agente atua objetivando uma finalidade diversa daquela prevista em lei.¹¹⁵ A definição trazida pela Lei nº 4.717 de 1965 explicita bem do que se trata. Segundo o legislador, “o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (artigo 2º, parágrafo único, alínea “e”).

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, contudo, aponta que a conceituação trazida pela lei não é completa. Isso porque pode ser feita a diferenciação entre finalidade em sentido amplo e em sentido restrito. Em sentido amplo ter-se-ia o interesse público como um todo, enquanto em sentido restrito ter-se-ia o objetivo específico previsto, de forma explícita ou implícita na lei. Havendo inobservância da finalidade em qualquer dos dois sentidos verifica-se, pois, a ocorrência de vício.¹¹⁶

Celso Antônio Bandeira de MELLO ressalta em seu curso que a intenção do agente, o seu móvel, é irrelevante para a configuração do desvio de finalidade, nada obstante costumeiramente o administrador esteja de fato mal intencionado. Por mais que isto facilite a percepção do vício de finalidade, verifica-se que esta modalidade

¹¹⁴ Como já explicitado na nota de rodapé 68, Ricardo Marcondes MARTINS, ao identificar a causa com o exame de adequação, discorda desse posicionamento, relegando o exame da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito apenas aos vícios de contentorização. O referido autor justifica tal posicionamento em razão de que há distinção nítida em relação à objetividade: enquanto o exame da adequação é objetivo, os exames da necessidade da proporcionalidade em sentido estrito são caracterizados por uma acentuada subjetividade (*in Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*, p. 229-230). Com efeito, essa distinção existe, mas não tem a força de desconstruir a conclusão de que na análise dos vícios na relação existente entre motivo e conteúdo deve ser aplicado o postulado da proporcionalidade em sua integralidade.

¹¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 193.

¹¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 242.

de vício é em verdade objetiva, consubstanciada no efetivo descompasso entre a finalidade do ato praticado e a finalidade da competência do agente.¹¹⁷

No entanto, em obra específica sobre o tema da discricionariedade, o mesmo autor sustenta posicionamento diverso, fazendo certos temperamentos nos casos em que o administrador dispõe de competência discricionária. Permanece defendendo que o vício de finalidade é objetivo, mas aduz que havendo intenção viciada, haverá uma presunção inafastável (“*juris et de jure*”) de que existe um descompasso com a finalidade legal. Pensar de outro modo tornaria o vício de finalidade quase que inútil, já que, em verdade, nos casos de competência discricionária, não há como saber efetivamente se houve desvio de finalidade. Ademais, não é razoável supor que agindo de má-fé, o administrador acerte casualmente o fim visado pela lei. Muito pelo contrário, o razoável é supor que ele não acerte.¹¹⁸

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 407-408.

¹¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...*, p. 73-74.

2. FORMAS DE EXTINÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Socorrendo-se novamente da analogia com as ciências biológicas, verifica-se que o ato administrativo, assim como os seres vivos, nasce (é editado), vive (produz efeitos) e morre (é extinto). Analisados o conceito, os elementos e os vícios do ato administrativo, faz-se necessário examinar, então, as formas pelas quais o ato desaparece do mundo jurídico.

Ocorre que, várias são as modalidades de extinção do ato administrativo, elaborando cada autor o seu rol, e da mesma forma várias são as tentativas de classificação dessas modalidades, elaborando igualmente cada autor o seu modelo. E não há problema algum nisso, pois, conforme enuncia Antônio Carlos Cintra do AMARAL, “as classificações não são verdadeiras ou falsas, mas sim úteis ou menos úteis à apreensão do objeto do conhecimento científico.”¹¹⁹ Ciente desta constatação, verifica-se que a divisão elaborada por Lúcia Valle FIGUEIREDO em relação às formas de extinção do ato administrativo é de estimável utilidade, pois separa as modalidades em dois grandes grupos, nos quais as integrantes de cada um deles realmente guardam semelhança entre si, facilitando a compreensão do tema, razão pela qual será aqui utilizada. Referida autora divide as formas de extinção do ato administrativo em formas naturais de extinção do ato administrativo e formas provocadas de extinção, sendo que estas dependem de outro provimento da Administração para ensejar a extinção do ato administrativo e aquelas não.¹²⁰ Posto isto, serão então dissecadas as modalidades de extinção específicas que integram cada grupo, a iniciar pela formas naturais de extinção do ato administrativo.

2.1 FORMAS NATURAIS DE EXTINÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Tratar-se-á agora dos casos em que o ato administrativo extingue-se naturalmente, sem necessidade de qualquer intervenção provocada por um sujeito. A forma mais corriqueira de extinção natural do ato administrativo é justamente o

¹¹⁹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Obra citada, p. 43.

¹²⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Obra citada, p. 220-221.

esgotamento de seu conteúdo, pelo exaurimento integral de sua eficácia. Isto ocorre quando o ato administrativo produz todos os efeitos que teria o potencial de produzir. Marçal JUSTEN FILHO aponta que esta forma de extinção é mais perceptível quanto aos atos de efeitos imediatos, mas ressalta que os contratos de efeito prolongado também podem ser extintos pelo seu exaurimento, como é o caso dos contratos de fornecimento por um determinado número de meses.¹²¹

Lúcia Valle FIGUEIREDO traz ainda outra forma de extinção natural que é a extinção em virtude do decurso do prazo fixado para vigência do ato.¹²² Marçal JUSTEN FILHO também elenca esta hipótese, nominando-a de decurso do tempo, que é quando o atingimento de um termo final enseja a extinção do ato.¹²³

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de MELLO agrupa as hipóteses de extinção referidas acima no gênero “extinção do ato por cumprimento de seus efeitos”, que se dá: a) pelo esgotamento do conteúdo jurídico, que nada mais é que a produção de seus efeitos no prazo em que deveria produzi-los; b) pela execução material, como por exemplo na execução de uma ordem; c) pelo implemento de uma condição resolutiva ou termo final.¹²⁴

Vê-se, portanto, que a nomenclatura e a sistematização trazidas pelos diferentes autores mudam, mas a lógica mantém-se: basta verificar que as hipóteses que constam das alíneas “a” e “b” no parágrafo supra, trazidas por Celso Antônio Bandeira de Mello, encaixam-se no que Marçal Justen Filho chama genericamente de exaurimento integral da eficácia do ato e que a hipótese de decurso do prazo elencada por Marçal Justen Filho e Lúcia Valle Figueiredo está contida na hipótese de implemento de uma condição resolutiva ou termo final trazida por Celso Antônio Bandeira de Mello (alínea “c” do parágrafo acima).

Indo em frente, tanto Lúcia Valle FIGUEIREDO quanto Celso Antônio Bandeira de MELLO, ainda consideram como forma natural de extinção do ato administrativo o desaparecimento do objeto nos atos *intuitu rei* (atos ligados diretamente à coisa) – como, por exemplo, o desmoraonamento de um imóvel que era objeto de uma permissão de uso – e o desaparecimento do sujeito nos atos *intuitu*

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 362-363.

¹²² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Obra citada, p. 223.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 363.

¹²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 446.

personae (atos ligados diretamente ao sujeito) – como, por exemplo a morte de um servidor que extingue os efeitos de sua nomeação.¹²⁵

Marçal JUSTEN FILHO acaba por abarcar as duas formas de extinção mencionadas acima, desaparecimento do objeto e do sujeito, em uma única hipótese que intitula de desaparecimento de pressuposto fático. O referido autor faz ainda uma diferenciação não vista em outras classificações, separando em uma outra forma autônoma de extinção os casos em que referido desaparecimento dá-se em virtude de força maior ou caso fortuito. Segundo ele, tal distinção faz-se necessária, uma vez que nesses casos específicos a extinção deriva de eventos imprevisíveis ou de conseqüências incalculáveis, o que poderia levar a algum efeito patrimonial, o que não ocorre no simples desaparecimento de pressuposto fático.¹²⁶

Por fim, diferenciando-se dos demais, Antônio Carlos Cintra do AMARAL concentra todas as formas de extinção natural do ato administrativo já expostas neste tópico em uma única figura por ele chamada de esgotamento. Conforme ensinamentos desse autor, tal posicionamento justifica-se em razão de todas essas hipóteses implicarem em um mesmo resultado: a extinção do ato administrativo por força da ocorrência de um fato que acaba por impossibilitar a produção de efeitos.¹²⁷

2.2 FORMAS PROVOCADAS DE EXTINÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Lúcia Valle FIGUEIREDO, autora a qual inspirou a divisão adotada neste estudo no tocante à extinção do ato administrativo, em formas naturais de extinção e formas provocadas de extinção, considera como formas provocadas de extinção do ato administrativo aquelas provocadas pela Administração.¹²⁸

No entanto, o conceito de forma provocada será ligeiramente ampliado ou talvez apenas esclarecido. Considerar-se-á como forma provocada de extinção do ato administrativo, não só aquelas formas provocadas diretamente pela Administração Pública, como também aquelas formas em que em função de uma

¹²⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Obra citada, p. 222-223; e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 446-447.

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 363.

¹²⁷ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Obra citada, p. 45-46.

¹²⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Obra citada, p. 225.

conduta do particular, a Administração Pública acaba por extinguir o ato administrativo.

Iniciar-se-á pelas formas provocadas de extinção do ato administrativo em que há a participação, ainda que indireta, do particular, já que são apenas duas: a renúncia e a cassação. A mais singela delas é a renúncia, que é quando o particular por um ato unilateral de vontade acaba por gerar a extinção de um ato administrativo, ainda que a extinção em si dependa de uma manifestação da Administração Pública. Um exemplo de renúncia é o pedido de exoneração feito por um servidor público.¹²⁹ Outro exemplo é o caso do particular que nomeado a um cargo público deixa de tomar posse no prazo legal. Importante frisar que, em verdade, tratam-se de duas formas distintas de renúncia: na primeira situação está-se diante de um exemplo de renúncia expressa, enquanto que na segunda situação está-se diante de um exemplo de renúncia tácita.

Lúcia Valle FIGUEIREDO denomina a extinção por renúncia tácita do particular, isto é, pela inércia do beneficiário, de caducidade. Dentro de caducidade a mesma autora abarca ainda os casos de extinção do ato administrativo por decurso do prazo, hipótese já analisada quando das formas naturais de extinção do ato administrativo.¹³⁰

Por caducidade, no entanto, Celso Antônio Bandeira de MELLO entende situação completamente distinta. Para este autor ocorre a caducidade quando uma nova norma jurídica passa a existir no sistema, tornando inadmissível a situação outorgada pelo ato jurídico anterior à referida norma. Na mesma oportunidade, para evitar confusões, frisa que esta caducidade nada tem a ver com a caducidade nas concessões de serviço público.¹³¹ Antônio Carlos Cintra do AMARAL utiliza-se do mesmo conceito, mas chama essa forma de extinção de decaimento.¹³² Um exemplo dessa hipótese seria a retirada das autorizações de porte de arma de fogo, em virtude de promulgação de lei nova que verse sobre o desarmamento da população, proibindo o porte de arma de fogo por todos os civis.

Voltando às formas de extinção provocada em que a conduta do particular é relevante para a extinção do ato administrativo, verifica-se que a cassação, assim

¹²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 363.

¹³⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Obra citada, p. 223-224.

¹³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 447.

¹³² AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Obra citada, p. 54-57.

intitulada por Celso Antônio Bandeira de MELLO, também se encaixa nesta situação. Cassação, segundo este autor, seria a retirada do ato porque seu destinatário deixou de cumprir certas exigências necessárias para que continuasse usufruindo da situação jurídica gerada pelo ato.¹³³ Isso ocorre, por exemplo, quando um restaurante deixa de observar as normas sanitárias e acaba perdendo seu alvará de funcionamento; tem-se, portanto, utilizando-se da linguagem técnica, que houve a cassação do alvará de funcionamento do restaurante.

Não se pode olvidar ainda, como ressalta Daniele Coutinho TALAMINI, que o ato de cassação é um ato vinculado, importante característica que o diferencia, por exemplo, da revogação, modalidade de extinção que será analisada mais adiante.¹³⁴

Antônio Carlos Cintra do AMARAL, por sua vez, adota um conceito de cassação mais abrangente. Além de entender por cassação a retirada do ato por inadimplemento do beneficiário, este autor também aloca dentro do conceito de cassação o que os outros autores chamam de renúncia.¹³⁵

Marçal JUSTEN FILHO, por outro lado, denomina de resilição os casos em que o ato é extinto porque o beneficiário do ato administrativo não cumpre determinadas prestações a que estava obrigado.¹³⁶ No entanto, verifica-se que se está diante do mesmo conceito dado por outros autores à cassação. Trata-se, pois, do mesmo instituto jurídico, apenas havendo divergência quanto à nomenclatura utilizada.

Daniele Coutinho TALAMINI, por fim, traz outra proposta. A autora engloba tanto a cassação, quanto a caducidade, nos termos em que foram definidas acima, em uma única categoria mais abrangente, a caducidade em sentido amplo, que tem como elemento identificador a cessação de pressupostos do ato, que então se subdivide em caducidade jurídica e caducidade fática. A caducidade jurídica seria o conceito clássico de caducidade, no qual há cessação de pressupostos do ato por alteração legal. Já a caducidade fática seria a cessação de pressupostos do ato por uma alteração na ordem fática, contemplando tanto os casos de cassação, quando essa alteração na ordem fática é imputável ao administrado, quanto os casos em

¹³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 447.

¹³⁴ TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do Ato Administrativo*, p. 105.

¹³⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Obra citada*, p. 53.

¹³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Obra citada*, p. 363-364.

que essa alteração na ordem fática não é imputável ao administrado, hipótese que a autora chama de caducidade fática em sentido estrito.¹³⁷

Os doutrinadores pátrios, na esteira do pensamento do francês Michel Stassinopoulos, ainda contemplam como forma extinção provocada do ato administrativo, sem intervenção do particular, a contraposição, também chamada de derrubada. Nesta hipótese de extinção o administrador edita um ato cujos efeitos são contrapostos a de outro ato administrativo, aniquilando os efeitos deste último, sendo que referidos atos foram emitidos com base em competência diversa.¹³⁸ Trata-se, segundo Antônio Carlos Cintra do AMARAL, de uma forma de extinguir o ato administrativo indiretamente, tendo-se como exemplo a extinção do ato de nomeação de um servidor público pelo ato de exoneração.¹³⁹

Ante o panorama exposto, verifica-se que na classificação das modalidades de extinção do ato administrativo não há um consenso na literatura jurídica administrativista nacional. Em verdade, muitos doutrinadores sequer mencionam boa parte das hipóteses elencadas acima, limitando-se a discorrer sobre duas hipóteses provocadas de extinção do ato administrativo que, de fato, são as mais relevantes e mais usuais. Trata-se da revogação e da invalidação, hipóteses que serão examinadas adiante, iniciando-se pela revogação.

Foi dito supra que no campo da extinção do ato administrativo há um considerável dissenso na doutrina. No que tange ao que se entende por revogação, porém, pode-se dizer que o consenso impera. Em linhas gerais conceitua-se a revogação como a extinção de um ato válido, por razões de oportunidade e conveniência, através de um ato administrativo de competência discricionária, competência esta que detém quem pratica o ato e também quem dele pode conhecer por ofício ou por recurso, com eficácia *ex nunc*, ou seja, sem retroação. Como elemento caracterizador da revogação ainda se ressalta que esta só pode ser feita pela Administração, diferentemente da invalidação (anulação), que pode ser feita tanto pela Administração quanto pelo Poder Judiciário.¹⁴⁰ Outro aspecto da revogação citado por boa parte da doutrina nacional é que os atos vinculados não

¹³⁷ TALAMINI, Daniele Coutinho. Obra citada, p. 109-110.

¹³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 447.

¹³⁹ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Obra citada, p. 53.

¹⁴⁰ Por todos: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Obra citada, p. 249.

podem ser revogados, uma vez que nesses casos não há uma margem de escolha com relação à conveniência e oportunidade.¹⁴¹

A compreensão da complexa modalidade de extinção do ato administrativo que é a revogação, no entanto, não se limita a isso. Contudo, como se constata da conceituação exposta acima, a revogação é a extinção de um ato válido, sem vícios, não tendo maior relevância para o presente estudo. Por essa razão não se adentrará a fundo na temática da revogação, sendo as explicações feitas acima suficientes para o escopo visado aqui.¹⁴²

Já invalidação, por outro lado, está intimamente ligada à questão dos vícios do ato administrativo, que por sua vez está intimamente ligada à figura da convalidação. Com efeito, verifica-se não ser exagero dizer que a convalidação e a invalidação são faces de um mesmo dado, uma vez que a Administração, diante de um vício, em tese, teria que tomar uma medida para corrigi-lo, seja pela invalidação, seja pela convalidação, ou ainda por outra forma, como será exposto mais adiante. Passar-se-á, então, ao exame da invalidação do ato administrativo.

Faz-se necessário, contudo, primeiramente afastar eventual confusão que possa ocorrer acerca da nomenclatura utilizada. Isso porque alguns autores, dentre eles Hely Lopes MEIRELLES, consideram a invalidação um gênero, que abriga as espécies de anulação e revogação, esta sendo a invalidação por motivo de conveniência e oportunidade e aquela a invalidação por motivo de ilegalidade.¹⁴³ Este, no entanto, não será o posicionamento adotado nesse estudo, uma vez que não se vê utilidade em reunir em um mesmo gênero institutos jurídicos tão distintos.

Ainda quanto à nomenclatura, cumpre ressaltar que alguns doutrinadores utilizam o vocábulo anulação, como o faz, por exemplo, Odete MEDAUAR,¹⁴⁴ enquanto outros utilizam o vocábulo invalidação, como o faz, por exemplo, Marçal JUSTEN FILHO, utilizando-se este autor alguma vezes também da expressão anulação,¹⁴⁵ para descrever o mesmo fenômeno. Ou seja, em última instância, tratam-se de expressões sinônimas e aqui assim serão tratadas. Preferir-se-á, porém, na esteira do pensamento de Carlos Ari SUNDFELD, a expressão

¹⁴¹ Por todos: MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 160.

¹⁴² Para uma análise mais aprofundada acerca da revogação do ato administrativo, remete-se à obra de Daniele Coutinho TALAMINI, já citada aqui: *Revogação do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 177-179.

¹⁴⁴ MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 157-159.

¹⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 362-364.

invalidação, para evitar-se eventual associação com a categoria da nulidade do Direito Civil, o que não se deseja.¹⁴⁶

Superados os alertas formais, passa-se então à definição do que se entende por invalidação no Direito Administrativo brasileiro. Em geral, a invalidação ou anulação é definida como o desfazimento de um ato administrativo, com efeitos “ex tunc”, isto é, retroativos, por motivo de ilegalidade. Tanto o Poder Judiciário quanto a Administração podem invalidar os atos administrativos, mas o Poder Judiciário só pode proceder à anulação quando provocado pelos interessados, enquanto a Administração pode anular até mesmo de ofício, em razão de seu poder de autotutela e por estar vinculada ao princípio da legalidade.¹⁴⁷

Duas súmulas do Supremo Tribunal Federal, inclusive, consagram o conceito exposto acima: a súmula nº 346 enuncia que “A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”, enquanto que a súmula nº 473, contemplando o que se entende por revogação, versa 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”.

Importante aclarar apenas que o Poder Judiciário quando não está no exercício de função jurisdicional, mas sim de função administrativa, como na gestão dos servidores ligados a ele, pode também invalidar seus próprios atos de ofício, frisa-se, desde que esses atos derivem do exercício de função administrativa.

Tradicionalmente este foi o conceito adotado pela doutrina pátria, gozando o tema de considerável pacificidade, tanto é que até os dias atuais muitos autores utilizam-no integralmente. Todavia, algumas críticas surgiram gerando dissenso na doutrina, notadamente quanto à obrigatoriedade da eficácia retroativa (“ex tunc”) da invalidação, o que implica em desfazer, em todos os casos, os efeitos anteriormente produzidos. Parcela da doutrina passou então a relativizar esse antigo dogma, antevendo situações em que os efeitos da invalidação só deveriam valer dali para frente.

¹⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Obra citada, p. 26.

¹⁴⁷ Por todos: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 236-237.

Celso Antônio Bandeira de MELLO é um dos doutrinadores que admite, em certas situações, efeitos “ex nunc” à invalidação, definindo-as “a priori”. Segundo o autor, deveria haver a irretroatividade da invalidação nos atos ampliativos de direitos do administrado, devendo este estar necessariamente de boa-fé. Nos demais casos, permaneceria vigente a concepção de que os efeitos da invalidação devem ser “ex tunc”.¹⁴⁸

Lúcia Valle FIGUEIREDO, ainda que em diminuto trecho de seu Curso, também aceita situações em que a invalidação deve ser com efeitos “ex nunc”, frisando que estes casos devem ser excepcionais, verificados a partir do caso concreto, a lume de valores como a segurança jurídica, a boa-fé e a certeza do direito.¹⁴⁹

Posição ainda mais inovadora, que se subscreve, é a de Ricardo Marcondes MARTINS. O autor, a partir de uma análise da evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, que culminou com a edição do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999,¹⁵⁰ faz uma analogia entre o controle de constitucionalidade e à correção dos atos administrativos, posto que são ambas formas de controle de normas jurídicas. Com o referido dispositivo legal permitiu-se, em tese, que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade possam ser, além de (1) “ex tunc” (concepção tradicional); (2) “ex tunc”, mas não desde o início da promulgação da lei; (3) “ex nunc”; ou até mesmo (4) “pro futuro”, ou seja, para data posterior à declaração de inconstitucionalidade. Diz-se apenas em tese porque, segundo o autor, a partir da ponderação dos princípios já previstos em nossa Constituição Federal, já se poderia chegar ao mesmo resultado. Do mesmo modo, não só nos casos de segurança jurídica ou de excepcional interesse social poderia o Supremo Tribunal Federal determinar outras formas de eficácia a sua decisão que não a “ex tunc”, mas em todos os casos em que a ponderação de princípios assim exigir. Conclui, por fim, e até em razão da analogia empregada, que também em relação à invalidação dos atos administrativos podem ser aplicadas as quatro modalidades de

¹⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 479-481.

¹⁴⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Obra citada*, p. 235-243.

¹⁵⁰ O art. 27 da Lei nº 9.868/1999 versa que “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

eficácia elencadas acima, a depender de qual delas a ponderação dos princípios incidentes no caso concreto indicar como a mais adequada.¹⁵¹

Marçal JUSTEN FILHO, de forma menos aprofundada, mas também a partir da interpretação do artigo 27 da Lei nº 9.868/1999, chega igualmente à conclusão de que os efeitos dos atos administrativos ilegais podem (devem)¹⁵² ser mantidos quando se visa à proteção da segurança jurídica e do interesse social, até porque não se poderia admitir uma disciplina jurídica mais severa à ilegalidade (anulação somente com efeitos “ex tunc”) do que aquela dispensada à inconstitucionalidade (possibilidade da anulação também com efeitos “ex nunc”), já que este último vício é certamente mais grave.¹⁵³

Há, ainda, outra questão importante relacionada à invalidação que não é uníssona na doutrina brasileira, que é saber se há o dever ou a faculdade da Administração Pública em invalidar o ato administrativo. Esse ponto, contudo, será tratado no próximo capítulo, conjuntamente com a análise do dever ou faculdade de convalidar. Superada as formas de extinção do ato, com nítida ênfase na anulação por força das razões já expostas acima, cumpre discorrer sobre a teoria das invalidades, tema relevante não só para a investigação das hipóteses de invalidação do ato administrativo, mas também para a investigação das hipóteses de convalidação.

2.3 TEORIA DAS INVALIDADES DO ATO ADMINISTRATIVO

A depender do vício que aflige o ato administrativo, e, segundo alguns autores, em conjunto com a ponderação dos princípios jurídicos incidentes no caso concreto, haverá uma determinada consequência, podendo também não haver consequência alguma. Em busca de sistematizar as consequências que os vícios acabam por gerar, a doutrina desenvolveu uma teoria das invalidades em relação ao ato administrativo, classificando os atos administrativos viciados. No entanto, como

¹⁵¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 406-421.

¹⁵² O autor utiliza as duas expressões quando fala da manutenção dos efeitos do ato administrativo nos casos em que se busca a proteção da segurança jurídica e do interesse social, deixando obscuro se acredita tratar-se realmente de um dever ou de uma possibilidade.

¹⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 385-386.

usualmente ocorre, cada autor segue uma determinada classificação, sendo que as principais serão analisadas a seguir.

Hely Lopes MEIRELLES aponta que todos os atos administrativos viciados são nulos, não havendo lugar para o reconhecimento da categoria do ato administrativo anulável. Isso porque o que caracteriza a anulabilidade é a preponderância do interesse privado sobre o público, o que nunca ocorre nos atos administrativos. Este autor ainda reconhece a categoria dos atos inexistentes, que são “atos” que sequer chegam a se aperfeiçoar, mas considera irrelevante a distinção entre nulidade e inexistência porque ambas conduzem à invalidade e submetem-se às mesmas regras.¹⁵⁴ Em decorrência desse seu posicionamento, não admite a convalidação, seja do ato nulo seja do ato inexistente. Frisa que o que pode ocorrer é a correção de mera irregularidade que não afeta a validade do ato administrativo.¹⁵⁵

Em linhas gerais, da mesma forma pensa Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO,¹⁵⁶ diferenciando-se apenas por admitir a convalidação do ato administrativo, fenômeno este que prefere denominar de sanatória, cabível em função da utilidade do ato administrativo, ainda que viciado, tendo em vista o interesse público envolvido.¹⁵⁷

Emerson GABARDO filia-se também a essa corrente, sustentando que só existem atos nulos, sem, contudo, afastar a possibilidade de convalidação. Reforçando os demais argumentos doutrinários elencados, o jurista traz um argumento prático: a dicotomia entre atos nulos e anuláveis teria perdido sua razão de ser, uma vez que a legislação de Direito Público em vigor trata todos os atos viciados da mesma forma. A redação do artigo 53 da Lei nº 9.784/1999 é clara ao enunciar que “A administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade (...)”, sem fazer qualquer distinção entre modalidades distintas de invalidade do ato administrativo.¹⁵⁸⁻¹⁵⁹

¹⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Obra citada, p. 149-150.

¹⁵⁵ Idem, p. 183-184.

¹⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 191-192.

¹⁵⁷ Idem, p. 207-208.

¹⁵⁸ GABARDO, Emerson. Regime Jurídico da Decadência da Pretensão Anulatória dos Atos Administrativos. In: *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, 203-204.

¹⁵⁹ O texto legal, se lido de modo isolado, dá a entender que, constatado vício, a Administração teria o dever de anular o ato administrativo, não havendo qualquer possibilidade de convalidação, aos moldes do que defendia Hely Lopes Meirelles. Pelo que dispõe o artigo 55 da mesma lei, no entanto,

Fundada no fato de que em todos os atos administrativos o interesse público prevalece, Odete MEDAUAR igualmente afasta a classificação empregada no Direito Civil que diferencia a nulidade da anulabilidade. Para a autora, se o ato administrativo contém vício é, então, em princípio, nulo. Diz-se em princípio, porque, diferenciando-se do posicionamento de Hely Lopes Meirelles, Odete MEDAUAR, assim como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, admite a convalidação, sendo que esta dependerá do confronto do princípio da legalidade com outros aplicáveis ao caso concreto, como, por exemplo, a segurança jurídica. A mestra ainda alerta que o brocardo do Direito Privado “pas de nullité sans grief” (não há nulidade quando não há prejuízo) não pode ser aplicado incondicionalmente ao Direito Administrativo, uma vez que, em muitas situações, a legislação administrativa tem como escopo preservar alguns valores indisponíveis, como a moralidade administrativa, independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo às pessoas.¹⁶⁰

Lúcia Valle FIGUEIREDO, por outro lado, dá plena aplicação ao princípio do “pas de nullité sans grief” ao direito administrativo, sustentando que não se deve declarar a nulidade quando houver ausência de lesão, uma vez que nesses casos defende que os valores da boa-fé e da certeza jurídica acabam por prevalecer sobre o valor do cumprimento da ordem jurídica (legalidade).¹⁶¹ Neste mesmo sentido também discorre Marçal JUSTEN FILHO.¹⁶² Concorde-se com Odete Medauar. Não se pode, a priori, sustentar que quando não há prejuízo às pessoas não há nulidade. Isso porque, por exemplo, a lesão à moralidade administrativa, por si só, gera prejuízo à sociedade. Invalidez há, o que pode haver é a manutenção do ato e de seus efeitos ante a ponderação dos princípios incidentes no caso concreto, como será analisado em seguida.

Apesar do posicionamento exposto acima, de que só há a categoria dos atos administrativos nulos, verifica-se que o reconhecimento da diferenciação entre as categorias dos atos administrativos nulos e dos atos administrativos anuláveis, em suas diversas variações, tradicionalmente tem mais eco na literatura jurídica nacional. Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO, por exemplo, defende que a

deve a norma ser interpretada no sentido de que, constatado o vício, deve a Administração proceder à anulação se for caso de anulação, ou proceder à outra forma de correção do vício, conforme análise do caso concreto.

¹⁶⁰ MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 154-156.

¹⁶¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Obra citada, p. 239-240.

¹⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 366-367.

distinção entre atos nulos e anuláveis, primeiramente sistematizada pelos civilistas, é plenamente adaptável e aplicável ao Direito Administrativo, desde que observadas as peculiaridades próprias deste ramo jurídico, pois, na verdade, envolve tema de Teoria Geral do Direito e não apenas de Direito Civil. Reforça este seu posicionamento ressaltando que a própria Lei nº 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) adotou a sistematização do Código Civil (de 1916), não só diferenciando os atos nulos dos anuláveis, como também se utilizando, em grande parte, das mesmas hipóteses de nulidade e anulabilidade, distinguindo-se da lei substantiva civil apenas no tocante à incompetência absoluta, onde o ato seria nulo, e incompetência relativa, onde o ato seria anulável.¹⁶³ O autor, por fim, esclarecendo a classificação que adota, aponta que a distinção entre atos inexistentes e nulos é desnecessária, uma vez que os efeitos que ambos geram são os mesmos, não havendo interesse prático na utilização de uma terceira categoria, a dos atos inexistentes, além das categorias dos atos administrativos nulos e anuláveis.¹⁶⁴

Celso Antônio Bandeira de MELLO adota em boa parte o posicionamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, no entanto, além de reconhecer os atos nulos e anuláveis, reconhece também os atos inexistentes e os atos irregulares. Os atos inexistentes seriam aqueles dotados de um vício de enorme gravidade, o que os torna imprescritíveis e impossíveis de conversão. O fenômeno da inexistência do ato administrativo teria lugar nas condutas criminosas ofensivas aos direitos fundamentais do homem, relacionados a sua personalidade ou dignidade. O ato inexistente seria uma espécie de ato inválido, assim como o ato nulo e o anulável. Por sua vez, o ato irregular é um ato válido, frisa-se, mas dotado de vícios materiais irrelevantes, que não afetam qualquer garantia do administrado. É o caso da expedição de um ato através de uma outra forma que não a devida, mas que em nada prejudica o ato em seu conteúdo ou garantias dos administrados, servindo a forma apenas para padronização interna: expede-se um aviso quando a forma correta, prevista em lei, seria portaria.¹⁶⁵

Nessa mesma esteira, com algumas particularidades, encaixa-se o posicionamento de Marçal JUSTEN FILHO. O autor também reconhece as

¹⁶³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 652-658.

¹⁶⁴ Idem, p. 662-664.

¹⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 468-471.

irregularidades, mas as divide em irrelevantes e supríveis: ambas não traduzem lesão a qualquer valor ou interesse jurídico, mas aquela sequer precisa ser corrigida, enquanto esta é passível de correção, mantendo-se os efeitos do ato sanado. Exemplo de irregularidade irrelevante seria um erro de grafia no corpo de um ato administrativo que não prejudicasse a compreensão de seu conteúdo; doutra banda exemplo de irregularidade suprível seria o equívoco na data de início de uma aposentadoria. Ainda admite as nulidades relativa e absoluta, distinguindo-as a partir do interesse afetado: o ato seria anulável quando prejudica interesses disponíveis de sujeitos determinados e seria nulo quando prejudica interesses indisponíveis ou disponíveis de sujeitos indeterminados. Por fim aceita a categoria da inexistência jurídica, que ocorre quando há um grau de desconformidade com a lei muito intenso.¹⁶⁶

Voltando-se às formas dicotômicas de classificação dos atos inválidos, tem-se a trazida por Antônio Carlos Cintra do AMARAL, que, no entanto, é distinta da clássica do Direito Civil. Nesta outra classificação os atos são divididos em convalidáveis e não convalidáveis. Em suma, é a possibilidade de convalidação que distingue os atos inválidos, sendo a única característica que os diferencia. O autor afasta a terminologia clássica de nulidade e anulabilidade justamente por esta considerar outras características diferenciadoras, como o tempo de prescrição, o que não seria aplicável aos atos administrativos.¹⁶⁷ Seguindo em partes esse posicionamento, Celso Antônio Bandeira de MELLO aceita que a possibilidade de convalidação é critério de grande importância para a distinção dos tipos de invalidade, mas parece aceitar outros ao mencionar que este critério não é decisivo para essa distinção, até porque mantém a terminologia clássica, como já exposto acima, diferenciando os atos administrativos em anuláveis (passíveis de convalidação) e nulos e inexistentes (estes dois últimos impassíveis de convalidação).¹⁶⁸ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO também reconhece que a possibilidade de convalidação serve como critério de distinção de validade dos atos administrativos, mas mantém a utilização da terminologia empregada no Direito Civil,

¹⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 367-368.

¹⁶⁷ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Obra citada, p. 66-67.

¹⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 471.

classificando os atos convalidáveis como anuláveis (nulidade relativa) e os atos não convalidáveis como nulos (nulidade absoluta).¹⁶⁹

A possibilidade de convalidação também é utilizada por Weida ZANCANER como critério diferenciador da classificação das invalidades, mas não da forma dicotômica tradicional, que é rejeitada pela autora por ser insuficiente para explicar a necessidade de estabilização de alguns atos inválidos. Contudo, faz questão de ressaltar que essa rejeição dá-se não em razão da aplicação do interesse público, que fundamentaria o afastamento do dever de invalidar, como querem alguns autores, mas por força dos princípios da segurança jurídica e do respeito à boa-fé dos administrados. Desse modo, nega-se discricionariedade ao administrador para decidir acerca da convalidação de um ato inválido, conforme este repute preponderante o interesse público ou não. O administrador fica, pois, adstrito ao sistema das invalidades que advém do ordenamento jurídico e não de um regime que advém de um critério pessoal seu, a depender da percepção do interesse público que tem em cada caso. Feitas tais considerações, a autora acaba por dividir os atos administrativos viciados em quatro grupos: atos absolutamente sanáveis, atos absolutamente insanáveis, atos relativamente sanáveis e atos relativamente insanáveis.¹⁷⁰

Atos absolutamente sanáveis seriam aqueles dotados de pequenas irregularidades que não causam repugnância ao sistema jurídico, por não causarem dificuldade à compreensão do conteúdo do ato e em consequência disso, por também não cercearem o direito de defesa do administrado. Assim, devem ser convalidados sempre. Atos relativamente sanáveis seriam aqueles em que, a princípio, deveriam ser convalidados, saneamento este que pode ser afastado pela impugnação do interessado, requisitando sua anulação. Ainda que não haja convalidação expressa, o decurso do tempo também estabiliza tais atos. Os atos relativamente insanáveis são os que não podem ser convalidados pela Administração; a princípio há o dever de invalidação, mas tais atos podem ser estabilizados pelo decurso tempo, sendo que o prazo será menor quando for ampliativo de direitos e houver boa-fé do administrado. Por fim, os atos absolutamente insanáveis seriam aqueles que deveriam sempre ser invalidados, pois tem como objeto uma conduta criminosa, radicalmente repelida pelo Direito.

¹⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Obra citada, p. 245.

¹⁷⁰ ZANCANER, Weida. Obra citada, p. 107-111.

Nesses casos o ato administrativo jamais é estabilizado, seja pelo decurso do tempo, seja pela boa-fé dos administrados.¹⁷¹

Carlos Ari SUNDFELD, por sua vez, após análise dos posicionamentos já expostos, chega a uma diferente conclusão. Para ele, de fato, a possibilidade de convalidação é um critério de diferenciação dos atos inválidos, mas não é o único. Outros critérios são: a legitimidade para provocar a invalidação, a prescrição e a possibilidade de conhecimento do ofício do juiz. Deve-se, assim, proceder à análise de cada critério isoladamente, distinguindo os atos inválidos em cada um desses critérios e não fazer uma análise única, como é feita no Direito Civil, sendo justamente essa a razão pela qual o autor rejeita a terminologia utilizada naquele ramo jurídico. Uma análise segmentada dos critérios é mais adequada porque, ao contrário do que ocorre no Direito Civil, um ato administrativo não sanável não necessariamente é impassível de convalidação pelo decurso do tempo; não há essa vinculação necessária.¹⁷²

Ricardo Marcondes MARTINS pensa de forma semelhante. O autor identificou cinco critérios tradicionalmente utilizados para a diferenciação dos atos nulos e anuláveis: prazo decadencial, efeitos da invalidação, legitimidade para impugnar, possibilidade de exame de ofício e possibilidade convalidação. No entanto, analisando detidamente cada um deles, verifica que as classes não são coincidentes, razão pela qual não há como se elaborar uma classificação que abarque todos os critérios. Chega-se à mesma constatação do parágrafo supra: a anulação de um ato não convalidável, por exemplo, não terá, necessariamente, efeitos “ex tunc”, o que impede a utilização da sistematização do Direito Civil. Cumpre ressaltar ainda, em razão do objeto do presente trabalho, que especificamente quanto à utilização do critério da possibilidade de convalidação sustenta o autor não ser este satisfatório para a distinção das invalidades, porque, segundo seu entendimento, como será exposto mais adiante, não há como saber aprioristicamente quais atos são passíveis de convalidação e quais não são.¹⁷³

Ante o exposto, verificou-se, pois, a divergência existente no tocante à teoria das invalidades do ato administrativo e à classificação dos atos administrativos inválidos. Sabe-se que não há classificações certas ou erradas, mas sim mais úteis

¹⁷¹ Idem, p. 110-118.

¹⁷² SUNDFELD, Carlos Ari. Obra citada, p. 48-49.

¹⁷³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 537-539.

e menos úteis. Nesse caso, contudo, ante as peculiaridades do regime jurídico-administrativo, e até pelo tratamento uniforme dado pelo ordenamento jurídico aos atos inválidos, defende-se que não há graus de invalidade no Direito Administrativo, sem se afastar, é claro, a possibilidade de convalidação dos atos inválidos. Por outro lado, para facilitar a compreensão do instituto da convalidação, objeto principal do presente estudo, e para evitar desde já eventuais discussões que possam surgir, algumas situações devem ser desde já esclarecidas.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que, como enuncia Celso Antônio Bandeira de MELLO, os atos irregulares são válidos.¹⁷⁴ Sendo assim, como afirma Ricardo Marcondes MARTINS, não há dever da Administração em corrigi-los. No entanto, a correção não é proibida, mas não se confunde com o instituto da convalidação, que é o aproveitamento de atos inválidos e não correção de atos válidos.¹⁷⁵ Essa correção de atos válidos é chamada por parcela da doutrina de retificação e é admitida a qualquer momento, não se consolidando com o decurso do tempo.¹⁷⁶ Conclui-se, então, que não há que se falar em convalidação do ato irregular, posto que válido, e a convalidação só é cabível quando se estiver diante de um ato inválido. O que pode ocorrer é a sua retificação, que, no entanto, é instituto nitidamente diverso da convalidação, como já exposto acima.

Tampouco se pode convalidar os atos inexistentes, nem há que se falar em sua estabilização pelo decurso do tempo.¹⁷⁷ Isso porque, apesar de não serem atos válidos, eles também não são atos inválidos: eles sequer são atos administrativos, não chegam a existir no mundo jurídico. Ou são fatos jurídicos, se descritos na hipótese fática de alguma norma jurídica, ou, em caso contrário, são meros fatos naturais.¹⁷⁸ Ou seja, a problemática situa-se não no plano da validade, mas sim no plano da existência.¹⁷⁹ Sendo assim, em ambos os casos não há a possibilidade de invalidação, pois, como já dito no início deste trabalho, fatos não podem ser anulados, eles simplesmente acontecem.¹⁸⁰ Pela mesma lógica, os fatos também não podem ser convalidados. Uma passagem do livro de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO sintetiza de maneira clara a questão: “Embora, em regra, no

¹⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 470.

¹⁷⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 269-273.

¹⁷⁶ CAETANO, Marcello. Obra citada, p. 561-562.

¹⁷⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 651-652.

¹⁷⁸ Idem, p. 481.

¹⁷⁹ COSTALDELLO, Angela Cassia. Obra citada, p. 83.

¹⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 372-375.

Direito Administrativo, o ato inexistente se equipare ao defeituoso, para efeito de aplicação da teoria da nulidade, quando se trata de sanatória, a distinção passa a ser relevante, pois não se pode sanar o que não existe”.¹⁸¹

Por fim, para manter a coerência do sistema, não se pode admitir que a inexistência confunda-se com uma invalidade grave, como quer Celso Antônio Bandeira de Mello. A invalidade, por mais grave que seja, continua sendo invalidade, não avançando no plano da existência (ou da inexistência). Para que o ato possa ser válido ou inválido primeiro ele precisa existir. Daí que o plano da existência e o plano da validade não se confundem; até porque aquele precede este. Assim, a inexistência só tem lugar, conforme o modelo estrutural de Celso Antônio Bandeira de Mello, na ausência dos elementos do ato (forma e conteúdo) e dos pressupostos de existência do ato (objeto e pertinência à função administrativa). Também são pressupostos de existência do ato, segundo Ricardo Marcondes Martins, o mínimo de recognoscibilidade social e a não-concretização de injustiça intolerável, o que acaba por abarcar, sem tirar a coerência do sistema, algumas situações graves.

Fixadas estas premissas e ultrapassados os estudos do conceito de ato administrativo, sua estrutura, seus vícios, suas formas de extinção e sua teoria das invalidades, estão presentes todos os pressupostos necessários para uma compreensão holística do instituto da convalidação do ato administrativo. Iniciar-se-á, então, a seguir, o estudo da convalidação propriamente dita.

¹⁸¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 207.

3. APROVEITAMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO E DE SEUS EFEITOS: CONVALIDAÇÃO

Quando se conceitua um instituto jurídico, para ter-se uma compreensão holística do que se trata, é necessário não só definir como precisão o que ele é, mas também definir o que ele não é, evitando-se eventuais confusões com institutos jurídicos distintos. Tal metodologia já foi utilizada neste estudo ao tratar-se da figura do ato jurídico e será agora novamente utilizada. Dessa forma, primeiramente buscar-se-á conceituar a convalidação de maneira afirmativa, passando-se, após, a distingui-la de alguns outros institutos jurídicos semelhantes (definição negativa).

Na doutrina nacional pode-se identificar duas correntes em relação à convalidação. Uma corrente, majoritária, aqui representada por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, entende que a convalidação é a supressão da invalidade que afligia um determinado ato administrativo.¹⁸² Em síntese, como sustenta Romeu Felipe BACELLAR FILHO, convalidar seria tornar válido o ato inválido.¹⁸³ A outra corrente, por sua vez, defendida por Carlos Ari SUNDFELD, discorda do primeiro entendimento exposto. Para seus defensores a convalidação não se trata de tornar válido um ato antes inválido, mas sim de praticar um ato válido que retroage e adota como seus os efeitos já produzidos pelo ato viciado, tornando-os válidos. Com efeito, o ato inválido não é só assim reconhecido, como também é desfeito (extinto), impedindo-se que produza efeitos futuros. Os efeitos futuros que eventualmente venham a ser produzidos derivarão, na verdade, do ato convalidador. Um argumento utilizado para defender este último posicionamento é que o passado não pode ser alterado pelo sujeito do presente, quedando o ato praticado com vício, inválido para sempre.¹⁸⁴ Angela Cassia COSTALDELLO também defende este último posicionamento. Segundo a autora, na convalidação o ato administrativo original permanece inválido; o que ocorre é a edição de um novo ato, este válido, que faz com que os efeitos do ato original sejam mantidos.¹⁸⁵

¹⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 245.

¹⁸³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*, p. 80.

¹⁸⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Obra citada, p. 50-52.

¹⁸⁵ COSTALDELLO, Angela Cassia. Obra citada, p. 140.

Para manter-se a coerência e a lógica no sistema, ambos os posicionamentos devem ser aceitos. Explica-se. Como apontado no item 2.1 do presente estudo, é pacífico, ao menos na doutrina nacional, que o ato administrativo extingue-se com o esgotamento de sua eficácia, com a produção de todos os seus potenciais efeitos. Em outras palavras, o ato administrativo deixa de existir, desaparece do sistema. Ocorre que, como já defendido aqui, não se pode convalidar algo que não existe, um ato administrativo inexistente. No entanto, não há dúvidas de que, em tese, pode-se aproveitar os efeitos de um ato administrativo já com eficácia esgotada (extinto), ou nos termos utilizados pela doutrina majoritária, de que este ato pode ser “convalidado”. E isto somente porque, na verdade, o que se torna válido com a convalidação, nesse caso, não é o ato administrativo inválido, mas sim os efeitos já produzidos por ele. Conclui-se, então, que, nessa hipótese, o que ocorre é a convalidação dos efeitos do ato administrativo e não a convalidação do ato administrativo em si. Todavia, também não há dúvidas de que há a possibilidade de convalidar atos administrativos que ainda não produziram efeitos. Nesse caso, por outro lado, parece claro que ocorre a convalidação do próprio ato administrativo em si. Existe, ainda, a possibilidade de convalidação do ato administrativo que já produziu efeitos, mas que ainda produzirá outros no futuro, hipótese em que será objeto de convalidação não só o ato, como também os efeitos já produzidos.

Há também aqueles, dentre eles Maria Sylvia Zanella DI PIETRO e Celso Antônio Bandeira de MELLO, que incluem no conceito de convalidação a situação em que o vício é saneado por um particular. Isso ocorre quando sua manifestação era pressuposto para a edição do ato, mas este requisito não foi observado e o particular manifesta-se posteriormente.¹⁸⁶ Weida ZANCANER aceita que existem hipóteses em que só a atuação do particular pode sanear o vício, mas entende que em tais hipóteses não se está diante da convalidação, mas de mero saneamento, uma vez que nessas situações a invalidade permanece, apenas é gerada uma barreira à invalidação, com a consequência severa de não poder derivar desse saneamento direito adquirido, já que este só pode advir de atos válidos.¹⁸⁷ Ricardo Marcondes MARTINS, por sua vez, defende que a manifestação do particular seria uma condição necessária, mas não suficiente para a convalidação, de modo que

¹⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 245; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 474.

¹⁸⁷ ZANCANER, Weida. Obra citada, p. 90-91.

deve haver sempre uma atuação estatal no sentido de reconhecer a manifestação do particular para que a convalidação tenha-se por consolidada.¹⁸⁸

Aceita-se esta última posição, por duas razões. Primeiramente, porque não parece razoável que o saneamento promovido pelo particular não gere direito adquirido, ao menos “a priori”. Há casos em que isso efetivamente deve ocorrer. Tome-se como exemplo a aposentadoria de um servidor público “a pedido”, quando este já havia atingido os requisitos previstos no art. 40, § 1º, inciso III, alíneas “a” e “b”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ocorre que, no entanto, o referido servidor não havia a princípio requisitado a aposentadoria, mas posteriormente fez o competente requerimento, inclusive manifestando sua intenção expressa de retroação dos efeitos. Não há como se admitir que após certo tempo, alterados os requisitos para aposentadoria voluntária por emenda constitucional, pretenda-se que referido servidor volte à ativa, alegando-se que da relação jurídica elencada acima não advém direito adquirido, já que nasceu inválida e assim permaneceu, permanecendo igualmente inválidos seus efeitos, estando apenas estabilizados.¹⁸⁹ Ora, não bastasse o administrado ter sido preterido uma primeira vez ao ser surpreendido com a prática de ato administrativo que dependia de sua manifestação (que não existiu), seria preterido novamente; é atitude incompatível com os princípios da proteção da boa-fé dos administrados e da segurança jurídica e por isso, não havendo outros princípios prevalecendo no caso concreto, nos termos da regra da proporcionalidade, não se sustenta. Conclui-se, então, que mesmo os casos em que o vício depende da atuação de um particular para ser saneado podem gerar direito adquirido, a depender da análise dos princípios incidentes no caso concreto, não se tratando de mero saneamento, mas sim de convalidação.

Por outro lado, é cediço que a competência decorre sempre de lei e não há, ao menos em nosso ordenamento jurídico, autorização para que o particular convalide atos administrativos. Logo, partindo-se da premissa elencada no parágrafo acima de que se está diante de uma hipótese de convalidação, esta deve ser

¹⁸⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 281.

¹⁸⁹ Não se adentrará, aqui, no mérito da discussão se há direito adquirido em face de emenda constitucional, uma vez que referida análise afasta-se, em muito, do objeto de estudo desta monografia. Para garantir a integridade do exemplo proposto, admite-se, a princípio, que no caso concreto narrado, por força da ponderação dos princípios incidentes, mesmo uma emenda constitucional não teria forçar de suplantar o direito adquirido em questão.

realizada pela Administração Pública, eis que o administrado não é competente para tanto.

Complementando o já dito acerca do conceito de convalidação, faz-se mister ressaltar que seus efeitos retroagem ao dia em que o ato administrativo original foi praticado, ou seja, a convalidação possui eficácia “ex tunc”. Neste ponto não há dissenso na doutrina pátria.¹⁹⁰

Outro ponto da matéria que não gera maiores controvérsias é a divisão da convalidação em duas espécies: a confirmação e a ratificação. Esta ocorreria quando o ato convalidador é praticado pela mesma autoridade que praticou o ato viciado, já aquela ocorreria quando o ato convalidador é praticado por outra autoridade que aquela que praticou o ato viciado.¹⁹¹

Fixado o conceito afirmativo de convalidação, cumpre agora distinguir este instituto jurídico de outros semelhantes, como a conversão e a redução, pois pode haver certa confusão entre referidos institutos, até em razão de todos promoverem o salvamento dos efeitos do ato viciado, como será demonstrado a seguir.

A conversão consiste na edição de um novo ato pelo Poder Público que tira o ato original de uma categoria em que seria considerado inválido, relocando-o em outra categoria, onde passa a ser considerado válido. A conversão também possui eficácia retroativa, mas difere substancialmente da convalidação, pois não herda os efeitos do ato original tal como foram produzidos anteriormente; aqui são produzidos, de forma retroativa, outros efeitos, os efeitos que derivariam do ato possível de ser praticado sem invalidade quando da edição do ato original (inválido).¹⁹² Um exemplo de conversão seria o aproveitamento de uma nomeação em caráter efetivo para a ocupação de um cargo comissionado, transformando-a em nomeação em comissão.¹⁹³

A compreensão do instituto da redução, por sua vez, é mais fácil. Isso porque nada mais é que uma invalidação parcial: exclui-se a parte inválida do ato, mantendo-se a parte válida, com efeitos retroativos. Ricardo Marcondes MARTINS cita como exemplo de possível redução o aproveitamento do lançamento tributário, em sua parte válida, que considerou a incidência do IPTU sobre um terreno de 100

¹⁹⁰ Por todos: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 245.

¹⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 475.

¹⁹² Idem, *ibidem*.

¹⁹³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Obra citada, p. 659.

m², quando este na verdade possuía apenas 50 m².¹⁹⁴ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, além de denominar este instituto de reforma, ressalta que essa modalidade de sanatória só é passível de ser utilizada quando o ato administrativo possa subsistir mesmo com a exclusão da parte inválida, como é o caso do exemplo colacionado acima.¹⁹⁵

Não se pode confundir ainda a convalidação com a estabilização do vício do ato administrativo. Este tema, entretanto, será analisado no tópico 3.2 - Limitações à Convalidação.

3.1 HIPÓTESES DE CONVALIDAÇÃO

A doutrina nacional, em sua maioria, admite o uso da convalidação para o aproveitamento do ato administrativo viciado e de seus efeitos. Conforme já apontado ao tratar-se da teoria das invalidades, apenas alguns autores defendem que o ato administrativo viciado deve ser anulado sempre, como é o caso de Hely Lopes Meirelles, que vê o princípio da legalidade como um princípio absoluto. No entanto, não se pode olvidar que outros princípios também incidem no atuar administrativo, o que faz com que em algumas situações concretas a legalidade estrita ceda lugar a outros princípios, como a segurança jurídica e a boa-fé, pois só dessa forma consegue-se atingir uma solução justa.¹⁹⁶ Por essa razão, a doutrina majoritária acaba por admitir, em algumas hipóteses, a convalidação do ato administrativo viciado.

Os que aceitam a convalidação do ato administrativo inválido e de seus efeitos podem ser divididos em dois grupos: aqueles que definem a priori um rol exaustivo de hipóteses em que o ato deve (ou pode)¹⁹⁷ ser convalidado e aqueles que não definem antecipadamente qual ato deve ou não ser convalidado. Celso Antônio Bandeira de MELLO fica em uma zona intermediária entre esses dois grupos, pois, apesar de definir a priori que só podem ser convalidados os atos que

¹⁹⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 278.

¹⁹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 208-209.

¹⁹⁶ COSTALDELLO, Angela Cassia. Obra citada, p. 131.

¹⁹⁷ A questão acerca do dever ou faculdade na convalidação do ato, quando esta é possível, pela Administração será tratada no último tópico desta exposição.

possam ser re praticados sem vícios, requisito este também exigido por outros autores, não define exaustivamente em quais hipóteses isso pode ocorrer,¹⁹⁸ deixando certa nebulosidade em seu posicionamento.

Quando a definição das hipóteses em que é cabível a convalidação é feita a priori, em um campo abstrato (antes de se ter consciência das peculiaridades do caso concreto), cada autor trata dessas hipóteses levando em consideração o modelo estrutural que adota, isto é, fixando os casos de convalidação a partir dos vícios que afligem determinados elementos (ou pressupostos)¹⁹⁹ do ato administrativo.

Em relação aos vícios de competência, em geral, tem-se admitido que é sempre possível a convalidação, não fazendo Carlos Ari SUNDFELD distinção entre as situações em que há a usurpação de função e as situações em que há função de fato.²⁰⁰ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO acompanha esse posicionamento, mas faz uma ressalva. Para a autora quando se tratar de caso de competência exclusiva do órgão, como são as hipóteses de competência exclusiva do Presidente da República elencadas no artigo 84 da Constituição da República Federativa do Brasil, então não é possível a convalidação.²⁰¹ Importante mencionar, ainda, que referida autora aponta que a maioria dos autores considera o ato praticado pelo usurpador de função um ato inexistente.²⁰² De fato, em boa parte dos casos em que há a usurpação da função pública os atos administrativos praticados são considerados inexistentes, não por vício de competência, mas por falta do pressuposto de existência intitulado pertinência à função administrativa. No entanto, não se pode olvidar que, dadas as circunstâncias do caso concreto, mesmo havendo o crime de usurpação de função, pode estar presente a pertinência à função administrativa, caso em que a discussão passa a ser no âmbito da validade, aí sim em relação a um vício de competência.

Relacionados aos vícios de competência, estão os vícios de capacidade e de vontade do agente público. Tais vícios, para alguns autores, dentre eles Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, sequer afetam a validade do ato administrativo, pois

¹⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 478.

¹⁹⁹ Cumpre ressaltar que a invalidade apenas atinge os pressupostos de validade e nunca os de existência (objeto e pertinência do ato à função administrativa), já que o plano da existência não se confunde com o da validade, não se podendo convalidar algo que não existe.

²⁰⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. *Obra citada*, p. 61.

²⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Obra citada*, p. 247.

²⁰² *Idem*, p. 239.

na realidade a vontade emana do Estado e o ato é atribuído ao próprio ente estatal, não ao agente.²⁰³ De qualquer modo, mesmo que se admita que a validade do ato administrativo é afetada por esses vícios, pode o ato ser convalidado, já que se pode concluir que mesmo sendo o agente incapaz ou a vontade estando viciada, a decisão tomada foi a correta.²⁰⁴ Aliás, cumpre ressaltar que nos atos jurídicos de direito privado também se procede dessa maneira: o Código Civil brasileiro de 2002 nos incisos I e II do artigo 171 versa que são anuláveis os atos viciados por incapacidade relativa do agente e por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (vícios de vontade), sendo que logo em seguida no artigo 172 enuncia que o negócio anulável pode ser confirmado (convalidado) pelas partes, salvo direito de terceiro. A incapacidade absoluta, por outro lado, na sistemática do Código Civil, torna o ato de direito privado nulo (artigo 166, inciso I), ou seja, impassível de invalidação. Entretanto, no direito administrativo essa sistemática acerca da incapacidade absoluta não pode ser admitida, já que, por exemplo, se um adolescente de 14 anos toma uma decisão correta em nome da Administração Pública, ou porque a competência era vinculada ou porque mesmo havendo discricionariedade o ato praticado está de acordo com o interesse público, a convalidação desse ato parece ser a melhor medida a ser adotada, até por força do princípio da eficiência consagrado no artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ao tratar-se da convalidação dos vícios de forma faz-se necessário distinguir o tratamento esposado por aqueles que seguem o modelo estrutural da Lei da Ação Popular daqueles que seguem o modelo inaugurado por Celso Antônio Bandeira de Mello. Para estes últimos falar em vício de forma é algo sem sentido, quanto mais a sua convalidação, uma vez que sem forma o ato inexistente e não se pode convalidar algo que não existe.²⁰⁵ O que pode haver é vício de formalidade, que é quando não é observada a forma peculiar prevista em lei e nesses casos a convalidação é admitida.²⁰⁶ Os seguidores do modelo da Lei da Ação Popular não fazem a distinção entre forma e formalidade, razão pela qual a problemática exposta supra não se põe. No entanto, essa corrente também admite a convalidação quando há vício de forma,

²⁰³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Obra citada, p. 192.

²⁰⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Obra citada, p. 63-64.

²⁰⁵ Idem, p. 60-61.

²⁰⁶ ZANCANER, Weida. Obra citada, p. 88.

desde que a forma não seja essencial à validade do ato administrativo;²⁰⁷ ela sempre será essencial quando fixada a fim de garantir direitos individuais dos administrados.²⁰⁸

No que concerne aos vícios de conteúdo, em geral, tanto os seguidores do modelo encabeçado por Celso Antônio Bandeira de Mello, quanto os seguidores do modelo da Lei da Ação Popular, negam a possibilidade de convalidação do ato com vício de conteúdo. Isso porque como o conteúdo é a essência do ato, conforme ensina Weida ZANCANER, ao reproduzir-se o ato, o erro também se repetirá.²⁰⁹ O que é cabível nesses casos é a conversão ou até mesmo a redução, que não se confundem com a convalidação, já que nessas modalidades de aproveitamento dos efeitos do ato administrativo inválido há a alteração do conteúdo do ato administrativo. Importante ainda fazer a mesma ressalva feita quando se tratou da convalidação dos atos eivados por vícios de forma. Não se pode olvidar que para os seguidores do modelo inaugurado por Celso Antônio Bandeira de Mello o conteúdo (genérico) é um elemento do ato administrativo e sua ausência implica na inexistência do ato. Logo, não há nenhum sentido em cogitar-se da convalidação do ato com vício de conteúdo. Para manter-se a integridade do sistema, faz-se mister reconhecer que os vícios tratados acima, que em tese não admitem convalidação, na verdade são vícios de contentorização, ou seja, relacionados ao conteúdo específico que o ato deveria ter para estar em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, que aí sim estão ligados à validade do ato administrativo.

Do mesmo modo, em geral, o ato com vício de finalidade também é visto como inconvalidável. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO aponta que tanto nos casos que o interesse público é violado, como nos casos em que a finalidade é diversa da apontada pela lei não se pode convalidar o ato administrativo.²¹⁰ Isso porque, conforme ensina Carlos Ari SUNDFELD, ao repetir-se o ato, com o mesmo conteúdo, a finalidade em desconformidade com a lei continuaria a ser atingida. Não se pode olvidar que o vício de finalidade é objetivo e independe da vontade do agente querer atingir finalidade inadmitida. Assim, mesmo que este repita o ato, despidendo-se da má-fé, persiste o vício de finalidade, inconvalidável. No entanto,

²⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 248.

²⁰⁸ Idem, p. 209.

²⁰⁹ ZANCANER, Weida. Obra citada, p. 94.

²¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada, p. 248.

ressalta-se que, nos casos de discricionariedade, em que não se pode definir objetivamente se houve ou não desvio de finalidade, havendo má-fé do administrador, então haverá a presunção absoluta de que houve desvio de finalidade.²¹¹

Também não se admite, em geral, a convalidação do ato administrativo eivado de vício de motivo, já que este vício deriva da ausência de uma situação fática que ensejaria a prática do ato administrativo (ou não há fato qualquer ou o fato não se subsume à norma), não se podendo alterar, com efeitos retroativos, uma situação de fato; o fato que autoriza a prática do ato administrativo continuaria a não existir.²¹² Segundo Carlos Ari SUNDFELD, mesmo se o fato ocorrer posteriormente, nem assim poder-se-á convalidar o ato administrativo, já que para poder convalidar, faz-se necessária a re prática do ato sem vício, mas não porque ele poderia ser re praticado sem vício hoje e sim porque ele poderia ter sido praticado sem vício à época em que surgiu, o que não acontece nesse caso.²¹³ Antônio Carlos Cintra do AMARAL, contudo, entende que nas hipóteses em que o fato ocorre posteriormente a convalidação é sim possível, mas os efeitos do ato convalidador só irão valer a partir do momento em que se deu o fato tido como requisito legal para a prática do ato administrativo.²¹⁴ Entende-se que o posicionamento deste último autor está correto, uma vez que, na esteira do que já foi dito por Ricardo Marcondes Martins acerca dos efeitos da invalidação do ato administrativo, admite-se que, da mesma forma que na invalidação, a convalidação pode não só ter efeitos “ex tunc” desde a produção do ato viciado, como também possa ter efeitos “ex tunc” iniciados a partir de uma data posterior, a depender das circunstâncias do caso concreto. Por razões óbvias, na convalidação não se admite a eficácia meramente “ex nunc” ou “pro futuro”, pois nesses casos não há o aproveitamento dos efeitos produzidos no passado, o que acaba por descaracterizar o próprio instituto da convalidação.

Questão afim à possibilidade de convalidação do ato administrativo com vício de motivo é a possibilidade de convalidação do ato administrativo com vício de motivação, uma vez que a motivação nada mais é que a exposição dos motivos. Há toda uma discussão acerca de quando a motivação é obrigatória, tendo se defendido

²¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Obra citada, p. 68.

²¹² ZANCANER, Weida. Obra citada, p. 92.

²¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. Obra citada, p. 64-65.

²¹⁴ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Obra citada, p. 65.

que deve ser ela obrigatória sempre. É relevante ressaltar que, independentemente dessa discussão, em geral, aponta-se que para que a motivação seja válida ela deve ser anterior ou contemporânea à prática do ato, inadmitindo-se sua convalidação.²¹⁵ No entanto, não havendo lesão aos direitos dos administrados, Carlos Ari SUNDFELD admite a sua convalidação.²¹⁶ Problema trazido pela doutrina é saber como tratar a situação em que, no exercício de competência discricionária, o agente expõe como motivo que fundamentou a prática de um determinado ato administrativo um fato que não ocorreu, sendo que há outro fato que efetivamente ocorreu e que poderia satisfatoriamente embasar o ato administrativo já praticado. Weida ZANCANER, calcada na teoria dos motivos determinantes, aponta que o agente público está vinculado ao motivo que primeiramente enunciou, não havendo a possibilidade de convalidar-se o ato administrativo se o motivo específico descrito pelo agente não existiu.²¹⁷ Para Marçal JUSTEN FILHO, contudo, a teoria dos motivos determinantes precisa ser adaptada aos novos tempos. Isso implica em admitir-se a convalidação²¹⁸ do ato com vício de motivação quando, posteriormente, a Administração demonstre a existência de outros motivos, que de fato existiram, e que justificavam o ato administrativo praticado. O mais grave não é desrespeitar a motivação, mas sim desatender as necessidades coletivas. Se estas foram observadas e satisfeitas não há porque não se admitir a convalidação do ato administrativo por motivação tardia, se os motivos expostos posteriormente efetivamente ocorreram.²¹⁹ Ricardo Marcondes MARTINS também admite a possibilidade de convalidação se os verdadeiros fatos, por mais que não expostos pelo administrador, justificavam a edição do ato administrativo.²²⁰

Os vícios de causa, por sua vez, também são apontados pela doutrina como inconvaleáveis, posto que inexistindo pertinência lógica entre o motivo e o conteúdo do ato praticado, em vista da finalidade que deveria atingir, a repetição do ato administrativo manteria essa impertinência.²²¹

²¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 402.

²¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Obra citada, p. 68.

²¹⁷ ZANCANER, Weida. Obra citada, p. 93.

²¹⁸ O autor não usa este termo especificamente, mas a idéia que procura transmitir encaixa-se perfeitamente no que se entende por convalidação. Como já exposto acima, para o autor, havendo motivação tardia, mas sendo expostos motivos que realmente existiram, não se poderia sequer falar na existência de vício.

²¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 379-380.

²²⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 291-294.

²²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Obra citada, p. 69-70.

Por fim, para tratar de todos os elementos/pressupostos de validade, resta analisar a possibilidade de convalidação dos atos eivados de vícios referentes aos requisitos procedimentais, ou seja, dos casos em que há a falta de um ato que a lei diz que deveria anteceder ao ato administrativo em si. Duas situações distintas podem aparecer nesta seara: o ato faltante deveria ter sido praticado por um particular ou o ato faltante deveria ter sido praticado pela própria administração. Quando o ato deveria ter sido praticado pelo particular e esta o pratica posteriormente, a convalidação seria possível desde que não houvesse prejuízo a terceiros e o administrado manifeste-se expressamente pela eficácia retroativa do ato,²²² ficando ressalvado que nesse caso, embora o ato faltante seja produzido pelo próprio particular, a convalidação não deixa de ser feita pela Administração, como já sustentado supra. Existindo falta por parte da Administração Pública a convalidação é admitida, segundo Weida ZANCANER, quando a ausência do ato faltante não prejudicar a finalidade pela qual o próprio procedimento no qual o ato está inserido existe. Havendo o desvirtuamento dessa finalidade a convalidação é defesa.²²³

Contrastando com a corrente exposta acima, há uma outra corrente que sustenta que as hipóteses de convalidação não devem ser fixadas a priori. Isso porque, conforme ensinamento de Miguel Seabra FAGUNDES, no Direito Administrativo não importa tanto a natureza do vício em si, mas sim as repercussões desse vício em relação ao interesse público.²²⁴ Dessa forma, seria a partir da consideração das circunstâncias do caso concreto que se verificaria se o ato administrativo poderia ser convalidado ou não.

Ricardo Marcondes MARTINS é adepto dessa corrente, já que aponta que, constatado o vício, a escolha do meio de correção (invalidação, redução, conversão, convalidação ou invalidação e concomitante edição de outro ato) será obtida a partir da ponderação dos princípios incidentes no caso concreto. No entanto, admite que, a princípio, a convalidação tem preferência frente aos demais modos de correção do vício por força do princípio da presunção de regularidade das normas jurídicas, sem contar que a invalidação sempre tem um custo econômico, como uma eventual indenização de terceiros de boa-fé, por exemplo.²²⁵ Como enuncia Jacintho Arruda

²²² Idem, p. 66-67.

²²³ ZANCANER, Weida. Obra citada, p. 89.

²²⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 49.

²²⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 291-292.

CÂMARA, em virtude da presunção de legitimidade, há uma expectativa não só dos administrados, mas do próprio sistema jurídico de que os efeitos do ato administrativo perdurem, daí a preferência pela convalidação.²²⁶ A presunção de legitimidade, conforme ensina Angela Cassia COSTALDELLO, trata-se, pois de uma verdadeira garantia aos destinatários do ato administrativo de que a Administração agiu conforme o Direito.²²⁷

Ricardo Marcondes MARTINS, no entanto, não descarta integralmente os ensinamentos da corrente que define as hipóteses de convalidação fixadas a priori. Afirma que, de fato, tais hipóteses constituem uma regra geral, uma diretriz a ser observada na maioria dos casos. Contudo, como é a ponderação dos princípios incidentes no caso concreto que indica o meio de correção cabível, esta pode levar ao afastamento da aplicação da regra geral.²²⁸

Segundo Emerson GABARDO, a princípio qualquer ato administrativo pode ser convalidado, seja qual for o seu vício. Para o autor, basta que alguns pressupostos estejam presentes: terceiros de boa-fé que se beneficiaram com os efeitos do ato; presença de um bem jurídico maior a ser protegido, sendo que sua proteção deve atender mais ao interesse público que a anulação do ato; os beneficiados pelo ato não podem ter atuado para a confecção do ato ou se atuaram não podem estar de má-fé.²²⁹ A análise da presença desses pressupostos não deixa de ser uma ponderação dos princípios incidentes, tendo sido fixadas situações que *prima facie* dão peso maior à convalidação. Conclui-se, então, que o que efetivamente interessa para a definição das hipóteses de convalidação (e também de invalidação) é a ponderação dos interesses em jogo, a aplicação do princípio da razoabilidade, e não a simples identificação de qual elemento do ato administrativo é atingido pelo vício.²³⁰ Em resumo, nas palavras de Angela Cassia COSTALDELLO, a possibilidade de convalidação do ato inválido é avaliada no caso concreto, a partir

²²⁶ CÂMARA, Jacintho Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. In: *Revista Diálogo Jurídico*, p. 13. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-JACINTHO-ARRUDA-CAMARA.pdf>. Acesso em 10 de Outubro de 2011.

²²⁷ COSTALDELLO, Angela Cassia. Obra citada, p. 134.

²²⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 293-295.

²²⁹ GABARDO, Emerson. Obra citada, p. 205.

²³⁰ Idem, p. 207-208.

do sopesamento dos princípios e valores incidentes, independentemente de qual elemento do ato é viciado.²³¹

Concorda-se com o posicionamento sustentado por Ricardo Marcondes Martins e por Emerson Gabardo. Com efeito, não há qualquer ato administrativo que pode ser fixado a priori como um ato inconvalidável. Muito pelo contrário, havendo uma preferência do sistema pela convalidação, a princípio, todos os atos são convalidáveis. A conclusão final dependerá da análise das circunstâncias do caso concreto e da ponderação dos princípios incidentes. Isso implica em aceitar que em alguns casos um ato eivado de vício considerado por muitos como grave seja convalidado e, pela mesma lógica, que em outros casos um ato eivado de vício considerado por muitos como leve seja invalidado. Implica, assim, em respostas nem sempre unânimes diante do caso concreto, uma vez que, por mais que se busque objetivar a ponderação dos princípios pela regra de proporcionalidade, não há como negar que certa subjetividade ainda assim permanece, até porque os próprios conceitos de determinados princípios não só não são unânimes entre os doutrinadores, como também gozam de uma certa fluidez, uma vez que as definições dos princípios jurídicos vão mudando com o passar do tempo, amoldando-se às mudanças da sociedade. Alguns dirão que essa solução traz incerteza jurídica, como de fato traz. No entanto, trata-se de um mal necessário a fim de tentar prevenir a ocorrência de injustiças que muitas vezes não se consegue antever. Ademais, a fluidez dos conceitos dos princípios é importante, pois oxigena o sistema, impedindo a estagnação no tempo, o que o rol fechado de hipóteses de convalidação não proporciona. Parece claro, por exemplo, que o que se entende por eficiência hoje não é o mesmo que se entendia por eficiência há 50 anos atrás, daí a relevância da fluidez dos conceitos dos princípios. Para minimizar a incerteza, todavia, é que se admite a importância e utilidade das hipóteses pré-fixadas de convalidação e de invalidação, pois elas indicam, em geral, a melhor decisão a ser tomada, isto é, indicam a mesma decisão a que se chegaria pela ponderação dos princípios incidentes. Contudo, é apenas na análise do concreto que se poderá verificar com certeza a retidão das soluções pré-estabelecidas, posto que estas poderão ser afastadas em virtude de circunstâncias do caso concreto.

²³¹ COSTALDELLO, Angela Cassia. Obra citada, p. 141.

Assim, para chegar-se a uma solução razoável e proporcional, devem ser ponderados, dentre outros, principalmente os princípios da legalidade, da eficiência administrativa, da segurança jurídica, do interesse público, da dignidade da pessoa humana, da boa-fé dos administrados,²³² da confiança legítima dos administrados e da aparência, sem se olvidar, ainda, das limitações à convalidação, que impedem que esse meio de correção seja utilizado.

3.2 LIMITAÇÕES À CONVALIDAÇÃO

A doutrina pátria elenca, em tese, algumas situações que impedem que a convalidação do ato administrativo seja efetivada. Basicamente três são as situações apontadas como barreiras à convalidação do ato administrativo: a coisa julgada (tanto a tradicional, decorrente de decisão jurisdicional, como a administrativa), a impugnação do interessado e o decurso do tempo.

Quanto à decisão judicial transitada em julgado, que forma a coisa julgada material, não há muita discussão acerca de seu caráter limitador da convalidação. A doutrina nacional sustenta que se uma decisão judicial transitada em julgado determinou a invalidação do ato administrativo, então ele não poderá ser convalidado em nenhuma hipótese pela Administração, e a princípio, também em nenhuma hipótese pelo Poder Judiciário. Todavia, segundo Ricardo Marcondes MARTINS, a regra comporta duas exceções quanto à atuação do Poder Judiciário: a propositura de ação rescisória dentro do prazo legal de 2 anos (artigo 495 do Código de Processo Civil) ou o requerimento de desconstituição da coisa julgada, quando esta é inconstitucional.²³³ Esta última exceção trata-se do que a doutrina processualista vem denominando de relativização da coisa julgada, admitida apenas em alguns casos, excepcionalíssimos, e com muita cautela, quando a partir da ponderação da segurança jurídica com outros valores igualmente garantidos na

²³² Podem haver casos em que a boa-fé a ser protegida é a da Administração Pública, ante uma atuação fraudulenta do administrado, por exemplo. No entanto, como aponta Angela Cassia COSTALDELLO, na maioria das vezes a boa-fé é invocada pelo administrado para proteger-se de excessos cometidos pela Administração e não o contrário (COSTALDELLO, Angela Cassia. *A invalidade dos atos administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*, p. 112)

²³³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 349.

Constituição Federal, estes prevalecem, afastando injustiças tidas como insuportáveis pelo sistema.²³⁴ Há autores, dentre eles Luiz Guilherme MARINONI, contudo, que rejeitam a possibilidade da relativização da coisa julgada material, sustentando que a incerteza eterna gerada aos cidadãos não deixa de ser uma injustiça grave.²³⁵ De fato, o argumento trazido pelo doutrinador é extremamente plausível. No entanto, como não se pode antever todas as situações que o mundo concreto pode trazer, entende-se necessário deixar a porta encostada (nem aberta, nem cerrada), admitindo como possível a relativização da coisa julgada material, além do prazo legalmente estabelecido para a propositura da ação rescisória, em situações excepcionalíssimas diante do caso concreto, ainda que isto traga insegurança jurídica. O que não há como se negar é que efetivamente a existência da coisa julgada material constitui fortíssima razão prima facie à manutenção da invalidação do ato administrativo determinada pela decisão transitada em julgado. Conclui-se, então, que, havendo coisa julgada determinando a invalidade do ato administrativo, não pode o Judiciário, por nova decisão judicial, convalidar o ato administrativo, salvo nas duas exceções elencadas acima. Por outro lado, não pode a Administração Pública, em hipótese alguma, pela autotutela, convalidar o ato administrativo, a não ser de maneira indireta, através de pedido judicial, com base em uma das duas exceções.

Enquanto a coisa julgada é o efeito de imutabilidade que deriva de uma decisão definitiva no processo jurisdicional, a coisa julgada administrativa é o efeito de imutabilidade que deriva de uma decisão definitiva no processo administrativo. Importante ressaltar, contudo, que a coisa julgada administrativa, na realidade, não é coisa julgada propriamente dita.²³⁶ Isso porque a coisa julgada administrativa só gera imutabilidade no âmbito da Administração Pública, posto que, por força do que dispõe o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Ou seja, toda decisão que faz coisa julgada administrativa pode ser revista pelo Poder Judiciário, sem exceção, o que já revela que a coisa julgada

²³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 314-316.

²³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Relativizar a Coisa Julgada Material?* Artigo disponibilizado no site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. p. 16-20. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni%284%29%20-formatado.pdf>>.

Acesso em 20 de outubro de 2011.

²³⁶ No entanto, a terminologia coisa julgada administrativa será utilizada, pois já consagrada pelo uso.

administrativa, para o Judiciário, enquanto em exercício da atividade jurisdicional, não gera óbice algum à convalidação. Quem pode provocar o aparato judiciário, nesse caso, é apenas o administrado, uma vez que, como enuncia Ricardo Marcondes MARTINS, não se pode admitir que a Administração Pública questione uma decisão que ela mesmo proferiu, sob pena de ser sacrificado o clássico brocardo que versa que ninguém pode aproveitar-se da própria torpeza.²³⁷ Já em âmbito administrativo, à princípio, a coisa julgada administrativa deve ser respeitada pela Administração. Há uma forte razão prima facie à manutenção da decisão proferida, mas nada impede que a ponderação dos princípios incidentes no caso concreto indique outra solução. Ricardo Marcondes MARTINS admite, por exemplo, que se pode revisar o que já foi decidido, desrespeitando a coisa julgada administrativa, quando há um elemento novo (fato novo ou fato velho, porém antes desconhecido).²³⁸ No que tange à possibilidade de relativização da coisa julgada administrativa, entende-se que há uma forte razão prima facie a sua não admissão, sendo cabível apenas em situações excepcionalíssimas, até por força dos princípios da boa-fé do administrado, da confiança e da lealdade processual, podendo ser aproveitado o que já foi dito quando da análise da relativização da coisa julgada tradicional (analogia da porta).

Em relação à impugnação do administrado, a doutrina majoritária afirma que se trata de uma barreira absoluta à convalidação, restando esta vedada, ainda que antes considerada possível. Mesmo que se admita esse posicionamento, tem-se que a impugnação, no entanto, para que promova essa vedação, deve ser promovida pelo diretamente interessado e não por qualquer administrado, seja pela via administrativa, seja pela via judicial.²³⁹⁻²⁴⁰ Celso Antônio Bandeira de MELLO sintetiza bem os fundamentos utilizados por essa corrente ao enunciar que “A administração não pode convalidar um ato viciado se este já foi impugnado, administrativa ou judicialmente. Se pudesse fazê-lo, seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração, e

²³⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 361.

²³⁸ Idem, p. 360.

²³⁹ ZANCANER, Weida. Obra citada, p. 72-73.

²⁴⁰ Independentemente de subscrever o posicionamento de que feita a impugnação fica vedada a convalidação, parece que de qualquer forma uma ressalva deve ser feita em relação à afirmação de que a impugnação deve ser feita pelo diretamente interessado para efetivamente constituir óbice à convalidação: nos casos em que a impugnação é feita por Ação Popular, como qualquer cidadão tem legitimidade para sua propositura, por força do que dispões o inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o interesse direto não seria necessário.

não do dever de obediência à ordem jurídica”.²⁴¹ O mesmo autor, contudo, traz uma exceção à regra, que é quando a motivação do ato vinculado é feita somente após a impugnação do ato administrativo e os motivos realmente pré-existiam. Nesses casos a impugnação não teria o efeito de impossibilitar a convalidação do ato administrativo.²⁴² Como já visto, Marçal JUSTEN FILHO também admite essa hipótese, não restringindo apenas aos atos de competência vinculada.²⁴³

Posicionamento diametralmente oposto é o de Sérgio FERRAZ. Para este autor a impugnação, judicial ou administrativa, não constitui um óbice à convalidação. Isso porque afirma que admitir o contrário seria dar maior valor a um interesse egocêntrico que ao interesse público. Em síntese, sustenta o autor que se a Administração tinha o dever de convalidar o ato, este dever, mesmo que o ato seja impugnado, permanece, haja vista que o interesse público em seu saneamento e manutenção dos efeitos que produziu não é alterado.²⁴⁴

Há ainda uma posição intermediária, defendida por Ricardo Marcondes MARTINS, que não veda a convalidação do ato administrativo quando há impugnação do vício pelo administrado, mas sustenta que tal impugnação gera uma razão prima facie a favor da invalidação, ou seja, dá um peso maior à invalidação quando da ponderação de princípios que deve ser feita no caso concreto.²⁴⁵

O entendimento mais acertado parece ser o de Sérgio Ferraz. Com efeito, como aponta Ricardo Marcondes Martins, uma ponderação de princípios deverá ser feita para que se chegue à forma cabível de correção do vício, podendo-se chegar à conclusão de que é a convalidação. Contudo, a existência de impugnação não muda os princípios incidentes no caso concreto, nem o seu peso, de modo que antes ou depois da impugnação a solução deve ser rigorosamente a mesma. Em primeiro lugar porque a impugnação não traduz necessariamente a boa-fé do administrado: ou há boa-fé ou não há, e, em sendo esta aferida, o princípio da boa-fé deverá de fato ser levando em consideração no cotejo dos princípios, mas não é a impugnação que cria a boa-fé; ou ela já existia antes ou não. Ademais, o interesse do administrado, enquanto cidadão, deveria ser na correção da legalidade do ato. Ora,

²⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 474.

²⁴² Idem, *ibidem*.

²⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada, p. 379-380.

²⁴⁴ FERRAZ, Sergio. Extinção dos Atos Administrativos: Algumas Reflexões. In: *Revista de Direito Administrativo*, p. 63-64.

²⁴⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 395-597.

não se pode olvidar que não só pela invalidação, mas também pela convalidação há a correção da legalidade, não podendo o administrado insurgir-se contra ela. Havendo prejuízo ao administrado na edição do ato pode este pleitear perdas e danos contra a Administração, mas jamais poderá exigir a invalidação do ato administrativo, se o interesse público, ditado justamente pela ponderação dos princípios incidentes no caso concreto, exigir modo de correção diverso.

Por fim, tem-se que o decurso do tempo, sem dúvida, pode constituir obstáculo intransponível à convalidação, por mais que os efeitos sejam mais efetivos no impedimento da invalidação, já que com o decurso do tempo o vício permanece. Essa barreira pode formar-se por duas situações: ou pela chamada estabilização do vício ou ainda pelo decurso de um prazo específico previsto em lei. Quanto a esta última hipótese faz-se mister distinguir os prazos prescricionais dos prazos decadenciais.

Segundo a doutrina clássica, conforme enuncia Yussef Said CAHALI, prescrição seria a perda do direito de ação, enquanto que decadência seria a perda de um direito em si, que não o de ação.²⁴⁶ Este conceito simplista, já contestado em alguns pontos pela doutrina mais atual, serve para os propósitos deste estudo. Levando-se em consideração os conceitos expostos acima, só pode ser obstáculo à convalidação a decadência e não à prescrição, já que o direito (dever) de convalidar não se confunde com o direito de ação. Como ensina Weida ZANCANER, a Administração Pública não precisa utilizar-se da ação para invalidar seus atos, e por isso é somente com o instituto da decadência que a segurança jurídica é realmente resguardada, muito embora a doutrina muitas vezes fale em prazo prescricional.²⁴⁷

Isso não quer dizer os atos administrativos viciados não se sujeitem à prescrição. Eles de fato sujeitam-se, mas não é a prescrição que obsta a convalidação. A prescrição obsta o acesso do administrado ao Poder Judiciário, ainda que por via reflexa acabe por impedir a convalidação pelo Estado Juiz, já que este só pode atuar mediante provocação. O Estado Administração, portanto, ao apreciar o vício do ato administrativo sujeita-se a um prazo decadencial, com todas as conseqüências que daí advém. Isso implica afirmar que, como ensina Emerson

²⁴⁶ CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*, p. 22.

²⁴⁷ ZANCANER, Weida. *Obra citada*, p. 98.

GABARDO, o prazo além de não poder ser suspenso ou interrompido, inicia-se desde a data em que o ato foi praticado, justamente por ser decadencial.²⁴⁸

Há ainda, em tese, outro prazo importante nesta seara: o prazo que tem o administrado para impugnar o ato viciado perante a Administração, que, por não referir-se à ação jurisdicional, também é decadencial.²⁴⁹ Conforme versa o art. 6º do Decreto 20.910/1932, “O direito à reclamação administrativa, que não tiver prazo fixado em disposição de lei para ser formulada, prescreve (sic) em um ano a contar da data do ato ou do fato do qual a mesma se originar”. Esse prazo, contudo, na esteira do pensamento de Emerson GABARDO, não merece ser observado, uma vez que a Administração, por ter o dever, com será visto adiante, de corrigir o vício, não pode simplesmente fechar os olhos ao ser “acordada” pelo administrado da existência de um vício, desde que a reclamação do administrado seja feita dentro do prazo decadencial referente ao direito (dever) de convalidar ou invalidar, da Administração.

A discussão acerca do prazo decadencial que a Administração Pública tem para apreciar o vício do ato administrativo, corrigindo-o, fica em determinar qual é esse prazo. Primeiramente, deve ter-se em mente que cada ente administrativo pode legislar acerca dos prazos decadenciais para anulação e convalidação do ato administrativo, já que se trata de matéria de direito administrativo, não determinado pela Constituição Federal como competência exclusiva da União, nem como competência concorrente da União com os Estados. Apesar dessa capacidade legislativa autônoma, importante frisar, na esteira do que ensina Romeu Felipe BACELLAR FILHO, que todos os entes federativos devem respeitar as normas constitucionais, uma vez que estas se encontram no topo do sistema.²⁵⁰

A União possui legislação federal genérica tratando desse tema: o artigo 54 da Lei 9.784/1999 dispõe que o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, salvo comprovada má-fé. Podem haver ainda, como ressalta Emerson GABARDO, leis especiais que tratem do prazo decadencial para situações específicas.²⁵¹ No entanto, na maioria dos casos os demais entes administrativos

²⁴⁸ GABARDO, Emerson. Obra citada, p. 215.

²⁴⁹ FERRAZ, Sergio. Obra citada, p. 64.

²⁵⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. p. 31.

²⁵¹ GABARDO, Emerson. Obra citada, p. 215.

não possuem lei tratando desse assunto, como nem a União possuía até alguns anos atrás. Cumpre então determinar qual o prazo decadencial aplicável quando da inexistência de legislação.

Regis Fernandes de OLIVEIRA defende que na falta de regra expressa tratando do assunto não há prazo para que o Poder Público invalide um ato, seja este nulo ou anulável.²⁵² Já Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO utiliza-se justamente da dicotomia nulo e anulável, trazida do Código Civil, para concluir que ambos prescrevem,²⁵³ mas os nulos em um prazo longo, apontado pelo autor como de 20 anos (maior prazo fixado pelo Código Civil de 1916) e os anuláveis em um prazo menor, a depender do vício. Quanto aos vícios de vontade, por exemplo, conforme dispunha o antigo Código Civil de 1916, o prazo era de quatro anos.²⁵⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, sustenta, em suma, que os atos inexistentes (dotados de vício muito graves) são imprescritíveis (incaducáveis), mas que tanto os atos nulos quanto anuláveis, na falta de regra específica dispendo de modo diverso, decaem no prazo de 05 anos.²⁵⁵

O primeiro posicionamento não pode ser aceito porque o sistema jurídico, em geral, não admite que as situações fiquem pendentes eternamente. Quando admite, o faz por regra expressa, como há alguns casos na Constituição da República.²⁵⁶ Ademais, não é razoável que o administrado passe a vida inteira na incerteza. O segundo posicionamento é plausível. O terceiro também, ressalvados os fatos de que, como já exposto, o vício muito grave não gera a inexistência e o ato inexistente não pode ser convalidado ou invalidado. Pende-se, todavia, a aceitar o último, pois por conta do interesse público presente em todo regime jurídico administrativo acredita-se não haver a possibilidade de graus de invalidade. A Lei 9.784/1999 também não faz essa distinção, o que reforça a tese defendida, uma vez que, na ausência de norma legal na esfera dos demais entes administrativos, parece mais acertado ser utilizado como fonte de analogia uma norma de direito público (Lei 9.784/1999) e não uma norma de direito privado, inserida em um regime jurídico diverso, como é o Código Civil, onde os graus de invalidade são adotados. Ademais,

²⁵² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Obra citada, p. 131.

²⁵³ Segundo o posicionamento adotado, leia-se decaem.

²⁵⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Obra citada, p. 660.

²⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 484.

²⁵⁶ Ex: o crime de racismo é imprescritível (artigo 5º, inciso XLII); os imóveis públicos são imprescritíveis, não podem ser adquiridos por usucapião (artigo 183, § 3º).

também a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965) aponta como prazo prescricional da referida ação o período de cinco anos, não fazendo distinção entre os casos de nulidade e anulabilidade quanto a esse prazo. Vale ressaltar que se trata de norma também de direito público e que, portanto, poderia igualmente ser utilizada analogicamente como base para a fixação do prazo decadencial para a Administração corrigir seus atos.

Pacificada a questão quando há a ausência legislativa, cumpre voltar à análise do artigo 54 da Lei 9.784/1999. Esse artigo determina que o prazo para o Poder Público anular seus atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, salvo má-fé comprovada.²⁵⁷ E se do ato não decorrem efeitos favoráveis e há má-fé comprovada? Se foi feita uma ressalva pelo legislador parece claro que às exceções não se aplica o mesmo prazo que à regra, como quer Juarez FREITAS, ainda que se sustente a mudança do termo inicial da contagem do prazo – segundo o referido autor, havendo má-fé, o prazo de 05 anos contar-se-ia a partir do conhecimento do ato lesivo.²⁵⁸ Pelas razões já expostas acima, tampouco se pode supor que tais exceções são incaducáveis. Desse modo, faz-se necessário chegar-se a um prazo razoável a partir da analogia com outras normas. Por óbvio o prazo decadencial dos atos praticados com má-fé deve ser maior que dos praticados com boa-fé, pois o sistema repudia a má-fé, fazendo com que a Administração tenha mais tempo para corrigir o vício adjetivado por ela. Assim, na falta de norma de direito público a que possa socorrer-se, busca-se o prazo na regra geral do Código Civil (artigo 205), que prevê o prazo prescricional máximo de 10 anos.²⁵⁹ Importante ressaltar apenas que tal prazo, no campo administrativo, deve ser visto como decadencial.

Decorrido o prazo decadencial, fica à Administração impedida de corrigir o vício do ato administrativo, não podendo nem invalidar, nem convalidar. O vício permanece, mas sem causar estranheza ao sistema, devido ao princípio da

²⁵⁷ Há controvérsia na doutrina acerca se essa má-fé refere-se à má-fé tão somente do administrado ou também do agente público. A palavra má-fé parece ligar-se, até pela proximidade na oração, ao termos seus destinatários; é como se esses termos estivessem implícitos após a palavra má-fé. Sendo assim, sustenta-se, junto com Sergio Ferraz (*Extinção dos Atos Administrativos: Algumas Reflexões*. In Revista de Direito Administrativo, p. 65), que a má-fé a ser considerada é apenas a do administrado. Havendo má-fé do administrado, independentemente de haver má-fé do agente público, está configurada a exceção. Em sentido contrário, considerando-se também a má-fé do agente público: MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*, p. 468.

²⁵⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, p. 425.

²⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 485.

segurança jurídica. Carlos Ari SUNDFELD, fazendo analogia com a reação infecciosa que um organismo vivo sofre com a presença de um corpo estranho, bem explica esse fenômeno: “por vezes, não se efetua a invalidação e o corpo estranho vai se integrando ao organismo que invadiu, sendo absorvido lentamente por ele, até que a tensão se extinga, desaparecendo a febre. Quando se chega a tal ponto, extirpar-se aquele corpo, originalmente estranho, seria como que amputar uma parte do próprio organismo que se quer defender, já que, a essa altura, ambos fundiram-se harmonicamente”.²⁶⁰

Esse fenômeno, contudo, pode acontecer em um período de tempo inferior que o fixado como prazo decadencial. Isso ocorre quando, por força dos princípios incidentes no caso concreto, notadamente o da boa-fé dos administrados, o vício é saneado espontaneamente, sem qualquer atuação da Administração ou dos administrados. Chamar-se-á essa situação, acompanhando Ricardo Marcondes MARTINS, de estabilização do vício.²⁶¹ Celso Antônio Bandeira de MELLO, por sua vez, socorrendo-se do postulado da proporcionalidade, ainda que sem mencionar, aponta que essa situação justifica-se nos casos em que a desconstituição do ato viciado fosse causar mais danos à ordem jurídica que os já resultantes do vício do ato. Ainda sustenta que a estabilização do vício só caberia quando o ato viciado fosse ampliativo de direitos,²⁶² com o que não se concorda, eis que ao menos em tese pode-se imaginar atos restritivos de direitos viciados que, pelos princípios incidentes no caso, estabilizem-se. Um exemplo elucidada a questão. Imagine-se uma danceteria em um bairro qualquer de uma cidade. O imóvel é então desapropriado pelo poder municipal por utilidade pública, para que lá se edifique um posto de saúde. Passados três anos descobre-se que o ato de desapropriação foi editado com desvio de finalidade, visto que o antigo prefeito confessou ter desapropriado o imóvel por ter um grande desafeto com o antigo dono, sabendo que o empreendimento era altamente lucrativo. Ocorre que, nesses três anos, o posto de saúde passou a ser o mais movimentado do bairro, atendendo centenas de pessoas por dia. Além disso, estabeleceram-se em volta do local, até pela facilidade de acesso ao posto de saúde e pela tranquilidade do local, duas casas de repouso de

²⁶⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Obra citada, p. 89.

²⁶¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 295-296.

²⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 476.

idosos (asilos). Ora, parece que há aqui uma situação de estabilização do vício, mesmo tendo o ato administrativo restringido direitos de um administrado.

A estabilização (com ou sem o alcance do prazo decadencial), contudo, não se confunde com a convalidação. Na estabilização do vício o ato permanece com o vício que o aflige; não há atuação nem da Administração Pública nem de qualquer particular no sentido de corrigir o vício que torna o ato inválido. No entanto, os efeitos que derivam desse ato inválido permanecem válidos, não havendo, após a estabilização, a possibilidade de questioná-los.²⁶³ Pelo decurso do tempo e por força dos princípios incidentes no caso concreto há o saneamento do vício de forma espontânea; segundo Ricardo Marcondes MARTINS, há a transformação do ato inválido em ato irregular,²⁶⁴ ou há a transformação dos efeitos inválidos em efeitos meramente irregulares.

Do ponto de vista teórico, pois, como demonstrado acima, há uma diferença entre a convalidação e a estabilização do vício que se dá antes do decurso do prazo decadencial. No entanto, há que se convir que na prática os efeitos são os mesmos: há o saneamento do vício e os efeitos do ato viciado perduram no tempo. Admite-se, assim, em tese, a existência desses dois institutos distintos. Todavia, na análise do caso concreto verifica-se ser extremamente difícil (ou até inviável) conseguir distinguir quando a ponderação de princípios indica que é caso de estabilização (onde o vício já foi corrigido pelo decurso do tempo) ou que é caso de corrigir o vício pela convalidação. O que é indicado, de fato, é que os efeitos do ato viciado devem permanecer, pouco importando se pela ficção jurídica da estabilização ou pela convalidação. Isso porque não há de fato como saber se o vício já foi saneado pelo tempo ou se ele deve ser saneado pela Administração; essas situações se confundem. Em verdade, parece que a estabilização do vício foi apenas uma figura jurídica criada, por aqueles que admitiam um rol fechado de hipóteses de convalidação e invalidação, para justificar a manutenção de um ato administrativo viciado que no rol previamente estabelecido encaixava-se como hipótese de invalidação. Enfim, independentemente de conseguir-se distinguir as hipóteses de estabilização das hipóteses de convalidação, acredita-se que, para dar mais

²⁶³ CÂMARA, Jacintho Arruda. Obra citada, p. 09. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-JACINTHO-ARRUDA-CAMARA.pdf. Acesso em 29 de Setembro de 2011.

²⁶⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 295-296.

segurança aos administrados, é sempre melhor que a Administração ao constar que é caso de manutenção dos efeitos do ato viciado, atue positivamente, convalidando-o.

3.3 EXISTE DEVER DE CONVALIDAR?

Em geral, aceita-se com tranqüilidade que a Administração Pública tem o dever de corrigir a invalidade quando se depara com ela, adequando o ato administrativo inválido ao Direito (e não só a lei em sentido formal).²⁶⁵ Por força do princípio da legalidade não pode a Administração conviver com relações jurídicas produzidas de forma ilícita, tendo o dever de restaurar a legalidade violada.²⁶⁶

Para Weida ZANCANER a restauração da ordem jurídica aviltada por força do ato inválido somente se dá por de duas formas: pela convalidação ou pela invalidação. Isso, somado ao fato de ser adepta do rol fechado de hipóteses de convalidação pautado nos elementos do ato administrativo, acaba por definir seu posicionamento acerca do dever de convalidar. Segundo a referida autora, não cabendo a convalidação, por não ser hipótese de convalidação ou por haver barreira a ela, estaria a Administração Pública obrigada a invalidar o ato administrativo viciado, já que não haveria outra forma de recompor-se a ordem jurídica. Por sua vez, cabendo a convalidação, haveria o dever da Administração assim proceder, haja vista que há uma preferência do sistema pela convalidação, porque por este instituto não só o princípio da legalidade é respeitado, como também é garantida a estabilidade das relações jurídicas constituídas (segurança jurídica). Ou seja, ou há o dever de convalidar ou há o dever de invalidar, mas nunca há discricionariedade, exceto no caso em que o ato discricionário é praticado por agente incompetente. Nesse caso específico pode o administrador escolher entre a convalidação e a invalidação, já que em sua apreciação discricionária pode concordar, ou não, com o ato administrativo confeccionado pela autoridade incompetente.²⁶⁷

²⁶⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 398.

²⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, p. 476.

²⁶⁷ ZANCANER, Weida. Obra citada, p. 65-67.

Por outro lado, para Edmir Netto de ARAUJO, sendo caso de vício sanável, ou seja, sendo possível a convalidação, teria o administrador discricionariedade para escolher se dever proceder à convalidação ou à invalidação do ato viciado. O doutrinador defende este posicionamento apontando que da mesma forma que não há lei outorgando ao administrador a escolha entre a invalidação e a convalidação, tampouco há lei que o obrigue a convalidar, de modo que restaria ao agente verificar no caso concreto qual dos institutos melhor coadunar-se-ia com o interesse público, pois da ausência de disciplina específica emergiria a discricionariedade.²⁶⁸

Ambos os posicionamentos expostos acima tratam da questão do dever de convalidar tomando como premissa que há apenas duas formas de corrigir o vício, invalidando o ato administrativo ou convalidando-o. A realidade, contudo, é mais complexa. Não há como negar, como enuncia Ricardo Marcondes MARTINS, que há na verdade oito possibilidades de corrigir o vício do ato administrativo: invalidação (retroativa ou irretroativa), convalidação, conversão, redução, e invalidação com a posterior edição de outro ato.²⁶⁹ Resta, assim, ante esse panorama, saber como lidar com a questão da existência do dever, ou não, da Administração convalidar o ato administrativo viciado. Rejeita-se parcialmente as duas teses expostas acima, por força do que já foi defendido quando da análise das hipóteses de convalidação. Isso porque, pela ponderação dos princípios incidentes no caso concreto, pode-se chegar a apenas uma solução razoável e justa, caso em que haverá o dever de adotar essa solução. De fato, esta situação é a que ocorre na maioria dos casos. No entanto, parece palatável que se pode chegar a mais de uma solução razoável e justa, situação em que haverá discricionariedade.²⁷⁰ Pode haver legislação que obrigue a convalidação do ato administrativo em certos casos, mas não existindo tal legislação verifica-se, assim, que não há a priori o dever de convalidar, salvo nas situações em que esta é a única solução cabível para a correção do vício.²⁷¹

O posicionamento defendido coaduna-se com o que já foi sustentado no presente estudo acerca de quando há de fato a discricionariedade. Ela só existe quando não é possível identificar qual das soluções cumpre de forma ótima a finalidade (interesse público) no caso concreto.²⁷² É justamente o caso em comento:

²⁶⁸ ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, p. 479.

²⁶⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 401.

²⁷⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. Obra citada, p. 399-402.

²⁷¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Obra citada, p. 75.

²⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...*, p. 42-43.

não sendo possível identificar com precisão qual das soluções cumpriria da melhor forma o interesse público (que deriva da ponderação dos princípios incidentes), tem o administrador discricionariedade para escolher entre uma delas, a que lhe parece que cumpre o interesse público do modo mais excelente possível. Cumpre ressaltar, ainda, que a discricionariedade não se confunde com uma mera faculdade (poder), pois ainda nos casos de atuação discricionária o administrador deve pautar-se pela busca da otimização do interesse público.

Assim, conclui-se que se a partir da ponderação dos princípios incidentes no caso concreto inferir-se cabível apenas a convalidação, então haverá o dever de convalidar. Chegando-se à conclusão de que é cabível não só a convalidação, mas também outra forma de correção do vício, haverá, pois, discricionariedade do agente público na escolha de qual instituto irá utilizar-se para a correção do vício, salvo se existir legislação determinando a necessária convalidação do ato administrativo em uma situação específica. Importante ressaltar, porém, que referida escolha deverá ser feita sempre tendo em vista o interesse público, pois sua realização, como ensina Romeu Felipe BACELLAR FILHO, “é a razão de ser e a justificação da existência do Estado”.²⁷³

²⁷³BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. p. 164-165.

CONCLUSÃO

1. O ato administrativo é um ato jurídico e, portanto, admite a invalidação e a convalidação, diferentemente dos fatos jurídicos.

2. Tanto o critério subjetivo (é ato administrativo o praticado pela Administração Pública), quanto o critério objetivo (ato administrativo é aquele praticado no desempenho das funções administrativas), são insuficientes para definir o ato administrativo. O que importa é saber o regime jurídico aplicável. A todos os atos emanados da Administração aplica-se, predominantemente, o regime jurídico de direito público e por isso são tidos como atos administrativos. Por sua vez, não há como negar que o Poder Judiciário e o Poder Legislativo também editam atos administrativos quando no exercício da função administrativa. Assim, acaba-se por conjugar os critérios subjetivo e o objetivo.

3. A máxima da proporcionalidade deve ser aplicada em dois momentos na análise dos vícios do ato administrativo: na relação do conteúdo do ato com a sua finalidade, e também na relação dos motivos (pressupostos do ato) e o conteúdo. Para atestar a validade do ato é preciso saber se o conteúdo é adequado, necessário e proporcional em face da finalidade que se deve concretizar e também se o conteúdo é adequado, necessário e proporcional ante os motivos que ensejaram a prática do ato.

4. A invalidação do ato administrativo não precisa ter necessariamente efeitos “ex tunc”. Assim como na declaração de inconstitucionalidade, conforme autoriza a Lei nº 9.868/1999, os efeitos podem ser “ex tunc”; “ex tunc”, mas não desde a confecção do ato administrativo; “ex nunc”; ou ainda “pro futuro”, a depender da ponderação dos princípios incidentes no caso concreto. A analogia com a declaração de inconstitucionalidade é admitida, pois não parece razoável que a disciplina da ilegalidade seja mais severa que a da inconstitucionalidade, impondo a concessão de efeitos “ex tunc” em todos os casos. Da mesma forma, em tese, admite-se a possibilidade da convalidação não só “ex tunc”, como também “ex tunc”, mas não desde a confecção do ato administrativo, como quando o fato tido como requisito legal para a prática do ato administrativo só ocorre após a sua edição.

5. O brocardo “pás de nullité sans grief” não se aplica incondicionalmente ao Direito Administrativo. Mesmo que não exista prejuízo às pessoas poderá haver

lesão a valores como a moralidade administrativa, que por si só gera prejuízo à sociedade. Invalidez há, mas mesmo assim pode haver a manutenção do ato e de seus efeitos pela ponderação dos princípios feita no caso concreto.

6. Diversas são as classificações em relação a invalidez do ato administrativo. No entanto, em razão da supremacia do interesse público, princípio que permeia toda a atividade administrativa, defende-se que não há graus de invalidez no Direito Administrativo, sem se afastar, a possibilidade de convalidação dos atos inválidos, a depender do caso concreto.

7. Os atos meramente irregulares são atos válidos e, portanto, não admitem convalidação ou invalidação. Pode haver a correção deles, mas essa correção é uma mera retificação; não tem o poder de aproveitar os efeitos do ato corrigido, pois seus efeitos já eram válidos desde o início.

8. Os atos inexistentes não podem ser convalidados, nem podem ser estabilizados pelo decurso do tempo. Isso porque não são atos válidos, mas também não são atos inválidos. Eles sequer existem. O problema está no campo da existência e não da validade. São fatos, jurídicos ou não, mas que por conta disso, não podem ser convalidados.

9. A inexistência não é uma invalidez grave. A invalidez, por mais grave que seja, continua sendo invalidez. Os planos da existência e da validade não se confundem. O ato é inexistente na ausência dos elementos do ato (forma e conteúdo) ou dos pressupostos de existência do ato, e não quando o ato possui uma invalidez grave.

10. A convalidação pode ser tanto do ato inválido em si quanto de seus efeitos, a depender do caso analisado. Se o ato já foi extinto, pelo seu esgotamento, isto é, pela produção de todos os seus potenciais efeitos, não se pode convalidar o ato, posto que inexistente, mas mesmo assim os seus efeitos podem ser convalidados. Por outro lado, se o ato ainda não produziu efeitos, aí então se verifica que a convalidação é efetivamente do ato em si. Há ainda a possibilidade de convalidar-se um ato que já produziu efeitos, mas que ainda produzirá outros no futuro, de modo que nesse caso a convalidação atinge não só o ato, mas também os efeitos produzidos.

11. Nos casos em que a convalidação depende de manifestação do administrado, esta é condição necessária, mas não suficiente para a convalidação. Isso porque não é a simples atuação do particular que convalida o ato, já que este

não detém competência para tanto; faz-se necessária a manifestação estatal. Assim, após a manifestação do particular, a Administração convalida-o, com os mesmos efeitos que qualquer outra convalidação, inclusive podendo gerar direitos adquiridos.

12. A convalidação não se confunde com a conversão. Nesta não há o aproveitamento dos efeitos do ato inválido: são produzidos, retroativamente, outros efeitos, aqueles que derivariam do ato possível de ser praticado sem invalidade quando da edição do ato inválido original.

13. Todos os atos administrativos inválidos são a princípio convalidáveis, independentemente do elemento ou pressuposto de validade atingido. A conclusão final, de qual é o meio de correção cabível, e se é cabível a convalidação, dependerá da análise do caso concreto e da ponderação dos princípios incidentes. Tal solução traz incerteza, uma vez que, mesmo tendo-se em mente a regra da proporcionalidade, resta um grau de subjetividade, além de que os conceitos dos princípios não são unânimes e gozam de certa fluidez. No entanto, trata-se de um mal necessário, pois só dessa maneira consegue-se prevenir a ocorrência de injustiças que muitas vezes não se conseguiria antever. Ademais, a fluidez dos conceitos dos princípios é importante, pois oxigena o sistema, impedindo a estagnação do Direito no tempo, fazendo-o acompanhar as mudanças da sociedade.

14. Devem ser analisados quando da cogitação da convalidação de um ato administrativo, não só, mas principalmente os princípios da legalidade, da eficiência administrativa, da segurança jurídica, do interesse público, da dignidade da pessoa humana, da boa-fé dos administrados, da confiança legítima dos administrados e da aparência.

15. A coisa julgada material é uma barreira à convalidação, podendo ser afastada apenas pelo Poder Judiciário, quando da propositura de ação rescisória ou pelo requerimento de desconstituição da coisa julgada, relativizando-a em casos excepcionalíssimos. Para a Administração Pública trata-se de barreira intransponível.

16. A coisa julgada administrativa não caracteriza barreira à convalidação para o Poder Judiciário, apenas para a Administração Pública, sendo que esta pode, em casos excepcionalíssimos, relativizar a coisa julgada administrativa. Não pode a Administração recorrer ao Poder Judiciário para questionar coisa julgada administrativa por ela gerada, pois não pode aproveitar-se de sua própria torpeza.

17. A impugnação do administrado não constitui óbice à convalidação, pois a existência de impugnação não muda os princípios incidentes no caso concreto, nem o seu peso, de modo que antes ou depois da impugnação a solução tomada deve ser rigorosamente a mesma. A impugnação não traduz necessariamente boa-fé do administrado. Mesmo que haja boa-fé do administrado, essa já existia antes e deve ser relevada na ponderação de princípios, mas não é a impugnação que cria a boa-fé.

18. O prazo que constitui barreira à atuação da Administração Pública para corrigir o vício é decadencial, pois ela não necessita do direito de ação para tanto. A prescrição mostra-se, então, insuficiente porque tolhe apenas o direito de ação. Os atos administrativos sujeitam-se também aos prazos prescricionais, mas o que de fato impede a convalidação é o prazo decadencial. A prescrição apenas obsta o acesso do administrado ao Judiciário.

19. Cada ente federativo tem competência para definir os prazos decadenciais para anulação e convalidação do ato administrativo, já que se trata de matéria de direito administrativo, não determinada por nossa Constituição Federal como competência exclusiva da União ou concorrente da União com os Estados.

20. O prazo decadencial a ser observado deve ser o disposto em lei. Na ausência de lei, o prazo deve ser o mesmo para todos os atos inválidos, já que se defende não haver graus de invalidade. Esse prazo deve ser buscado por analogia em normas de direito público. Por analogia com o determinado nas Leis 9.784/1999 e Lei 4.717/1965, fixa-se esse prazo como 05 anos.

21. No caso da Lei 9.784/1999, há uma ressalva em relação ao prazo decadencial dos atos praticados com má-fé. Se há a ressalva o prazo não pode ser o mesmo da regra. Ademais, havendo má-fé, o prazo decadencial deve ser maior, dando mais tempo à Administração para corrigir o vício, pois o sistema repudia a má-fé. Por falta de norma de direito público para socorrer-se, prudente utilizar-se a regra geral do Código Civil (artigo 205) que fixa o maior prazo prescricional em 10 anos, ressaltando-se que no campo administrativo esse prazo deve ser decadencial.

22. Pode haver a estabilização do vício antes do decurso do prazo decadencial, mas esta, em tese, não se confunde com a convalidação. Nos casos em que o decurso do tempo gera barreira à convalidação o vício permanece, mas espontaneamente o ato inválido transforma-se em irregular (válido), assim como seus efeitos. No entanto, na análise do caso concreto mostra-se extremamente difícil

(e até inviável) conseguir distinguir pela ponderação dos princípios se é caso de estabilização (o vício já foi corrigido naturalmente pelo decurso do tempo) ou se é caso de corrigir o vício pela convalidação. O que é indicado, em verdade, é que os efeitos do vício devem permanecer, não importa por quais dos dois institutos. Independentemente de conseguir-se distinguir as duas hipóteses, para dar mais segurança aos administrados, conclui-se que é sempre melhor que a Administração atue positivamente, convalidando o ato.

23. Há o dever da Administração Pública corrigir o vício que aflige o ato administrativo. Há, porém, oito possibilidades de atingir este objetivo: pela invalidação (retroativa ou irretroativa), convalidação, conversão, redução e invalidação com a posterior edição de outro ato. É pela ponderação dos princípios incidentes no caso concreto que se chegará a uma solução, descobrindo qual possibilidade é razoável e justa. Caso se conclua que apenas uma daquelas possibilidades é razoável e justa para corrigir o vício, esta deve ser adotada. Caso se conclua que mais de uma possibilidade é cabível, então a Administração Pública poderá escolher dentre elas. Assim, se pela ponderação dos princípios inferir-se cabível apenas a convalidação, esta será obrigatória; se concluir-se cabível a convalidação e outra das possibilidades acima elencadas, então haverá discricionariedade do agente público na escolha de qual instituto irá utilizar para a correção do vício, sempre tendo em vista o interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. 10 ed, revista e actualizada pelo Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CÂMARA, Jacintho Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 14, junho/agosto, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-JACINTHO-ARRUDA-CAMARA.pdf>. Acesso em 29 de Setembro de 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COSTALDELLO, Angela Cassia. *A invalidade dos atos administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*. 164f. Tese (doutorado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

COUTO E SILVA, Almiro do. Notas sobre o Conceito de Ato Administrativo. In: *Direito Administrativo: Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 15 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6 ed. vol. III. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FERRAZ, Sergio. Extinção dos Atos Administrativos: Algumas Reflexões. In: *Revista de Direito Administrativo*. v. 231. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2003.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GABARDO, Emerson. Regime Jurídico da Decadência da Pretensão Anulatória dos Atos Administrativos. In: *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Edgar Guimarães (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- JÈZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo. Tomo III – El Funcionamiento de Los Servicios Públicos*. Trad. Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Relativizar a Coisa Julgada Material?* Artigo disponibilizado no site da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni%284%29%20-formatado.pdf>>. Acesso em 20 de outubro de 2011.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1991.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- _____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2 ed. 5 tir. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2 ed., v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo*. Lisboa: Ática, 1962. P. 106.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato Administrativo Inválido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TALAMINI, Daniele Coutinho. *Revogação do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. 6 ed., v. 1. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1950.