

A Invalidade do Ato Administrativo

The invalidity of the administrative act

Denise Andrade Araújo¹
Francisco das Chagas Jucá Bomfim²

Resumo

Este trabalho trata da invalidade do ato administrativo, abordando os aspectos relacionados à submissão da atividade administrativa à lei e ao direito, bem como à aplicação dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Dispõe sobre as limitações ao dever de invalidação dos atos pela Administração Pública e anulação de ato administrativo por vícios formais não essenciais, além da anulação do ato administrativo discricionário e a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Palavras-Chave: Invalidade. Anulação. Segurança jurídica. Boa-fé. Discricionariedade. Proporcionalidade.

Abstract

This paper deals with the invalidity of an administrative act, addressing aspects related to submission of administrative activity to law and apply the principles of legal certainty and good faith. Provides for limitations on the duty to invalidate acts of the public administration and annulment administrative act by non-essential formal defects, besides the cancellation of discretionary administrative act and apply the principle of proportionality.

Keywords: Invalidity. Annulment. Legal certainty. Good faith. Discretionary. Proportionality.

1 Especialista em Contabilidade Pública pela Faculdade 7 de Setembro. Auditora de Controle Interno da Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará.

2 Mestre em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade do Porto - Portugal. Professor da Universidade de Fortaleza - Unifor. Advogado.

Introdução

A administração pública, em seu sentido objetivo, visa à gestão dos interesses públicos executada pelo Estado, tendo como destinatária última a própria sociedade, com vistas à proteção, segurança e bem-estar dos indivíduos, coletivamente considerados.

A supremacia do interesse público decorre do Estado Democrático de Direito, onde deve prevalecer o interesse coletivo.

A conduta dos agentes da Administração tem como diretriz básica o princípio da legalidade, pois qualquer atividade administrativa deve ser autorizada pela lei, a qual indica o sentido da finalidade pública a ser alcançada. Havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá a conduta ser corrigida a fim de eliminar a ilicitude.

Nesse contexto, os atos administrativos se revelam como figura central do direito administrativo. DI PIETRO³ assim define o ato administrativo:

Declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Para CARVALHO FILHO⁴ o ato administrativo é:

A exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.

Para a determinação da validade do ato administrativo, a vontade da Administração Pública deve ser entendida como aquela que vem expressa na lei aplicável à situação concreta. Nesse sentido é a doutrina de ANTUNES⁵:

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2006, p.206.

4 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.96.

5 ANTUNES, Luís Felipe Colaços. *A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa – O novo contrato natural*. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p.99.

O critério para determinar a validade do acto não consiste em provar se se ajusta ou não à vontade do agente mas se é conforme à lei, máxime ao fim predeterminado normativamente.

Este trabalho trata da invalidade do ato administrativo, abordando os aspectos relacionados à submissão da atividade administrativa à lei e ao direito, bem como à aplicação dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Dispõe sobre as limitações ao dever de invalidação dos atos pela Administração Pública e anulação de ato administrativo por vícios formais não essenciais, além da anulação do ato administrativo discricionário e a aplicação do princípio da proporcionalidade.

1 Submissão da atividade administrativa à lei e ao direito

A atividade administrativa deve obediência à lei, sendo que esta não deve ser restrita ao seu sentido puramente formal, mas deve incluir todos os princípios implícitos ou explícitos no ordenamento jurídico.

A ampliação desse sentido teve início na Lei Fundamental da Alemanha que dispôs em seu artigo 20, item 3 que “o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito.”

As Constituições brasileira e portuguesa acolheram a mesma ideia, ao estabelecerem valores e princípios fundamentais. Nesse contexto foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro princípios como os da moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, economicidade, ampla defesa e contraditório. Da mesma forma, o ordenamento jurídico português indicou os princípios da igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade e boa-fé.

A disposição dos princípios e valores na Constituição impõe a obrigatoriedade de sua observância, desta forma, limitando a discricionariedade do legislador e do administrador público, bem como ampliando os limites do controle judicial.

Importante ressaltar a nova dimensão na qual se insere o princípio da legalidade, uma vez que cabe ao administrador não apenas observar a lei em sentido estrito, devendo observá-la em sentido amplo, o que inclui atos normativos do Poder Executivo, bem como os princípios e valores constitucionais, seja de forma implícita ou explícita.

Cabe observar, ainda, a comunicabilidade existente entre os princípios e a dificuldade, em algumas situações, de separá-los de forma absoluta. Além disso, o sentido dos princípios pode variar no tempo e no espaço, se alargando ou se restringindo, conforme a evolução dos valores sociais.

No contexto da invalidade dos atos administrativos, destacam-se os princípios a seguir indicados.

1.1 Princípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica relaciona-se diretamente à estabilidade das relações jurídicas. Sobre o tema, elucida CARVALHO FILHO⁶ que:

No direito comparado, especialmente no direito alemão, os estudiosos se têm dedicado à necessidade de estabilização de certas situações jurídicas, principalmente em virtude do transcurso do tempo e da boa-fé, e distinguem os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança. Pelo primeiro, confere-se relevo ao aspecto objetivo do conceito, indicando-se a inafastabilidade da estabilização jurídica; pelo segundo, o realce incide sobre o aspecto subjetivo, e neste se sublinha o sentimento do indivíduo em relação a atos, inclusive e principalmente do Estado, dotados de presunção de legitimidade e com a aparência de legalidade.

A Constituição brasileira estabeleceu, entre os direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, os quais se revelam como aplicação do princípio da segurança jurídica. Além disso, Lei nº 9.784/99, que trata do Processo Administrativo Federal, trouxe algumas aplicações do princípio em comento, como disposto no artigo 54, a seguir transcrito:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

6 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.31.

Trata-se, pois, de uma limitação ao poder de autotutela administrativa, na medida em que atos inquinados de vício de legalidade são convalidados em prol da estabilidade das relações jurídicas, considerando os aspectos de tempo e boa-fé.

Os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança constituem elementos do Estado de direito e são estreitamente associados. Alguns autores consideram o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou aspecto específico da segurança jurídica.

Cabe acrescentar os ensinamentos do CARVALHO FILHO⁷:

Doutrina moderna, calcada inicialmente no direito alemão e depois adotada no direito comunitário europeu, advoga o entendimento de que a tutela da confiança legítima abrange, inclusive, o poder normativo da Administração, e não apenas os atos de natureza concreta por ela produzidos. Cuida-se de proteger expectativas dos indivíduos oriundas da crença de que disciplinas jurídico-administrativas são dotadas de certo grau de estabilidade.

Desta forma, a Administração deve buscar soluções no sentido de mitigar os efeitos de mudanças normativas, podendo excluir o administrado do novo regime jurídico, estabelecer medidas transitórias, ou ainda, indenizar o administrado pela quebra de confiança em relação a normativos considerados até então sólidos e permanentes.

1.2 Princípio da boa-fé

A noção de boa-fé encontra origem no Direito Romano, sendo um conceito de cunho ético, o qual foi recepcionado pelos juristas.

No Direito Alemão, a noção de boa-fé estava calcada na lealdade e confiança, regra objetiva a ser observada nas relações jurídicas em geral.

Nas palavras de GAGLIANO⁸:

7 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.32.

8 GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral. 7ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 100.

A boa-fé é antes de tudo uma diretriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídico. Vale dizer, a boa-fé se traduz em um princípio de substrato moral, que ganhou contornos e matiz de natureza jurídica cogente.

Cabe distinguir boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. A boa-fé subjetiva consiste em um estado do agente, que ignora o vício de sua conduta. Por outro lado, a boa-fé objetiva consiste em regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica. Essa distinção feita no direito privado foi incorporada pela doutrina e jurisprudência do direito administrativo.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei 9.784/99, conforme artigo 2º, parágrafo único, IV, impõe à Administração Pública o dever de atuar segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. Por outro lado, o artigo 4º, II, da referida lei impõe ao administrado o dever de proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé.

A Constituição Federal brasileira não dispõe expressamente sobre o princípio da boa-fé objetiva, no entanto, este se encontra implícito a partir de outros princípios constitucionais, tais como o da moralidade e probidade administrativa.

Antunes⁹ ressalta a relevância do princípio da boa-fé para toda a atividade administrativa, inclusive para efeito de considerar o ato inválido ou limitar a sua revogação, bem como no que se refere à fundamentação do ato ou a responsabilidade administrativa. Elucida o autor que:

A validade do acto dificilmente pode subsistir quando a Administração, em violação do princípio da boa-fé, viole grosseiramente não só o interesse público como os direitos e interesses legalmente protegidos dos particulares.

No âmbito do ordenamento jurídico português, o princípio da boa-fé está previsto no artigo 266/2º da Constituição e apresenta-se de forma autónoma em relação aos demais princípios, consistindo em limite ao exercício do poder discricionário.

Cabe ressaltar que a despeito da relevância do princípio da boa-fé na atividade administrativa, que se norteia pelo interesse público, o qual com-

9 ANTUNES, Luís Felipe Colaços. A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa – O novo contrato natural. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p.109.

pete à lei definir e qualificar. Neste sentido, a aplicação da boa-fé é inerente ao dever da Administração em atingir o interesse público, pois em sua justa realização não pode ignorar os direitos ou interesses legalmente protegidos.

Em face do interesse público que deve nortear toda a ação administrativa, este deve fundamentar tanto os atos vinculados quanto os discricionários, aplicando-se a ambos o princípio da boa-fé. Neste aspecto, posiciona-se ANTUNES¹⁰:

A boa-fé (em sentido objetivo) deve ser vista então como regra da função administrativa (direito procedimental) e do acto (direito material), nomeadamente no que respeita à respectiva fundamentação, funcionando como elemento autónomo ou sintomático do desvio de poder ou mesmo do vício de violação de lei, conforme, em princípio, a natureza da actividade administrativa.

Além disso, faz-se oportuno pontuar que a boa-fé deve ser observada pela Administração como também pelos particulares ou administrados, podendo ser considerado, portanto, como critério de decisão e regra de conduta dos sujeitos da relação administrativa.

Como desdobramento da boa-fé destaca-se o princípio *venire contra factum proprium*, o qual veda o comportamento contraditório. Sobre o assunto, assim posiciona-se GAGLIANO¹¹:

Não é razoável admitir-se que uma pessoa pratique determinado ato ou conjunto de atos e, em seguida, realize conduta diametralmente oposta.

Parte-se da premissa de que os contratantes, por consequência lógica da confiança depositada, devem agir de forma coerente, segundo a expectativa gerada por seus comportamentos.

O princípio *venire contra factum proprium* encontra sua origem no direito civil, no entanto, é evidente sua aplicação no direito administrativo, pois incide sobre qualquer tipo de relação jurídica.

10 ANTUNES, Luís Felipe Colaços. A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa – O novo contrato natural. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p.113.

11 GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Contratos: Teoria Geral. 7ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 118.

Desta forma, nem a Administração nem o administrado pode se beneficiar dos defeitos do ato administrativo que de alguma forma deu causa.

2 A invalidade do ato administrativo

O ato administrativo é considerado inválido quando não atende aos requisitos legais ou constitucionais, ou seja, apresenta vício de legalidade.

Gasparini¹² assim conceitua a invalidação do ato administrativo:

A retirada retroativa parcial ou total, de um ato administrativo, praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, por outro ato administrativo.

Acrescente-se, ainda, o conceito de invalidação enunciado por MIGUEL REALE citado por Carvalho Filho¹³:

Um ato de tutela jurídica, de defesa da ordem legal constituída, ou, por outras palavras, um ato que sob certo prisma pode ser considerado negativo, visto não ter o efeito de produzir consequências novas na órbita administrativa, mas antes a de reinstaurar o status quo ante.

Para que seja considerado válido e possa produzir efeitos, o ato administrativo deve observar seus requisitos de validade, competência, finalidade, forma, motivo e objeto. A Lei brasileira nº 4.717/65, que regula a ação popular conceituou os vícios que ensejam a nulidade dos atos administrativos.

O vício no elemento competência se revela na incompatibilidade entre a conduta do agente e as suas atribuições legalmente definidas. Quando o agente sequer foi investido no cargo, emprego ou função, pratica usurpação de função, que é definido como crime no ordenamento jurídico brasileiro. Quando o agente excede os limites de sua competência, pratica o excesso de poder.

Cabe ressaltar, ainda, as situações de incapacidade do agente, tais

12 GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 112.

13 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.150.

como as situações de impedimento ou suspeição para a prática do ato.

Quanto ao elemento finalidade, o vício se configura quando o agente pratica o ato direcionando-o a interesses privados, desviando-se, pois, da finalidade pública, agindo com desvio de poder. Este vício tem estreita relação com o princípio da impessoalidade.

O vício relativo à forma decorre da inobservância do meio de exteriorização ou procedimento exigido por lei e que seja indispensável à existência ou seriedade do ato.

Em relação ao motivo, o vício se configura quando o ato administrativo é praticado sem fundamento ou quando este não se compatibiliza com a verdade ou com o objetivo da Administração.

Quanto ao objeto, este apresenta vício quando seu conteúdo é desprovido de amparo legal, ou seja, é diverso daquele estabelecido em lei.

Reconhecido o vício do ato, surge o dever da Administração Pública de restabelecer a ordem jurídica, com base no seu poder de autotutela sobre os próprios atos. Além disso, a anulação pode ser feita pelo Poder Judiciário, a partir de provocação dos interessados.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o Supremo Tribunal Federal – STF já firmou entendimento por meio das Súmulas nºs 346 e 473 a seguir transcritas:

A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. (Súmula 346 STF)

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

A anulação do ato administrativo, quando afete interesses do administrado, deve ser precedida do contraditório. Trata-se, no direito brasileiro, de um direito fundamental, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Aqueles que serão atingidos pela invalidação do ato administrativo têm o direito de se manifestar no curso do devido processo legal. Nesse sentido cabe mencionar a ementa do acórdão do Supremo Tribunal Federal - STF, a seguir transcrita:

Ato administrativo – Repercussões – Presunção de legitimidade – Situação Constituída – Interesses contrapostos – Anulação – Contraditório – Tratando-se de anulação de um ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo dos interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada a situação alcançada – Presunção do ato administrativo que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular. (STF – RE 158.543-RS)

2.1 Limitações ao dever de invalidação dos atos administrativos

Em regra, a anulação do ato administrativo viciado se reveste de natureza vinculada, em face do poder-dever da Administração de rever seus atos, bem como de sua submissão ao princípio da legalidade.

No entanto, há situações em que o interesse público norteará a decisão da Administração quanto à anulação, ensejando a convalidação o ato caso o prejuízo a ser gerado com a sua anulação seja maior que aquele decorrente da sua manutenção.

Neste sentido, devem ser considerados os princípios do interesse público, da segurança jurídica, quanto à estabilidade das relações jurídicas e a proteção à confiança, bem como o da boa-fé.

Alerta Di Pietro¹⁴ que:

Evidentemente, é preciso cautela na manutenção de atos ilegais. Essa possibilidade reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência, pode tornar-se um incentivo à prática de atos ilegais. Se usada de forma abusiva, poderá tornar-se alvo de abuso por parte de autoridades inescrupulosas. Daí a lição incontestável de Miguel Reale (1980, p. 62), no sentido de que a manutenção do

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. Fórum Administrativo – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 155-166, jun. 2009. P. 160.

ato ilegal só é possível se alguns requisitos forem observados: a) se a ilegalidade não decorrer de dolo; b) se a manutenção do ato não afetar direitos ou interesses de terceiros; e c) se não causar danos maiores ao erário.

Importante registrar que a manutenção do ato ilegal deve ser expressa, sendo imprescindível que fique demonstrada a motivação, a boa-fé do administrado e a inexistência de danos a terceiros ou ao erário. Deve ser demonstrado que a decisão pela manutenção do ato está em consonância com o atendimento do interesse público.

Os princípios da segurança jurídica, proteção à confiança e boa-fé também são aplicáveis quando a Administração fica inerte em rever atos ilegais, permitindo assim uma espécie de convalidação pelo decurso do tempo, pois a Administração depois de determinado lapso temporal perde o seu direito de anular os atos viciados.

Alguns doutrinadores não se filiam a essa ideia, entendendo que o estabelecimento de prazo para que a Administração invalide atos eivados de vícios é incompatível com a indisponibilidade do interesse público.

Não obstante a esse argumento, o ordenamento jurídico deve resguardar a segurança, o que justifica a proteção aos interesses do particular em face da inércia administrativa.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 9.784/99 (artigo 2º *caput*), estabeleceu que a Administração deverá obedecer, entre outros, ao princípio da segurança jurídica.

Conforme anteriormente indicado, o artigo 54 da referida lei estabeleceu o prazo de 5 anos para anulação dos atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários.

Esta disposição normativa representa uma evolução, considerando que situações de incerteza não serão perpetuadas. A convalidação de atos ilegais encontra amparo no princípio da segurança jurídica, que neste caso prevalece em relação ao princípio da legalidade.

Outra questão que merece atenção diz respeito à regulação dos efeitos já produzidos pelo ato ilegal. Sendo um ato invalidado em função de conter vícios, a consequência em relação aos efeitos gerados é que todos sejam desfeitos, ou seja, a anulação gera o efeito *ex tunc*, em regra.

A referida Lei nº 9.784/99, que trata do Processo Administrativo Federal brasileiro, em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, veda a apli-

cação retroativa de nova interpretação.

O dispositivo legal em comento faz prevalecer, mais uma vez, o princípio da segurança jurídica em relação ao princípio da legalidade, considerando que, no caso de haver mudança de interpretação de norma e a interpretação anterior ter gerado direitos, estes devem ser protegidos.

Sobre possível questionamento em relação à constitucionalidade do dispositivo legal em comento, cabe mencionar a doutrina de Di Pietro¹⁵:

No direito alemão, onde o princípio teve origem precisamente para permitir a manutenção de atos ilegais em benefício da segurança jurídica, também existe o princípio da legalidade. Por isso mesmo, a aceitação do princípio da proteção à confiança exigiu trabalho de interpretação que levou a jurisprudência a extrair os fundamentos desse princípio na própria ideia de Estado de Direito. A sua aplicação se dá em hipóteses em que a estabilidade das relações jurídicas e a confiança nessa estabilidade justificam a aplicação mais moderada do princípio da legalidade.

As hipóteses de manutenção de ato ilegal, convalidação por decurso do tempo e preservação de efeitos produzidos pelo ato ilegal são medidas excepcionais, geralmente em consequência da demora da Administração em rever seus atos, que visam não causar prejuízos maiores ao interesse público.

Nesse sentido a aplicação do princípio da legalidade cede lugar a outros valores protegidos constitucionalmente, como a segurança jurídica, estando assim em total consonância com o conceito de Estado de Direito.

2.2 Anulação de ato administrativo por vícios formais não essenciais

A Lei brasileira nº 4.717/65, em seu artigo 2º, parágrafo único, b, assim define o vício de forma:

O vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato.

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. Fórum Administrativo – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 155-166, jun. 2009. P. 164.

Conforme se depreende da norma, o vício de forma apenas se configura quando houver defeito em relação a formalidades consideradas indispensáveis.

No âmbito do direito português, questiona-se a possibilidade de anulação de um ato administrativo por vícios formais ou procedimentais (não essenciais), considerando o disposto no artigo 268º/4 da Constituição da República Portuguesa, a seguir transcrito:

É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas.

Em função da relevância dada ao interesse material protegido, resta evidente que qualquer vício do ato que prejudique a satisfação do administrado, fará subsistir, portanto, a lesão do interesse legalmente protegido. Nas palavras de Antunes¹⁶:

A lesão do interesse legalmente protegido subsiste quando a violação das normas procedimentais ou formais tenha prejudicado a possibilidade de tutelar a posição jurídica do recorrente; ora tal só pode suceder quando a observância da regra violada possa conduzir à emanção de um acto administrativo apto a satisfazer a pretensão do requerente. Nesse sentido, poder-se-ia sustentar que a não ser assim estaríamos perante uma tutela fictícia ou excessiva das posições jurídicas subjetivas do autor, na medida em que a Administração, sanado o vício formal, sempre poderia renovar o acto administrativo e, com ele, realizar o interesse público.

O dever da Administração em perseguir o princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva impõe cuidado em relação aos vícios formais ou procedimentais.

16 ANTUNES, Luís Felipe Colaços. A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa – O novo contrato natural. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p.138.

Quanto à solução da questão no direito comparado, elucida Antunes¹⁷:

O espírito das soluções retiradas do direito comparado tem em linha de conta dois aspectos importantes: primeiro que o acto não é anulável quando se trate de violação de normas procedimentais ou sobre a forma dos actos que não tenham relevo essencial para a correção da actividade administrativa; em segundo lugar, que o conteúdo do acto administrativo não pudesse ser diferente do que foi efetivamente adoptado.

Alerta o referido autor que as mencionadas soluções podem gerar problemas de inconstitucionalidade e (i)legalidade em face de possível colisão entre as normas, à luz dos princípios de acesso aos tribunais e respectiva tutela jurisdicional efetiva.

Faz-se oportuno destacar, ainda, a importância do papel do juiz, que não deve se comportar como se a Administração fosse. Considerando que ficará excluído de sua apreciação o controle de legalidade formal do ato administrativo e das normas procedimentais, uma vez que sua inobservância não influencia o conteúdo do ato, restam para sua apreciação aspectos materiais da função administrativa, ou seja, aspectos discricionários.

Nesse sentido, torna-se imprescindível a qualidade técnica das normas procedimentais, visando harmonizar o interesse público à eficácia da atividade administrativa, bem como a materialização do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Segundo a doutrina de Antunes¹⁸, a questão convoca duas teses, uma mais estrita e outra mais ampla. A tese restritiva consubstanciaria a redação de uma norma procedimental que tivesse em conta apenas atos vinculados, o que tornaria irrelevantes os vícios formais e procedimentais. Por outro lado, a tese menos restritiva abrange não só a questão de direito, mas a questão de fato, ou seja, atos discricionários.

Acrescenta, ainda, o citado autor Antunes¹⁹:

Para que o vício formal ou procedimental seja considerado juri-

17 ANTUNES, Luís Felipe Colaços. *A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa – O novo contrato natural*. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p.140.

18 ANTUNES, Luís Felipe Colaços. *A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa – O novo contrato natural*. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p.143-146.

19 ANTUNES, Luís Felipe Colaços. *A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa – O novo contrato natural*. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p.146.

dicamente irrelevante não basta demonstrar que o conteúdo do acto não poderia ser senão aquele que foi praticado. É preciso ainda demonstrar, sobretudo quando o acto é discricionário, e neste caso o ônus pertence à Administração, que também o alternativo conteúdo do acto não poderia igualmente satisfazer a pretensão do autor. Ora este aspecto é relevante para efeitos do respeito jurídico-constitucional do princípio da tutela jurisdicional efetiva, afastando a inconstitucionalidade da norma que venha a ser posta pelo legislador.

Assim, a análise da relevância ou irrelevância de vícios formais ou procedimentais deve considerar a obtenção de vantagem ou não para a posição jurídica do administrado, cabendo ainda aplicar o princípio da proporcionalidade quanto ao atendimento do interesse público ou dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

2.3 Anulação do ato administrativo discricionário

Inicialmente cabe diferenciar atos vinculados e discricionários. Segundo a doutrina de Di Pietro²⁰:

No ato vinculado, todos os elementos vêm definidos na lei; no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos na lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência.

Por isso se diz que o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir.

A existência de conceitos jurídicos indeterminados nas normas a serem aplicadas pelo administrador público faz surgir um campo discricionário para sua atuação, a qual se regerá por critérios de oportunidade e conveniência.

20 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2006, p.226.

O controle jurisdicional dos atos discricionários não ocorre de forma plena, uma vez que a Administração tem uma margem de atuação, se efetivando através da verificação do vício do desvio de poder. Por meio da discricionariedade a Administração deve fazer a melhor escolha para atender ao interesse público estabelecido na lei.

O papel do juiz, quando do exercício do controle dos atos discricionários, deve ser no sentido de avaliar a adequação da escolha feita pela Administração em relação ao atendimento da finalidade pública.

Nesse particular, elucida Antunes²¹:

Diferentemente do controlo (qualificatório) de violação de lei, o controlo através do desvio de poder não pode ser dirigido à individualização de um “erro” sobre a representação de um facto em que o órgão tenha incorrido no processo hermenêutico instrumental à qualificação jurídica do facto. Com efeito, não se trata verdadeiramente de um erro, na medida em que objecto do controlo exercido sobre o vício de desvio de poder não é uma proposição jurídica judicada em termos de correcção ou incorrecção, mas antes a escolha discricionária. Aqui, o juiz não se pode substituir à Administração; neste caso, a função do juiz não é a de chegar à melhor solução, em substituição da operada pela Administração, mas tão-só a de avaliar se a decisão final é razoavelmente idónea e adequada à função administrativa de prosseguir o interesse público, proporcionalisticamente entendido.

Assim, ao juiz não cabe intervir no mérito da decisão administrativa, no entanto, cabe interpretar a norma a fim de definir e qualificar o interesse público.

No âmbito do direito brasileiro, diversas decisões de Tribunais, tais como as transcritas a seguir, exararam posicionamentos indicando a vedação ao Poder Judiciário de exercer controle judicial sobre o mérito administrativo, em respeito ao princípio de separação e independência dos poderes.

21 ANTUNES, Luís Felipe Colaços. *A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa – O novo contrato natural*. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p.199.

Ato administrativo – Ingerência do Judiciário – Limitação. É princípio de direito administrativo que o controle judicial dos atos da Administração limita-se à ordem da legalidade: o Judiciário não tem poder de ingerência no mérito administrativo dos atos do Executivo. (TJ-SP ApCiv nº 212.259-1-6)

É defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei. Esta solução se funda no princípio da separação dos poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência e oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado. (STJ ROMS nº 1288/91-SP)

A discricionariedade da Administração deve ser regida pela ética e pela deontologia, em consonância com o princípio da proporcionalidade. Assim, caso o ato apresente vícios relativos às causas, aos motivos e à finalidade, estarão ofendidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, desta forma, justificando a sua invalidação. Estes princípios se revelam como instrumentos poderosos no combate às condutas eivadas de abuso de poder, se configurando como limitações à discricionariedade administrativa.

2.4 Aplicação do princípio da proporcionalidade

Quanto à origem do princípio da proporcionalidade, explica Carvalho Filho²² que:

É oriundo da Suíça e da Alemanha, tendo-se estendido posteriormente ao Direito da Áustria, Holanda, Bélgica e outros países europeus.

A aplicação do princípio da proporcionalidade pelo juiz no controle dos atos discricionários visa avaliar se a escolha da Administração é compatível ao menor sacrifício possível para o particular atingido pelo ato.

De outra forma, deve o juiz identificar a pertinência entre a oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade pública, de outro. Nesse sentido, faz-se necessário analisar a situação de fato e os momentos de decisão administrativa.

22 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.34.

Para Antunes²³:

Se o controlo jurisdicional de proporcionalidade não permite ao juiz substituir-se à Administração, quanto à decisão a adotar, transforma o juízo de legalidade em juízo de juridicidade, assumindo, paredes-meias com o mérito, uma individualidade própria.

Conforme esclarece CARVALHO FILHO²⁴, segundo a doutrina alemã, a observância do princípio da proporcionalidade pelo administrador público deve considerar os seguintes fundamentos:

1) adequação, significando que o meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) exigibilidade, porque a conduta deve ter-se por necessária, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.

Assim, o princípio da proporcionalidade, enquanto instrumento de controle dos atos estatais abusivos, permite uma avaliação objetiva, calcada nos fundamentos anteriormente relacionados e assentada numa determinada situação de fato.

Importante ressaltar, ainda, o cuidado que deve ter o julgador, para ele próprio não violar o princípio da proporcionalidade, uma vez que é imprescindível a análise equilibrada e criteriosa de todos os elementos da situação.

3 Considerações Finais

A atividade administrativa tem como objetivo atender aos interesses da coletividade, a partir do que a lei define como sendo a finalidade pública.

23 ANTUNES, Luís Felipe Colaços. A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa – O novo contrato natural. Coimbra: Edições Almedina, 2006, p.208.

24 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 20ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p.35.

A materialização desse objetivo se efetiva a partir da realização de atos por parte dos agentes públicos, cuja conduta se vincula à lei, entendendo-se está não apenas em seu sentido puramente formal, mas de forma ampla, incluindo todos os princípios implícitos ou explícitos no ordenamento jurídico.

Havendo dissonância entre a conduta dos agentes públicos e a lei (sentido amplo), seus atos são passíveis de invalidação visando à eliminação do vício.

Reconhecido o vício do ato, a Administração Pública, com base no seu poder-dever de autotutela, deve restabelecer a ordem jurídica. Além disso, a invalidação pode decorrer do controle exercido pelo Poder Judiciário, a partir da provocação dos interessados.

Nesse contexto devem ser considerados os princípios do interesse público, da segurança jurídica, quanto à estabilização das relações jurídicas e a proteção à confiança, bem como o da boa-fé, que podem justificar a manutenção do ato ilegal quando o prejuízo a ser gerado com a anulação seja maior que aquele decorrente de sua manutenção, ou ainda em face da inércia administrativa.

Destaca-se, ainda, a aplicação do princípio da proporcionalidade na análise da relevância ou não de vícios formais ou procedimentais para fins de invalidação, considerando o atendimento do interesse público e os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, bem como no controle dos atos discricionários.

O princípio da proporcionalidade se revela como um poderoso instrumento de combate às condutas eivadas de abuso de poder, se constituindo em limitador da discricionariedade administrativa.

4 Referências Bibliográficas

ANTUNES, Luís Felipe Colaços. **A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa – O novo contrato natural**. Coimbra: Edições Almedina, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo.** *Fórum Administrativo* – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 155-166, jun. 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil** – Contratos: Teoria Geral. 7ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 13ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Anulação de Ato Administrativo: devido processo legal e motivação.** *Revista Trimestral de Direito Público* - 45.