

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JONATHAN DE SOUZA BARBOSA

DEVER DE CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO:
SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

FLORIANÓPOLIS

2018

JONATHAN DE SOUZA BARBOSA

DEVER DE CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO:
SOB A ÓTICA DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr

FLORIANÓPOLIS

2018

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Barbosa, Jonathan de Souza

Dever de convalidação do ato administrativo : sob a ótica da proteção à confiança / Jonathan de Souza Barbosa ; orientador, Pedro de Menezes Niebuhr, 2018.

90 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.

Inclui referências.

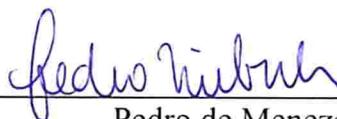
1. Direito. 2. Ato administrativo. 3. Dever de convalidação. 4. Princípio da proteção à confiança. I. Niebuhr, Pedro de Menezes . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado **Dever de convalidação do ato administrativo: sob a ótica da proteção à confiança**, elaborado pelo acadêmico Jonathan de Souza Barbosa, defendido em 29/11/2018 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

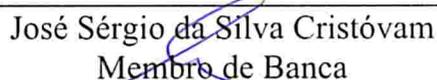
Florianópolis, 29 de novembro de 2018.



Pedro de Menezes Niebuhr
Professor Orientador



Patrícia Toledo de Campos Cichocki
Membro de Banca



José Sérgio da Silva Cristóvam
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Jonathan de Souza Barbosa

RG: 5.776.033 SSP/SC

CPF: 060.653.039-84

Matrícula: 13100124

Título do TCC: Dever de convalidação do ato administrativo: sob a ótica da proteção à confiança

Orientador: Prof. Pedro de Menezes Niebuhr

Eu, Jonathan de Souza Barbosa, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 29 de novembro de 2018.

Assinatura manuscrita de Jonathan de Souza Barbosa, escrita em tinta preta sobre uma linha horizontal.

Jonathan de Souza Barbosa

Dedico à minha família.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos neste trabalho são a oportunidade de afirmar que não trabalhei sozinho, porque o meu esforço individual foi o resultado das dedicações sinceras de muitos. Todas as construções da vida são realizadas num espírito de solidariedade, porque recebem as cooperações de todas as pessoas que com ela se envolveram. Para a conclusão desta faculdade de Direito, essas pessoas, em especial, foram os afetos da minha alma. Nesta graduação, essa realidade foi muito importante, já que eles muito contribuíram para o término da minha tarefa, no curso destes seis anos de graduação.

Agradeço ao Pai Criador da Vida, que, agindo por meio de tudo e em todos, cuidou incessantemente para que eu cumprisse o meu dever.

Agradeço pela família que me foi dada, em especial minha mãe, meu pai e minha irmã. Vocês são tudo para mim.

Agradeço muito pela minha família que me auxiliou da Vida Maior, suas dedicações foram essenciais para a minha vitória.

Agradeço pelos antigos e novos amigos, que significaram a alegria na paz e a fortaleza na adversidade. Suas amizades foram fundamentais para o meu objetivo.

Agradeço ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, que nos seus funcionários, servidores, colegas e professores proporcionaram-me a oportunidade do aprendizado e da formação profissional. Agradeço especialmente ao meu professor orientador pelo auxílio neste trabalho.

Sinto-me grato pelo sentimento de dever cumprido e pela meta alcançada. Sei que estou terminando um ciclo para me preparar para um novo começo. O que neste curso foi concluído, significará em pouco tempo um reinício de aprendizado, no eterno propósito de mais viver e mais amar.

Seja, porém, a vossa palavra sim, sim; não, não; o que excede disso é do mal.

Jesus

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de analisar os fundamentos jurídicos da discussão sobre a obrigatoriedade ou discricionariedade da convalidação do ato administrativo diante da aplicação do princípio da proteção à confiança. O método empregado é o dedutivo com pesquisa bibliográfica. O ato administrativo representa um meio de controle da função administrativa, porque possibilita a sua obediência à legalidade. No caso de invalidade do ato administrativo, é necessário que a Administração Pública corrija a ilegalidade. Quando se tratar de ato com irregularidade ou defeitos sanáveis, a convalidação é um meio de preservar a situação jurídica relacionada com o ato defeituoso, porque esse instituto corrige a ilegalidade mediante um novo ato que confere validade ao ato anterior com efeitos retroativos desde a sua origem. Entretanto, não é pacífico o caráter do instituto, quanto a ele ser uma faculdade discricionária ou obrigatória. Sobre isso, o trabalho demonstra que os princípios da legalidade e da segurança jurídica determinam a obrigatoriedade na sua aplicação. O princípio da proteção à confiança é decorrente da segurança jurídica e possui normatividade no direito brasileiro. Esse princípio confirma a obrigatoriedade de convalidar, porque por ele são protegidas as expectativas legítimas criadas nos administrados com o ato inválido. A conclusão do trabalho é no sentido de que a convalidação é um dever para a Administração Pública, diante da aplicação do princípio da proteção à confiança, porque são protegidas as expectativas legítimas criadas no administrado.

Palavras-chave: Convalidação. Vinculação. Discricionariedade. Legalidade. Segurança jurídica. Proteção à confiança.

ABSTRACT

The purpose of this monography is to analyze the legal bases of the discussion about the compulsory or discretionary nature of the validation of the administrative act, in light of the application of the protection of trust principle. The deductive method was used for bibliography research. The administrative act represents a means of controlling the administrative function, because it enables its obedience to legality. In case of invalidity of the administrative act it is the Public Administration duty to correct the illegality. When the act presents irregularity or defects, the legal validation is a means of preserving the legal situation modified by the defective act, because that institute corrects the illegality by means of a new act that gives validity to the previous act with retroactive effect from its origin. However, the character of the institute is not peaceful, as it is a discretionary or compulsory faculty. The work demonstrates that the principles of legality and legal certainty mean that there is an obligation to enforce it. The protection of trust principle derives from legal certainty and is normative in Brazilian law. This protection of trust principle confirms this obligation to legally validate, because it is protected by the legitimate expectations created in those which are administrated with the invalid act. The conclusion of the work was the recognition that the legal validation is a duty for Public Administration, in the application of the protection of trust principle due to the legitimate expectations created in the administration which are protected.

Key-words: Legal validation. Compulsory. Discretionary. Legality. Legal certainty. Protection of trust.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O ATO ADMINISTRATIVO ENQUANTO INSTRUMENTO DA LEGALIDADE ...	14
2.1 O ato administrativo como expressão do Estado de Direito	14
2.1.2 O Direito Administrativo como resultado da legalidade no Estado de Direito	14
2.1.2 O controle de legalidade da função administrativa por meio do ato administrativo	16
2.2 Ato administrativo como ato jurídico e o seu conceito	17
2.3 Atributos do ato administrativo como efeito da supremacia do interesse público	20
2.4 Elementos do ato administrativo	23
3 DEVER OU FACULDADE DISCRICIONÁRIA DE CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO SANÁVEL	31
3.1 Dever ou discricionariedade de invalidação do ato administrativo	31
3.1.1 Invalidação do ato administrativo	31
3.1.2 Dever ou discricionariedade de invalidação do ato administrativo	35
3.1.3 Discricionariedade no ato administrativo	36
3.2 Dever ou faculdade discricionária de convalidação do ato administrativo	38
3.2.1 A convalidação no ordenamento jurídico brasileiro	38
3.2.2 Dever ou discricionariedade de convalidação	40
3.3 Atos administrativos convalidáveis: tipos de vícios do ato administrativo	48
3.3.1 Espécies de vícios do ato administrativo	48
3.3.2 Atos administrativos convalidáveis	53
4 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA E O DEVER DE CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO	56
4.1 Definição de princípio jurídico	56
4.2 A confiança decorrente da segurança jurídica no Estado de Direito	57
4.2.1 A segurança jurídica no Estado de Direito	57
4.2.2 Reconhecimento jurídico da proteção à confiança na função administrativa	60
4.3 Conteúdo dogmático do princípio da proteção à confiança	62
4.3.1 Origem e desenvolvimento do princípio da proteção à confiança	62

4.3.2 Princípio da proteção à confiança na legislação brasileira	63
4.3.3 A presença da boa-fé diante do princípio da proteção à confiança	66
4.3.4 Critérios para aplicação do princípio da proteção à confiança e os seus efeitos	68
4.3.5 O princípio da proteção à confiança na jurisprudência brasileira	70
4.4 Dever de convalidação do ato administrativo e o princípio da proteção à confiança	74
4.4.1 Manutenção dos atos administrativos inválidos pela aplicação do princípio da proteção à confiança.....	75
4.4.2 O princípio da proteção à confiança nos institutos jurídicos e construções doutrinárias	78
4.4.3 Obrigatoriedade ou faculdade discricionária de convalidar: uma visão sobre a proteção à confiança.....	80
5 CONCLUSÃO.....	88
REFERÊNCIAS	91

1 INTRODUÇÃO

No Estado democrático de direito a legitimidade da execução da função administrativa decorre do devido respeito aos princípios constitucionais expressos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente no sentido da consagração dos direitos e garantias fundamentais.

Por vezes, dentro das relações jurídicas travadas entre a Administração Pública e os administrados, esses direitos e garantias fundamentais funcionam para a proteção dos administrados diante da posição de supremacia que goza a função administrativa, tendo em vista os valores jurídicos que carregam o princípio da supremacia do interesse público.

Isso ocorre porque uma das consequências desse princípio é a criação de um relevante número de institutos legais que atuam para a busca do interesse público, em posição de coercibilidade e predomínio sobre o cidadão. Com essa condição diante do ordenamento jurídico, a Administração Pública age e deixar de agir com mais eficiência na realização de suas atividades. Todavia, em algumas oportunidades o impacto dessas ações viola direitos subjetivos dos administrados, impondo-lhes condições de difícil restauração, tendo em vista a preponderância da vontade do Estado. Apesar dessa situação, o paradigma da juridicidade administrativa busca recompor o espírito constitucionalista, na exaltação dos direitos e garantias fundamentais extraídas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além da força normativa dos princípios, que incidem nos institutos do regime jurídico-administrativo.

Sobre isso, este trabalho adentra o campo das invalidade do ato administrativo, numa visão principiológica, relacionando-a com a legalidade e supremacia do Estado de Direito em face dos direitos dos cidadãos. Como os atos administrativos fruem dos atributos da presunção de legitimidade e veracidade, a função administrativa encontra-se numa suposta esfera de concordância legal e fática. Entretanto, é relevante anotar que o fato da função administrativa se encontrar subordinada à legalidade, assim como o ato administrativo dispor desses atributos, não é garantia de sua escoreita coerência com os ditames legais. É particular de toda manifestação humana o erro, que dentro da função administrativa se manifesta por meio das ilegalidades do ato administrativo, também chamadas pela doutrina de invalidades.

Como forma de lidar com esse aspecto da atuação estatal, o ordenamento prevê a possibilidade de correção de defeitos legais relacionados com o ato administrativo. Uma dessas maneiras é por meio do instituto jurídico da convalidação. Acerca disso, a restauração da

legalidade por meio da convalidação permite ao agente público uma maior eficiência no desempenho da função administrativa, porquanto os efeitos do ato administrativo podem ser mantidos, sem a sua anulação, além dele se encontrar alicerçado no princípio da segurança jurídica, porque a convalidação funciona na proteção da estabilidade das relações jurídicas e também no respeito a ampliação da esfera de direitos subjetivos dos cidadãos em virtude da ação administrativa.

A respeito desse instituto, instaurou-se uma relevante controvérsia sobre o caráter da convalidação, que é o problema da presente pesquisa. Seria a convalidação um ato de natureza vinculada ou de natureza discricionária? Diante da presença ou ausência da obrigatoriedade de convalidar duas vertentes se ramificaram, cada qual com seus fundamentos para amparar a posição.

Sob esse ponto de vista, uma análise principiológica esclarece qual pensamento encontra-se mais coerente com os princípios administrativos e à própria Constituição. Dentre os princípios, este trabalho buscou inserir no problema de pesquisa a ótica do princípio da proteção à confiança, com o fim de esclarecer a controvérsia e apontar qual das correntes está por ele amparada. A sua relevância se prende à circunstância dele decorrer do princípio da segurança jurídica, atuando na tutela das expectativas legítimas criadas pelo Estado no administrado pela sua ação, a qual nem sempre é condizente com os seus imperativos de presunção de legitimidade e veracidade.

Também, a questão entre a relação da supremacia do Estado e os direitos dos administrados revela-se neste tema sobre os limites do poder de autotutela que a Administração Pública encontra após editar atos administrativos ilegais. Como há um império da ação estatal, que obriga unilateralmente os administrados, o cidadão suporta um constrangimento na sua liberdade pelo ato inválido, cuja ilegalidade ele não provocou, orientando sua vida com base nesse comportamento. A aludida controvérsia significa uma análise da demarcação entre a busca legítima do interesse público e o exercício arbitrário da função administrativa, ainda que na obediência da legalidade.

A hipótese é que a Administração Pública está submetida ao princípio da proteção à confiança – considerado o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica – motivo pelo qual o dever de convalidação do ato administrativo garante a estabilidade das relações jurídicas e o respeito às expectativas legítimas depositadas pelos administrados em relação à gerência da atuação estatal. Assim sendo, quando há possibilidade da convalidação, ocorre uma inibição da

autotutela administrativa, pois nesse caso não é cabível uma livre escolha de invalidar o ato administrativo, tendo em vista que são priorizados os direitos do cidadão.

Assim, o objetivo geral deste trabalho é verificar se a convalidação do ato administrativo constitui um dever ou uma faculdade da Administração Pública, a partir da aplicação do princípio da proteção à confiança.

Com essa proposta, no primeiro capítulo apresenta-se os fundamentos da legalidade no Estado de Direito e a sua relação com o ato administrativo. Este foi um instrumento jurídico criado para permitir o controle da legalidade da função administrativa no Estado de Direito, na medida em que a ação da Administração Pública recebe um aspecto jurídico. Isso ocorre porque a ação estatal só será legítima quando o ato administrativo corresponder aos seus requisitos de constituição previstos em lei. Ainda, esclarece-se que esse instituto jurídico é considerado a declaração de vontade do Estado na função administrativa, realizada pela Administração Pública. Inclusive, como todo ato administrativo é um ato jurídico, disciplinado pelo regime jurídico de Direito Público, ele apresenta elementos de constituição específicos, assim como atributos que concedem prerrogativas na ação administrativa e, conseqüentemente, eficiência para a realização do interesse público. Essas noções sobre a legalidade e a sua relação com o ato administrativo servem de pressupostos para a apresentação das invalidades e do dever de convalidação no próximo capítulo.

No segundo capítulo o assunto em foco é a discussão do dever ou discricionariedade de convalidação, considerando os fundamentos doutrinários acerca dos princípios e razões legais que embasam ambas posições. As lições seguem o marco teórico constante na obra de Weida Zancaner, que defende a obrigatoriedade da convalidação. Para mostrar o posicionamento que defende o dever de convalidação, numa exposição encadeada, a seção apresenta o regime jurídico das invalidades no Direito Administrativo e esclarece sobre a existência do dever de invalidar para a Administração Pública, já que ela possui o poder de autotutela. Em seguida, apresenta-se noções sobre a vinculação e discricionariedade do ato administrativo, tendo em vista que a compreensão da maneira que a discricionariedade pode ocorrer no regime jurídico-administrativo, fundamenta a existência do dever de convalidar. Quanto a discussão entre a obrigatoriedade e discricionariedade da convalidação a seção demonstra a prevalência do dever convalidatório, já que se encontra embasado na máxima expressão de princípios administrativos: a legalidade e a segurança jurídica. Em seguida, detalham-se os vícios do ato administrativo, correlacionando com as hipóteses de convalidação.

O terceiro capítulo reúne as discussões anteriores e apresenta o princípio da proteção à confiança, na condição de expressão do Estado de Direito, já que ele decorre da segurança jurídica e se harmoniza com o princípio da boa-fé. Esse ponto segue as lições de Almiro do Couto e Silva, o qual assinala a origem desse princípio no direito alemão, em decisão na qual foi limitada a eliminação de atos administrativos inválidos, tendo em vista a criação de uma base de confiança no destinatário do ato. Nesse sentido, o princípio da proteção à confiança é recepcionado no direito brasileiro por meio da Lei do Processo Administrativo Federal e do reconhecimento pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal da possibilidade da segurança jurídica ser aplicada em situações de proteção da confiança do cidadão, que se originou de um comportamento estatal. Como o princípio encontra amparo legal e jurisprudencial, sua incidência diante dos institutos passa a ser obrigatória, em razão da sua força normativa em todo o regime jurídico-administrativo.

Dessa forma, o princípio da proteção à confiança manifesta no interior do ordenamento jurídico um valor de estabilidade e previsão da ação do Estado, privilegiando a proteção de situações em que o seu comportamento afete os administrados, criando neles uma base de confiança capaz de ser frustrada por outro ato; e, com isso, prejuízos ou eliminação de direitos.

Essa ideia apresentada neste capítulo, é verificável diante do dever de convalidação, motivo pelo qual, o debate proposto recebe o benefício dessas conclusões da aplicação do princípio da proteção à confiança, com o intuito de endossar ainda mais a preferência pela posição jurídica que compreende pela obrigatoriedade do emprego da convalidação, como forma adequada de corrigir as ilegalidades e preservar os direitos subjetivos dos administrados que confiaram na legitimidade da Administração Pública em determinada atuação.

O método de abordagem utilizado é o dedutivo com o emprego de pesquisa bibliográfica.

2 O ATO ADMINISTRATIVO ENQUANTO INSTRUMENTO DA LEGALIDADE

Este capítulo é requisito para a análise da obrigatoriedade ou discricionariedade da convalidação, porque Weida Zancaner entende que as normas jurídicas sobre a validade ou invalidade do ato administrativo são justificadas pelas razões de aplicação do princípio da legalidade na função administrativa.¹ Também, é necessário explicar o modo pela qual a legalidade funciona como controle das atividades da Administração Pública por meio do ato administrativo.

2.1 O ato administrativo como expressão do Estado de Direito

2.1.2 O Direito Administrativo como resultado da legalidade no Estado de Direito

O Estado de Direito é consequência da queda dos regimes absolutistas, em virtude das revoluções iniciadas pela influência dos ideais filosóficos e transformações políticas da Revolução Francesa.² Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que anteriormente à Revolução Francesa vigorava o Estado de Polícia, na qual a forma de governo adotada era a monarquia absolutista, em que todos os poderes encontravam-se concentrados na figura do monarca.³ Adolfo Merkel, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, afirma que o poder se exercia por um "direito ilimitado para administrar, estruturado sobre os princípios segundo os quais [...] (o que agrada ao rei tem força de lei), [...] (o rei não pode errar), [...] (a vontade do rei é a lei suprema)."⁴

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que "O advento do Estado de Direito promoveu profunda subversão nestas ideias políticas, que eram juridicamente aceitas."⁵ Tal ocorre porque a ideia que a vontade do soberano era o critério para determinar a legislação é modificada para a noção de que todos os cidadãos deveriam se submeter ao império das leis, como forma de controle, que passaram a limitar o exercício do poder do Estado.

Em consequência, o princípio da legalidade é o produto de um objetivo político de sujeição dos detentores da administração estatal a um conjunto de normas gerais, abstratas e impessoais, como forma de impedir o uso arbitrário do poder.⁶ O Estado de Direito possui em

¹ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 15-23.

² MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Tratado de Direito Administrativo: Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. p. 30-33.

³ MARTINS JUNIOR; DI PIETRO, 2014. v. 1., p. 37.

⁴ MARTINS JUNIOR; DI PIETRO, 2014. v. 1., p. 93

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 47.

⁶ MELLO, 2013, p. 103.

sua essência esse objetivo político, tanto que Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o princípio da legalidade é “específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria.”⁷

Junto com a criação do Estado de Direito, foram necessárias reformulações na administração estatal, tendo em vista a aplicação do princípio da legalidade. A nascente Administração Pública não era observável no antigo regime, porque as antigas relações do Estado de Polícia eram entre rei e súditos,⁸ com a predominância da vontade arbitrária do monarca. Com o Estado de Direito são constituídas novas relações entre o Estado e os indivíduos, desta vez estes na condição de administrados. A respeito disso, fez-se necessária a criação de um conjunto de normas voltadas para a disciplina do funcionamento da Administração Pública, o que constitui o Direito Administrativo, na qualidade de disciplina jurídica que tem o propósito de regulamentar a função administrativa.

Nessa explicação, o fato da função administrativa apenas operar segundo a lei decorre da própria criação do Direito Administrativo, porque essa disciplina nasceu com o Estado de Direito, no final do século XVIII e início do século XIX.⁹

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello aborda essa perspectiva gerada pelo início do Direito Administrativo, na característica de disciplina apropriada à nova situação entre o Estado e os governados:

Constitui disciplina própria do Estado Moderno, ou melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, outrossim, nas relações com os governados.¹⁰

Do exposto, conclui-se que a legalidade é inerente ao Estado de Direito e tem o objetivo de controlar a administração estatal, a partir da limitação das suas formas de ação por meio de normas gerais gerais, abstratas e impessoais. É uma organização social em que os cidadãos são protegidos da vontade daqueles que receberem a tarefa de gerir os interesses públicos, bem como determina quais metas devem buscar o gestor público, sendo esse o motivo para a origem do Direito Administrativo.

⁷ MELLO, C., 2013, p. 103.

⁸ MARTINS JUNIOR; DI PIETRO, 2014. v. 1., p. 30-33.

⁹ MARTINS JUNIOR; DI PIETRO, 2014. v. 1., p. 30-33.

¹⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. vol. I. p. 76-77.

2.1.2 O controle de legalidade da função administrativa por meio do ato administrativo

Em razão do exposto sobre criação do Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece como conceito dessa disciplina que “O Direito Administrativo é o ramo do Direito público que disciplina o exercício da função administrativa, bem como pessoas e órgãos que a desempenham.”¹¹

No seu conceito, o aludido autor ensina que o objeto dessa disciplina recai sobre a função administrativa, assim como no sujeito que a desempenha. Quanto ao sujeito, José dos Santos Carvalho Filho apresenta que o sujeito de fato que realiza a função administrativa é a Administração Pública, conceituando-a como: “conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividade administrativas.”¹² Sobre a função administrativa, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que ela é uma das três funções desempenhadas pelo Estado de Direito. São elas “a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional.”¹³ Para o autor mencionado, o conceito de função administrativa é:

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.¹⁴

A finalidade da função administrativa encontrar-se subordinada à legalidade é a busca do interesse público, segundo afirma Weida Zancaner que “A necessidade de completa subsunção da Administração à lei não é um fim em si, mas constitui meio para que ela possa cumprir o fim ao qual se encontra adstrita, isto é, a consecução do interesse público.”¹⁵

Nesse intuito, o ato administrativo é empregado para que a atividade administrativa corresponda às previsões contidas nas leis. Isso porque, considerando o início do Direito Administrativo a partir do surgimento do Estado Moderno, o ato administrativo foi o instituto jurídico que representou o modo pelo qual foi possível o controle de legalidade da atividade estatal.

Alexandre Santos de Aragão explica que os atos administrativos foram garantias para os direitos fundamentais dos cidadãos, em face da posição de supremacia do poder do

¹¹ MELLO, 2013, p. 29.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 11-12.

¹³ MELLO, 2013, p. 29-30.

¹⁴ MELLO, 2013, p. 36.

¹⁵ ZANCANER, 1996, p. 23.

Estado. Tal ocorreu porque foi possível a submissão da Administração Pública à legalidade, haja vista que os atos administrativos necessitam de submissão a determinados critérios para a sua existência e conseqüente produção de efeitos jurídicos. Adquirindo uma condição jurídica, o ato administrativo é passível de controle pela avaliação da sua legalidade.¹⁶

Nessa linha de entendimento, Alexandre Santos de Aragão expõe que:

Os atos administrativos juridicizam e conseqüentemente limitam as manifestações de vontade do Poder Público. Com isso, passam a existir limites, formalidades e requisitos – e, portanto, o controle – para o exercício do poder/vontade do Estado.¹⁷

Portanto, a função administrativa é submetida à legalidade para a plena realização do interesse público. Dentro desse objetivo o ato administrativo desempenha o propósito de permitir que a função administrativa esteja conforme as disposições definidas pelo legislador. Assim, o conceito do ato administrativo e a apresentação de noções mais apuradas sobre a maneira com que ele encontra-se estruturado juridicamente são necessários para a compreensão do trabalho.

2.2 Ato administrativo como ato jurídico e o seu conceito

O conceito do ato administrativo é extraído da análise de lições preliminares, oriundas da teoria dos atos jurídicos, já que os autores que embasam este trabalho consideram o ato administrativo como espécie dos atos jurídicos. Para delimitar seu conceito, deve-se pontuar o que não é ato administrativo, porquanto o Estado pratica diversos outros atos que não são caracterizados como atos administrativos.¹⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que para delimitar o conceito de ato administrativo é necessário que não haja confusão com conceitos similares, visto que existem diversos atos distintos do ato administrativo, como atos da administração, que igualmente são realizados pela Administração Pública para alcançar os seus fins.¹⁹

Em idêntica linha de pensamento, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ensina que perante a categoria de atos da administração podem ser encontrados tanto os atos administrativos, como os atos de Direito Privado realizados pela Administração Pública, como também simples atos de atividade material, sem conotação jurídica, tal qual uma prestação de

¹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 147-148.

¹⁷ ARAGÃO, 2013, p. 147-148.

¹⁸ MELLO, 2013, p. 387-388.

¹⁹ MELLO, 2013, p. 387-388.

serviço. Portanto, para ele o ato administrativo é considerado espécie do gênero atos da administração.²⁰ Também, José dos Santos Carvalho Filho afirma que ato da Administração é todo aquele oriundo da Administração, desde que expresse uma vontade dela, por meio de seus órgãos.²¹

Frise-se que o termo Administração Pública está no seu sentido subjetivo, explanado por José dos Santos Carvalho Filho enquanto "o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas."²² Portanto, todos os atos realizados por essa estrutura são considerados atos da administração.

Outra distinção relevante é abordada por Celso Antônio Bandeira de Mello, no que concerne a diferença de ato administrativo de atos políticos ou de governo. Para esse autor, esta última espécie de ato qualifica-se por possuir uma margem de discricionariedade acima da conferida aos atos administrativos, já que possui sua margem de decisão pautada pela Constituição da República. Sua ação envolve situações em nível infraconstitucional e não infralegal. Por sua vez, os atos administrativos se caracterizam por operarem em nível infralegal.²³

Todavia, há posicionamento em sentido diverso de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o qual entende os atos políticos ou de governo como atos administrativos, e não uma categoria diferente. Para ele, a distinção existente prestou para que os atos de governo fossem apartados do controle de legitimidade do Poder Judiciário, num tipo de ideia acerca da separação dos poderes.²⁴

Além disso, Mauro Sérgio dos Santos aponta que a Administração também pratica os denominados atos privados, que são aqueles regidos pelo Direito Privado, sem que haja a disposição das prerrogativas iminentes aos atos administrativos, que confere superioridade a Administração Pública frente ao particular.²⁵

Da análise feita não se pode confundir ato administrativo com atos da administração, atos políticos ou de governo e atos privados praticados pela Administração Pública.

Na verdade, o ato administrativo é entendido como espécie do gênero ato jurídico,

²⁰ MELLO, O., 2010, p. 475.

²¹ CARVALHO FILHO, 2015, p. 98-99.

²² CARVALHO FILHO, 2015, p. 11.

²³ MELLO, C., 2013, p. 388.

²⁴ MELLO, O., 2010, p. 480.

²⁵ SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 189.

sendo este o entendimento de Cretella Júnior quando afirma que “O ato administrativo é antes de tudo, ato jurídico.”²⁶, assim como o de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem “O ato administrativo é um ato jurídico, pois se trata de uma declaração que produz efeitos jurídicos.”²⁷ Como o ato administrativo está inserido dentro da categoria dos atos jurídicos, o autor mencionado assevera que ele se distingue dos demais atos jurídicos pela presença de elementos específicos, que são: “(a) no que concerne às condições de sua válida produção e (b) no que atina à eficácia que lhe é própria.”²⁸

Portanto, a compreensão desse instituto jurídico envolve o conceito de ato jurídico elencado pelo Código Civil de 1916 em seu artigo 81 ao afirmar que “Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico.”²⁹

Apesar desse conceito expresso no Código Civil de 1916, afeito à disciplina das relações de Direito Privado, não há óbice à sua aplicação na seara do Direito Administrativo, a fim de embasar a correta compreensão do instituto do ato administrativo. Sob esse ponto de vista Miguel Reale é favorável ao afirmar que:

A teoria dos fatos e atos jurídicos é comum, quanto aos princípios gerais, a todos os domínios do Direito, sendo compreensível que a sua disciplina seja feita no Código Civil, por ser a sede do Direito Comum, sem prejuízo, é claro, da existência de requisitos peculiares aos diversos setores de sua aplicação.³⁰

Tomando-se como base a definição incluída no artigo 81 do Código Civil de 1916, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que os três elementos presentes no ato jurídico devem igualmente estar no conceito de ato administrativo, a saber, “manifestação de vontade, licitude e produção de efeitos jurídicos imediatos.”³¹

Sob esses entendimentos, a autora disserta o conceito de ato administrativo: “Com esses elementos, pode-se definir o ato administrativo como a 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.”³²

Igualmente, ante essas colocações, e distinguindo daquilo que não é ato

²⁶ CRETILLA JUNIOR. **Do ato administrativo**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 15.

²⁷ MELLO, 2013, p. 375.

²⁸ MELLO, 2013, p. 375.

²⁹ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 20 out. 2018.

³⁰ REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 203.

³¹ DI PIETRO, 2014, p. 203.

³² DI PIETRO, 2014, p. 205.

administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello o define como:

declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.³³

Na definição de ato administrativo de Celso Antônio Bandeira de Mello o instituto é caracterizado por possuir como diferencial dos demais atos jurídicos a condição de ser realizado no exercício de prerrogativas públicas. Para o desempenho dessa condição o ato administrativo qualifica-se com atributos, os quais permitem que a função administrativa alcance os seus objetivos por meio do ato administrativo.

2.3 Atributos do ato administrativo como efeito da supremacia do interesse público

Os atributos do ato administrativos decorrem de maneira lógica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Esse princípio é um aspecto relevante do regime jurídico-administrativo, em razão dele significar uma prevalência dos interesses da coletividade em face dos interesses particulares. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o interesse público é a decorrência da soma dos interesses particulares que cada indivíduo possui em participar de uma sociedade,³⁴ de modo que a supremacia do interesse público não significa a defesa exclusiva dos interesses do Estado, em detrimento absoluto do cidadão, mas a busca do bem comum.

Para alcançar esse objetivo, o princípio da supremacia do interesse público fundamenta as prerrogativas concedidas à Administração Pública, com o fim de instrumentalizar a função administrativa para que ela consiga realizar a proteção dos interesses públicos. Há uma verticalização nas relações entre a Administração Pública e os administrados, com posição de autoridade e privilégio daquela. Entretanto, ela também se submete à restrições especiais que controlam a função administrativa.³⁵ São exemplos de prerrogativas: a permissão de constituir terceiros em obrigações, por meio de atos unilaterais; o dever de anular ou convalidar, assim como revogar seus atos no exercício da autotutela dos atos administrativos.³⁶

Os instrumentos jurídicos, que fornecem essas prerrogativas, são resultados dos atributos do ato administrativo, já que eles outorgam para a função administrativa o poder de supremacia dos órgãos públicos diante do cidadão, além da capacidade de impor-lhes

³³ DI PIETRO, 2014, p. 389.

³⁴ MELLO, 2013, p. 62.

³⁵ MELLO, 2013, p. 70-72.

³⁶ MELLO, 2013, p. 99-100.

obrigações de maneira unilateral e com possibilidade de exigibilidade imediata.

Hely Lopes Meirelles afirma que para se estabelecer uma distinção dos demais atos jurídicos, o ato administrativo se reveste de atributos, que lhe imprimem as características necessárias para a atuação do Poder Público. Para ele são três: presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade e autoexecutoriedade.³⁷

Há ainda outros autores que assentem com esta classificação. José dos Santos Carvalho Filho adota idêntico rol de Hely Lopes Meirelles para os atributos, apenas denominando-os distintamente de características do ato administrativo.³⁸

Por sua vez, o ensino de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre os atributos do ato administrativo é pautado pela compreensão da necessidade de concessão de poderes à Administração Pública para a realização do interesse público, especialmente por meio da disciplina jurídica do ato administrativo, distinguindo-o dos atos de direito privado. Deste modo, para o autor faz-se necessário que eles sejam dotados dos atributos da presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.³⁹

Também, Maria Sylvia Zanella Di Pietro elenca os atributos da presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade, autoexecutoriedade e tipicidade, entendendo-os como "as características que permitem afirmar que ele [ato administrativo] se submete a um regime jurídico administrativo ou a um regime jurídico de direito público."⁴⁰

O primeiro dos atributos é o da presunção de legitimidade e veracidade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que se trata de conceitos com sentidos distintos, apesar de integrarem o mesmo atributo. Enquanto a legitimidade é a presunção de correspondência do ato conforme as disposições legais, a veracidade é presunção de que os fatos verificados no ato são verdadeiros, guardando relação com o conteúdo fático dos atos.⁴¹

José dos Santos Carvalho Filho aponta como fundamento norteador para o atributo da presunção de legitimidade a ideia de que o agente estatal procura sempre o interesse público na produção dos seus atos, sendo assim presumível a sua legitimidade. Deste modo, o fundamento é próprio da natureza do ato administrativo.⁴²

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 182.

³⁸ CARVALHO FILHO, 2015, p. 122.

³⁹ MELLO, 2013, p. 421-423.

⁴⁰ DI PIETRO, 2014, p. 206.

⁴¹ DI PIETRO, 2014, p. 206-208.

⁴² CARVALHO FILHO, 2015, p. 123.

Hely Lopes Meirelles afirma que do princípio da legalidade administrativa, com previsão no art. 37 da Constituição da República, decorre a presunção de legitimidade, porquanto sendo toda a ação administrativa em tese pautada pela lei, presume-se a sua adequação aos dispositivos legais. A presunção de veracidade é considerada pelo autor inerente à legitimidade, pois os fatos apresentados pela Administração Pública para a produção do ato são considerados verdadeiros, até a produção de prova em contrário. Com esse atributo do ato administrativo é conferido ao Poder Público a capacidade de operar com eficiência, sem que impugnações a respeito da legitimidade e veracidade dos atos entrem o exercício da atividade estatal. Isso porque presumindo sua legitimidade e veracidade, possíveis vícios arguidos por interessados não obstam a execução dos seus efeitos, o qual inclusive é de produção imediata após a realização do ato, excluída as hipóteses de medida judicial ou administrativa suspensiva do ato. Outra consequência é a atribuição do ônus da prova àquele que questiona a validade do ato, o qual deve comprovar a ilegitimidade e a existência de vícios no ato administrativo.⁴³

Conforme o ensino de Hely Lopes Meirelles, o atributo da imperatividade é o que confere coercibilidade ao ato administrativo, sujeitando o administrado às suas disposições, independente de sua concordância, a fim de conferir facilidade na execução de seus efeitos, porquanto a atividade administrativa sucumbiria frente à falta de disposição do particular em cooperar com a Administração. O autor ressalta que não são todos os atos que a possuem, a exemplo dos atos que dependem da iniciativa do administrado para a produção de seus efeitos. Todavia, nas hipóteses de atos com imperatividade, a Administração Pública obriga o particular ao cumprimento da ordem, a qual é garantida pela possibilidade de execução coercitiva do ato tanto administrativa como judicial.⁴⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que "A imperatividade é uma das características que distingue o ato administrativo do ato de direito privado; este último não cria qualquer obrigação para terceiros sem a sua concordância."⁴⁵

Há ainda o atributo da autoexecutoriedade, o qual, para Hely Lopes Meirelles, confere ao ato administrativo a possibilidade de ser executado pela Administração Pública sem a necessidade de medida judicial. Nesse caso, a autoexecutoriedade possibilita à Administração maior presteza na realização do interesse público, pois a necessidade de socorrer-se incessantemente do Poder Judiciário seria motivo de atraso quando sua atividade

⁴³ MEIRELLES, 2016, p. 182-183.

⁴⁴ MEIRELLES, 2016, p. 185.

⁴⁵ DI PIETRO, 2014, p. 209.

sofresse a oposição do particular.⁴⁶

Ainda, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que não é sempre que o ato administrativo dispõe do atributo da autoexecutoriedade, mas na presença de duas situações determinadas. Ele ocorre quando há previsão legal para tanto, como no caso do exercício do poder de polícia administrativa - no qual ocorre a execução de medidas autoexecutórias - e nas circunstâncias em que a demora na execução acarrete dano ao interesse público, em razão da urgência da medida.⁴⁷

A autora reconhece um quarto atributo, não unânime nas demais doutrinas, referido por ela como tipicidade, por meio do qual o ato administrativo somente pode corresponder às finalidades previamente determinadas na lei. A tipicidade é resultado da aplicação do princípio da legalidade, fornecendo segurança para o administrado.⁴⁸

Em conclusão, os atributos do ato administrativo são essenciais para a função administrativa. Como essa função realiza-se concretamente por meio do ato administrativo, os atributos dão a esse instituto o poder de supremacia diante do cidadão, no objetivo de tornar possível a realização do interesse público.

2.4 Elementos do ato administrativo

O ato administrativo é um todo, que - para fins didáticos - sofre pela doutrina uma análise detalhada sobre cada um de seus elementos que o constituem. Nesta perspectiva, Cretella Júnior entende a existência dos elementos anatômicos do ato administrativo, empregando uma linguagem própria das ciências médicas, para fazer alusão aos seus elementos constitutivos, sendo para ele o agente, objeto, forma, motivo e fim.⁴⁹

Igualmente, a doutrina de Hely Lopes Meirelles dispõe sobre a existência de requisitos do ato administrativo, que representam a sua infraestrutura. São elencados os requisitos da competência, finalidade, forma, motivo e objeto.⁵⁰

A menção do autor a respeito da infraestrutura do ato administrativo é abordada por outros autores na condição de elementos, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ou aspectos, a exemplo de Marçal Justen Filho. Isso porque não se apresenta consenso na doutrina sobre a determinação dos elementos dos atos administrativos, ou mesmo à sua nomenclatura.

⁴⁶ MEIRELLES, 2016, p. 185-186.

⁴⁷ DI PIETRO, 2014, p. 209-210.

⁴⁸ DI PIETRO, 2014, p. 210-211.

⁴⁹ CRETELLA JUNIOR. **Do ato administrativo**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977. p. 21-22.

⁵⁰ MEIRELLES, 2016, p. 175.

Por sua vez, a Lei da Ação Popular dispõe no seu art. 2º sobre a presença dos elementos do ato administrativo, mediante a regulamentação dos casos de anulação dos atos que lesam ao patrimônio das entidades estatais. Nesse sentido, há a seguinte previsão sobre os elementos: "São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade."⁵¹ Logo, depreende-se do previsto nas alíneas os elementos: a) competência; b) forma; c) objeto; d) motivo; e) finalidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro prefere a terminologia prevista na Lei de Ação Popular, enquanto expressão do direito positivo brasileiro, e esclarece que na sua visão são elementos a forma, o objeto, o motivo, a finalidade e o sujeito, este último em substituição à competência, uma vez que entende a competência como um dos atributos do sujeito.⁵² Esses mesmos elementos são apontados por Marçal Justen Filho, mas sob a denominação de aspectos e trocando o elemento objeto pelo aspecto conteúdo.⁵³

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o elemento sujeito do ato administrativo refere-se ao agente que possui competência para a prática do ato, conforme a atribuição prevista em lei ou outros atos normativos da Administração que fixem a respectiva competência. Para a análise do sujeito consideram-se dois atributos: a capacidade e a competência. A capacidade é a qualidade do sujeito que possui titularidade de direitos e obrigações. No regime jurídico administrativa os sujeitos com capacidade "são as pessoas públicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal)"⁵⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta que muito embora a capacidade seja atributo das pessoas públicas políticas, para o desempenho das atividades estatais faz-se necessário uma divisão interna de tarefas, em cada um, por meio dos seus órgãos administrativos e agentes públicos, a qual se realizada por meio da determinação de competências, definida por ela enquanto o "conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo."⁵⁵

A autora ainda afirma que a competência deve ser estabelecida por meio legal. Quando se trata de competência relacionada às pessoas públicas políticas, a distribuição das

⁵¹ BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 16 nov. de 2018.

⁵² DI PIETRO, 2014, p. 211-212.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 398-399.

⁵⁴ DI PIETRO, 2014, p. 212.

⁵⁵ DI PIETRO, 2014, p. 212.

atribuições é determinada pela Constituição da República, nos demais casos, a exemplo de órgãos e servidores públicos, a fixação decorre de lei.⁵⁶ José dos Santos Carvalho Filho esclarece que a competência possui a característica da inderrogabilidade, considerando que a previsão legal fixa as atribuições do órgão, ela não pode ser transferida por qualquer manifestação de vontade da Administração. O autor também assinala a característica da improrrogabilidade, que significa a impossibilidade de um órgão incompetente se torne competente, exceto se previsto anteriormente em norma definidora de competência.⁵⁷

Em seguida, é elencado o elemento objeto (ou conteúdo) do ato administrativo, o qual para Hely Lopes Meirelles é entendido que: "todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público."⁵⁸ Também, José dos Santos Carvalho Filho esclarece que o elemento objeto "é a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a processar."⁵⁹

José dos Santos Carvalho Filho acentua que a validade do objeto do ato administrativo é condicionada à presença de alguns requisitos, a saber, licitude, possibilidade e que seja determinado ou determinável, sob pena de incorrer em vício.⁶⁰

Em relação ao terceiro elemento, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que o elemento forma do ato administrativo significa o "revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência."⁶¹ Ademais, o autor esclarece que por vezes a forma do ato não encontra previsão legal, pelo que se caracteriza pela ausência de obrigatoriedade, muito embora todo ato administrativo exija alguma forma de exteriorização.⁶²

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que existem duas concepções referentes ao entendimento sobre o sentido do elemento forma do ato administrativo. A primeira se caracteriza pelo seu caráter mais restrito, no qual a forma do ato é a exteriorização do ato, ao passo que a outra, de caráter amplo, estabelece que a forma, além de ser a exteriorização, é também o conjunto de formalidades necessárias para a sua válida produção. No caso restrito de forma, pode-se ter como exemplo a maneira escrita ou verbal, por meio de decreto ou

⁵⁶ DI PIETRO, 2014, p. 212-213.

⁵⁷ CARVALHO FILHO, 2015, p. 108.

⁵⁸ MEIRELLES, 2016, p. 178.

⁵⁹ CARVALHO FILHO, 2015, p. 110.

⁶⁰ CARVALHO FILHO, 2015, p. 111.

⁶¹ MELLO, 2013, p. 395.

⁶² MELLO, 2013, p. 395.

portaria, bem como outras.⁶³

Para Hely Lopes Meirelles todo ato administrativo possui uma finalidade voltada ao interesse público. Portanto, a finalidade é um elemento do ato administrativo, constituindo um elemento de tipo vinculado, pois se encontra determinada pelas disposições legais, de maneira expressa ou implícita nas normas.⁶⁴

Esta noção de Hely Lopes Meirelles está no sentido amplo do elemento finalidade apresentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que também aponta a noção restrita do termo, sendo o "resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei".⁶⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que "Finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato."⁶⁶ E em seguida elucida esta noção apresentando os seguintes exemplos: "A finalidade do ato que dissolve passeata tumultuosa é a proteção da ordem pública, da paz pública. A finalidade do ato que interdita fábrica poluidora da atmosfera é a proteção da salubridade pública."⁶⁷

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que no caso de violação às determinações de finalidade previstas pela lei ou pelo interesse público, o ato administrativo eiva-se do vício de desvio de poder, motivo para torná-lo nulo e ilegal.⁶⁸

O último elemento do ato administrativo na doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro é o motivo, consistindo no "pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo."⁶⁹

Com idêntico pensamento à aludida autora, José dos Santos Carvalho Filho esclarece sobre a existência do motivo de direito, o qual significa a previsão na norma legal da situação fática que determina o motivo, ao passo que motivo de fato é o conjunto de circunstâncias que ocorrem no mundo real que motivam o ato, sem a necessidade de previsão normativa.⁷⁰

Já Celso Antônio Bandeira de Mello compreende o motivo como a condição fática necessária para a realização do ato. Para o autor ele não chega a ser um elemento do ato, pois

⁶³ DI PIETRO, 2014, p. 216.

⁶⁴ MEIRELLES, 2016, p. 176.

⁶⁵ DI PIETRO, 2014, p. 219.

⁶⁶ MELLO, 2013, p. 409.

⁶⁷ MELLO, 2013, p. 409.

⁶⁸ DI PIETRO, 2014, p. 219.

⁶⁹ DI PIETRO, 2014, p. 219.

⁷⁰ CARVALHO FILHO, 2015, p. 114.

existe antes dele, caracterizando-o de pressuposto objetivo.⁷¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que se chama motivação a exposição do conjunto de motivos sobre a prática do ato administrativo, sendo importante para a teoria dos motivos determinantes, pois ela dispõe que a validade de um ato administrativo está vinculada aos motivos expostos para a realização desse ato. Quando a motivação se basear em dados falsos ou irreais, ainda que em consonância com os demais elementos de validade do ato, ele é considerado nulo, por ofensa à teoria dos motivos determinantes.⁷²

Além desta classificação dos elementos do ato administrativo acima mencionada, há outra da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello, que elabora pensamento mais aprofundado acerca da constituição do ato administrativo, também seguido por Weida Zancaner.⁷³ Lucia Valle Figueiredo adota em linhas mais gerais esta classificação, motivo pelo qual será abordada conjuntamente.⁷⁴ O autor pondera que a terminologia normalmente empregada para designar as partes do ato administrativo não se mostra a mais correta. O termo elementos possui o sentido de partes que compõem um todo. Para ele são partes do ato administrativo; e, portanto, podem ser denominados de elementos, somente o conteúdo e a forma. Os demais componentes do ato não correspondem propriamente as partes do ato, tendo em vista que são exteriores a ele. Assim, os demais componentes do ato administrativo estão na situação de pressupostos do ato, seja de existência, seja de validade. Pressupostos de existência são o objeto e a função administrativa; pressupostos de validade são o sujeito, o motivo, os requisitos procedimentais, a finalidade, a causa e a formalização.⁷⁵ Conforme foi salientado, Lucia Valle Figueiredo segue em alguns pontos a classificação do mencionado autor. Ela coloca esses pressupostos como requisitos extrínsecos do ato administrativo, quais sejam, competência, motivo, formalidades legais, finalidade e causa.⁷⁶

Após os elementos, Celso Antônio Bandeira de Mello detalha da seguinte forma o seu critério quanto aos pressupostos de existência e de validade:

São pressuposto de existência o objeto e a pertinência do ato ao exercício da função administrativa. Os pressupostos de validade são: 1) Pressuposto subjetivo (sujeito); 2) pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais); 3) pressuposto teleológico (finalidade); 4) pressuposto

⁷¹ MELLO, 2013, p. 401.

⁷² DI PIETRO, 2014, p. 219-220.

⁷³ ZANCANER, 1996, p. 29-44.

⁷⁴ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 198.

⁷⁵ MELLO, 2013, p. 394-417.

⁷⁶ FIGUEIREDO, 2008, p. 200-205.

lógico (causa); 5) pressupostos formalísticos (formalização).⁷⁷

Então, para Celso Antônio Bandeira de Mello são elementos aqueles que compõem a estrutura do ato administrativo, quais sejam, o conteúdo e a forma. O conteúdo é “aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. É, em suma, a própria medida que produz alteração na ordem jurídica.”⁷⁸ No geral, o conteúdo é denominado de objeto por outros doutrinadores, todavia o autor prefere o uso do termo conteúdo.⁷⁹ Além dele, também o outro elemento elencado é a forma, a qual é entendida como o “revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência.”⁸⁰ A forma é indispensável para a criação do ato, no entanto não é necessário que a lei disponha de um tipo de forma obrigatória, por isso é possível uma discricionariedade nesse ponto.⁸¹

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o objeto como “aquilo sobre que o ato dispõe.”⁸² Esse pressuposto de existência guarda relação com um dos elementos do ato acima mencionado, o conteúdo. Como há uma necessidade de todo conteúdo mencionar algo, o objeto do ato funciona como a coisa mencionada pelo conteúdo. Em sentido contrário, na ideia de que os elementos do ato são as partes constitutivas do ato, o objeto não pode ser um dos elementos do ato administrativo, porque não faz parte dele, mas é exterior a ele. Weida Zancaner, em posicionamento acolhido pelo supracitado autor⁸³, entende que na verdade o objeto é um pressuposto de existência do ato administrativo. Ela afirma que no mundo fático todo conteúdo deve mencionar um objeto, mas que no âmbito jurídico, não é todo objeto que pode ser mencionado no conteúdo de uma declaração jurídica. A análise da juridicidade do objeto faz parte do plano da perfeição (existência) do ato, circunstância pela qual, quando o objeto não existir ou não for aceito pela ordem jurídica, torna o seu respectivo ato materialmente inexistente ou juridicamente impossível. Nesta lógica, quando um ato é editado nestas condições, faltar-lhe-á um pressuposto de existência. Estas elucubrações cabem por firmar o entendimento de que o objeto não se confunde com o seu conteúdo, sendo um pressuposto de existência do ato administrativo.⁸⁴

O segundo pressuposto de existência apresentado por Celso Antônio Bandeira de

⁷⁷ MELLO, 2103, p. 396-397.

⁷⁸ MELLO, 2013, p. 397.

⁷⁹ MELLO, 2013, p. 398.

⁸⁰ MELLO, 2013, p. 398.

⁸¹ MELLO, 2013, p. 398.

⁸² MELLO, 2013, p. 398.

⁸³ MELLO, 2013, p. 399.

⁸⁴ ZANCANER, 1996, p. 31-32.

Mello é a pertinência do ato ao exercício da função administrativa. É pressuposto de existência porque se um ato partir do Estado, mas não decorrer da função administrativa ele poderá ser classificado como de outras espécies de atos estatais, mas não como ato administrativo, de modo que esse pressuposto é indispensável para que o ato administrativo seja existente. Corrobora também esta noção o fato de que existem atos administrativos que partem da ação de particulares no exercício da função administrativa, como os concessionários de serviços públicos e delegação das funções públicas, fora do âmbito de órgãos estatais.⁸⁵

Na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello os pressupostos de validade são mais extensos, totalizando o número de seis. O primeiro pressuposto de validade é o sujeito (pressuposto subjetivo), também entendido como aquele que criou o ato. Distintamente da doutrina mencionada, que coloca o sujeito como um elemento do ato, o autor compreende-o como um pressuposto, pois não faz parte da constituição do ato administrativo, mas é exterior a ele. Em seguida, o motivo (pressuposto objetivo) é o segundo pressuposto de validade, pois se trata do preceito fático que requer ou permite a realização do ato administrativo. Ele precede o ato e é exterior a ele, motivo pelo qual, no entendimento do autor, não é elemento do ato. Para que ele seja legal, é necessário aferir nele duas noções: o motivo do ato e o motivo legal. O motivo do ato é a circunstância fática que fundamentou a produção do ato; motivo legal é previsão abstrata contida no dispositivo legal. Em consequência, ambos devem ser ponderados para avaliar sua legitimidade, isto é, se a situação material realmente aconteceu e se esta situação está disciplinada na previsão normativa. Lucia Valle Figueiredo ressalta que o motivo é “essencial à própria existência do ato administrativo [...] ato sem motivo não pode existir.”⁸⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello elenca os requisitos procedimentais (pressuposto objetivo) como o terceiro pressuposto de validade do ato administrativo. Os requisitos procedimentais são os atos jurídicos editados pela Administração Pública e que são necessariamente antecedentes de um ato administrativo específico. Ainda, o quarto pressuposto de validade é a finalidade (pressuposto teleológico). Em suma, “É o bem jurídico objetivado pelo ato.”⁸⁷ Lucia Valle Figueiredo esclarece que a finalidade se distingue entre a finalidade imediata e a mediata. Aquela se refere à categoria do ato administrativo, esta ao interesse público contida no mandamento legal.⁸⁸ Quanto à categoria, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que cada uma das categorias dos atos administrativos possui um tipo de objeto, que é a

⁸⁵ MELLO, 2013, p. 400.

⁸⁶ FIGUEIREDO, 2008, p. 199-203.

⁸⁷ MELLO, 2013, p. 409.

⁸⁸ FIGUEIREDO, 2008, p. 203.

finalidade pretendida pela norma e ela tem que estar prevista em lei.⁸⁹

O quinto pressuposto de validade é a causa (pressuposto lógico), sendo o “a correlação lógica entre o pressuposto (motivo) e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica do ato.”⁹⁰ Lucia Valle Figueiredo pondera que “o exame da causa possibilitará a avaliação se o ato foi conforme ou desconforme, se o ato se comportou dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade.”⁹¹ O sexto e último pressuposto de validade do ato administrativo é a formalização (pressuposto formalístico), que se refere ao modo pelo qual o ato administrativo é externado. Esse pressuposto não se confunde com o elemento forma, já que a forma prende-se a exteriorização do ato, ao passo que a formalização é o modo específico que ocorre essa exteriorização.⁹²

Portanto, diante de todo o exposto sobre a maneira com que a Administração Pública se submete à legalidade por meio do ato administrativo, mediante o preenchimento dos seus elementos de constituição, outra situação que se mostra relevante é na hipótese em que um ato administrativo não se apresenta regular diante desses critérios de validade. São as invalidades do ato administrativos.

⁸⁹ MELLO, 2013, p. 409.

⁹⁰ MELLO, 2013, p. 412.

⁹¹ FIGUEIREDO, 2008, p. 205.

⁹² MELLO, 2013, p. 415.

3 DEVER OU FACULDADE DISCRICIONÁRIA DE CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO SANÁVEL

3.1 Dever ou discricionariedade de invalidação do ato administrativo

Weida Zancaner afirma que a restauração da legalidade violada pelos atos administrativos viciados realiza-se pela Administração Pública de duas formas: a invalidação e a convalidação. Assim, a controvérsia sobre a discricionariedade ou obrigatoriedade da convalidação tem razões similares com a discussão sobre o tipo de ação que a Administração Pública possui diante do ato inválido, qual seja, se ela dispõe de uma opção discricionária de invalidá-lo, ou se possui um dever de invalidação de caráter vinculado, motivo pelo qual obrigatoriamente deve ser fulminado o ato viciado.

3.1.1 Invalidação do ato administrativo

No que se refere à invalidade, o ato administrativo é oriundo da manifestação de vontade do agente público e, portanto, suscetível de ser produzido contra as normas legais. Nesse caso, considerando a vinculação da Administração Pública ao princípio da legalidade, a doutrina desenvolveu a aplicação da invalidação (ou anulação) dos atos viciados.

Para José dos Santos Carvalho Filho a teoria das nulidades do ato administrativo é motivo de controvérsia pela doutrina. A sua construção decorreu de alguns pressupostos existentes no Direito Privado, em especial das disposições do Código Civil, nos seu Livro III, Título I, Capítulo V, Da Invalidade do Negócio Jurídico. Entretanto, não há aplicação integral da teoria do Direito Privado, senão do seu sistema dicotômico e das suas respectivas implicações entre a nulidade e anulabilidade, considerando que nos atos administrativos o interesse público fundamenta o regime-jurídico administrativos e a teoria civilista foi criada para reger os interesses privados. Inclusive, os autores se dividiram em adotar os seus pressupostos no âmbito do Direito Administrativo.⁹³

Dessa cisão na doutrina, duas correntes foram consolidadas. A monista entende que não é possível conceber a dicotomia da teoria das nulidades no Direito Administrativo, sendo o ato somente nulo ou válido, sem adentrar na categoria de anulabilidade ou convalidação. Por sua vez, a dualista, entende pela nulidade do ato, bem como a sua anulabilidade, estabelecendo uma gradação nos vícios, uns mais graves que outros, com a possibilidade de convalidação dos atos anuláveis. A dualista é a corrente de filiação de José dos Santos Carvalho Filho. O autor

⁹³ CARVALHO FILHO, 2015, p. 155-156.

ainda possui preferência por adotar a terminologia "invalidação" ao invés de anulação, pois entende que o termo melhor abrange tanto a nulidade como anulabilidade do ato, enquanto a outra terminologia parece-lhe excludente do outro tipo de invalidação.⁹⁴

Assim, José dos Santos Carvalho Filho entende a invalidação como a "forma de desfazimento do ato administrativo em virtude da existência de vício de legalidade. O pressuposto da invalidação é exatamente a presença do vício de legalidade."⁹⁵

Em seus termos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro compreende a anulação ou invalidação como o "desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade."⁹⁶ Igualmente, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua que a "Invalidação é a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica."⁹⁷

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o fundamento da invalidação é o dever imposto à Administração Pública de restaurar a ordem jurídica diante da violação da legalidade executada por ela. Sua abrangência atinge meramente os atos administrativos produzidos em desconformidade com as disposições legais, em contrariedade com o Direito. Nesse raciocínio, o autor assinala que as consequências que decorrem da existência da invalidade nos atos administrativos são variadas, já que elas se apresentam de maior ou menor intensidade, dependendo da repulsa do Direito diante do ato inválido. Essa distinção é a que fundamenta a existência da categoria de atos nulos e atos anuláveis, assim como os atos irregulares e inexistentes.⁹⁸ Essa é a linha de entendimento sustentada também por José dos Santos Carvalho Filho⁹⁹ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.¹⁰⁰

Sobre os efeitos da invalidação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que a anulação possui efeitos retroativos (*ex tunc*) desde a origem do ato fulminado, já que o atinge na sua formação.¹⁰¹ Entretanto, Celso Antônio Bandeira de Mello salienta que existem situações em que a invalidação opera efeitos não retroativos (*ex nunc*). São os casos em que os atos unilaterais ampliam a esfera de direitos subjetivos dos administrados, desde que haja de sua parte boa-fé e com a sua conduta favorecido a existência da invalidade do ato. Esse raciocínio

⁹⁴ CARVALHO FILHO, 2015, p. 156-157.

⁹⁵ CARVALHO FILHO, 2015, p. 157-158.

⁹⁶ DI PIETRO, 2014, p. 248.

⁹⁷ MELLO, 2013, p. 470.

⁹⁸ MELLO, 2013, p. 469-472.

⁹⁹ CARVALHO FILHO, 2015, 155-158.

¹⁰⁰ DI PIETRO, 2014, p. 248.

¹⁰¹ DI PIETRO, 2014, p. 248.

provém da presunção de veracidade e legitimidade de que dispõem os atos administrativos diante dos administrados. Sob esse viés, é próprio do particular que o seu comportamento tenha sido no sentido de considerá-los válidos, motivo pelo qual os seus direitos devem ser amparados.¹⁰²

Na qualidade de manifestação da atuação do Estado, a invalidação possui sujeitos que podem realizá-la. José dos Santos Carvalho Filho assevera que são sujeitos ativos da invalidação o Poder Judiciário e a Administração Pública.¹⁰³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro também afirma que o Poder Judiciário é sujeito ativo da invalidação, nas hipóteses de ajuizamento de ações ordinárias e especiais, bem como nos casos de incidência dos remédios constitucionais de controle judicial da Administração Pública. Igualmente ela aponta a Administração Pública como sujeito da invalidação, em virtude do exercício do poder de autotutela sobre os seus próprios atos.¹⁰⁴

Sobre a relevância desse poder, frise-se que a autotutela possui previsão em duas súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal. A súmula nº 346 dispõe que: "A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos."¹⁰⁵ A súmula nº 473 declara 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."¹⁰⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que a invalidação do ato administrativo possui um objeto, que pode ser um ato ineficaz ou uma relação jurídica, bem como simultaneamente um ato e as relações jurídicas que dele decorreram. Como o ato administrativo e os seus efeitos jurídicos são coisas diferentes, quando a invalidação visar um ato ainda ineficaz, somente o ato é eliminado, porque não existem efeitos para serem invalidados. Contudo, quando a invalidação busca a anulação de atos eficazes, o autor diferencia os atos

¹⁰² MELLO, 2013, p. 487-488.

¹⁰³ CARVALHO FILHO, 2015, p. 155.

¹⁰⁴ DI PIETRO, 2014, p. 248.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 346**. A administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf> Acesso em: 21 out. de 2018.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf> Acesso em: 21 out. de 2018.

concretos dos atos abstratos, tendo em vista que nesses casos a invalidação tem diferentes objetos. Como ato abstrato se caracteriza por produzir efeitos de maneira contínua, o propósito da invalidação é "impedir que a fonte produtora de efeitos (o ato) continue a gerar novas relações e suprimir as já nascidas. Portanto, ataca cumulativamente o ato e os efeitos, inclusive os já ocorridos".¹⁰⁷

Ademais, para o supracitado autor, caso seja a hipótese de atos concretos - aqueles que quando aplicados a um caso produzem uma relação jurídica - a invalidação possui como objeto esta relação jurídica, haja vista que o ato já se extinguiu no momento da produção da relação, não existindo para ser invalidado.¹⁰⁸

Também, José dos Santos Carvalho Filho afirma que a invalidação, na condição de exercício do poder de autotutela, encontra limitações diante dos direitos dos administrados, como forma de preservação da democracia e do repúdio à práticas autoritárias pela Administração Pública. Ainda que haja um poder-dever de autotutela dos atos administrativos evitados de nulidades e a possibilidade dela acontecer de ofício, isto não significa a autorização para que exista o desrespeito a direitos e garantias dos administrados. Conforme as peculiaridades do caso, deve existir a observância do contraditório, no qual o cidadão encontre espaço para apresentar as suas alegações, contanto que haja o seu interesse na manutenção do ato. Entretanto, é necessário pontuar que o emprego do poder de autotutela de ofício constitui característica do regime-jurídico administrativo, conforme decorre da autoexecutoriedade dos administrativos. São as situações excepcionais que admitem a observância do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, porque diante de cada caso o interesse do particular deve ser aferido com o interesse público, de modo que não sendo possível a manifestação do particular, é cabível a postergação do direito de defesa.¹⁰⁹

Após a apresentação supramencionada da existência da invalidade diante do ato administrativo ilegal, uma questão que decorre dessa análise é sobre a existência de uma faculdade ou dever de anular o ato administrativo viciado. No início desta seção - ver 3.1 - foi afirmado que as razões que sustentam o dever de invalidar são as mesmas que fundamentam o dever de convalidar. Como esse último ponto será trabalhado na seção 3.3, antes é necessário exibir o entendimento doutrinário sobre a faculdade ou o dever de anulação.

¹⁰⁷ MELLO, 2013, p. 470-471.

¹⁰⁸ MELLO, 2013, p. 470-471.

¹⁰⁹ CARVALHO FILHO, 2015, p. 162-163.

3.1.2 Dever ou discricionariedade de invalidação do ato administrativo

Miguel Reale entende que as discussões sobre a faculdade e dever de anulação do ato administrativo são resolvidas mediante a atribuição de um poder-dever de anulamento à Administração Pública, pois “ são circunstâncias especialíssimas de fato e de ordem normativa que ora concedem à Administração a faculdade de anular, ora lhe impõem o dever do anulamento.”¹¹⁰ Na sua compreensão não existe a obrigação legal para o agente público de anular o ato, desde que não haja dano ao erário ou violação de direitos e interesses legítimos dos administrados, bem como ação dolosa, circunstância que tornam obrigatória a invalidação.¹¹¹

Por seu lado, o ensino de Miguel Seabra Fagundes é no sentido da faculdade da invalidação. O autor acolhe o posicionamento de Guido Zanobini, para entender que a manutenção do ato inválido pode se sobrepor à sua invalidação, contanto que nesta medida haja o interesse público. Ele entende que, numa primeira percepção, abstratamente a violação legal por parte do ato administrativo aparenta ser lesiva ao interesse público. Entretanto, por nuances próprias do caso concreto, a situação constituída pelo ato viciado pode igualmente vir a ser favorável para o interesse público. Desse modo, para ele os efeitos do ato podem ser preservados, até porque devem ser consideradas as situações pessoais dos administrados que se beneficiaram da medida.¹¹²

No seu ponto de vista, Weida Zancaner pondera que a prática de atos discricionários pela Administração Pública somente é possível desde que exista norma jurídica autorizando-a a agir discricionariamente. No caso da invalidação, sob esse fundamento apresentado, não há norma que preveja a possibilidade de eliminação do ato de forma discricionária. Conforme seu entendimento, o uso de faculdades discricionárias pela Administração Pública ocorre por uma previsão em lei, pois não é imanente à atividade administrativa.¹¹³

Assim sendo, Zancaner expõe que não existe a discricionariedade diante da invalidação, mas um dever, pelo que se mostra necessária uma visão mais detalhada acerca da compreensão da discricionariedade.¹¹⁴

¹¹⁰ REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 61-62.

¹¹¹ REALE, 1980, p. 62.

¹¹² FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 60-65.

¹¹³ ZANCANER, 1996, p. 47.

¹¹⁴ ZANCANER, 1996, p. 47.

3.1.3 Discricionariedade no ato administrativo

Como apontado por Celso Antônio Bandeira de Mello, o ato administrativo representa a declaração do Estado, voltada à complementação de determinações legais, mediante a atribuição de prerrogativas¹¹⁵, numa posição de supremacia sobre o particular, para bem atender ao interesse público.

Neste sentido, o administrador público quando produz um ato administrativo obrigatoriamente deve observar a legalidade prevista no ordenamento jurídico. Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que o agente público por vezes se encontra adstrito em todos os aspectos da realização do ato administrativo ao regramento normativo, sem margem de decisão acerca de uma ou mais opções de ação possível. Nesta hipótese, há um poder da Administração vinculado, e por consequência, se diz que o ato administrativo feito é do tipo vinculado.¹¹⁶

Em síntese, e no mesmo sentido apresentado pela mencionada autora, Hely Lopes Meirelles apresenta o ato administrativo vinculado enquanto:

Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa.¹¹⁷

Além dessas situações de pouquíssima liberdade do agente público para a edição do ato administrativo, existem outras hipóteses em que é facultado ao agente público produzir atos administrativos com maior possibilidade de decisão no caso prático, por própria disposição legal, ponderando sobre a conveniência e a oportunidade do ato.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que quando a autoridade administrativa possui diversas possibilidades de atuação acerca da melhor oportunidade e conveniência da realização do ato, desde que respeitadas as limitações legais, é hipótese de poder discricionário da Administração Pública. Assim, para a autora discricionariedade significa "liberdade de atuação nos limites traçados pela lei."¹¹⁸

Da mesma forma, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que a discricionariedade decorre de lei e é dentro de suas delimitações que a ação discricionária do administrador público pode acontecer. Usualmente ela ocorre em situações específicas. Pode acontecer quando há

¹¹⁵ MELLO, 2013, p. 389.

¹¹⁶ DI PIETRO, 2014, p. 220-221.

¹¹⁷ MEIRELLES, 2016, p. 191.

¹¹⁸ DI PIETRO, 2014, p. 220-221.

previsão na lei da existência do poder discricionário para a Administração, em relação a um conjunto de situações, considerando a necessidade de melhor organizar o serviço administrativo. Noutra hipótese, a discricionariedade é possível pela omissão legislativa em dado caso, o que motiva o administrador público a decidir de acordo com os princípios do ordenamento jurídico, exercendo assim uma atribuição discricionária. Também, o poder discricionário existe quando a lei não apresenta a conduta que deve nortear a atuação administrativa, muito embora preveja que existe competência da Administração Pública para atuar no caso.¹¹⁹

Quanto à necessidade da discricionariedade decorrer de lei, Weida Zancaner fundamenta o seguinte:

Destarte, se a discricionariedade é um poder e se todo poder, no Estado de Direito, deriva da lei, parece-nos lícito afirmar ser necessário, para configurá-lo, que a lei regule alguns de seus elementos, o que implica dizer que, para a configuração desta forma de atribuição de potestade, a lei tem de vincular o administrador a determinadas condições, sem as quais o próprio poder inexistiria.¹²⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que o fundamento da discricionariedade está no objetivo do legislador de conferir ao administrador público o dever de decidir qual a melhor opção no caso em concreto que atenda as finalidades contidas na lei, de modo a buscar o interesse público, por meio da “inexorável contingência prática de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos.”¹²¹

Em idêntico sentido, Weida Zancaner aponta o fundamento que legitima a existência da discricionariedade é a atribuição de certa liberdade à Administração Pública, haja vista que no momento decisório a singularidade de cada situação é mais bem atendida quando o Estado dispõe desta liberdade para realizar as determinações legais. Também, a discricionariedade se fundamenta pela dificuldade em prever todas as possibilidades fáticas de uma ocasião, motivo pelo qual o emprego de previsões normativas mais genéricas melhor atende ao interesse público.¹²²

Ainda, a aludida autora expõe que a discricionariedade acontece quando a "lei legitima o juízo subjetivo do administrador, para que complete o quadro regulativo necessário

¹¹⁹ DI PIETRO, 2014, p. 222.

¹²⁰ ZANCANER, 1996, p. 48.

¹²¹ MELLO, 2013, p. 983-984.

¹²² ZANCANER, 1996, p. 49.

ao exercício do poder, ou para que exercite o dever de integrar in concreto o conteúdo rarefeito insculpido na regra de direito."¹²³

Com base no que foi explanado, o raciocínio apresentado é o seguinte: a discricionariedade decorre de lei e não há norma legal que conceda à Administração Pública faculdade discricionária de invalidar, logo, em sentido contrário, se não é possível essa opção, apenas resta o dever de invalidar o ato administrativo viciado.

3.2 Dever ou faculdade discricionária de convalidação do ato administrativo

3.2.1 A convalidação no ordenamento jurídico brasileiro

No entendimento de Weida Zancaner, uma das consequências do princípio da legalidade é o dever atribuído à Administração Pública de restauração da ordem jurídica, quando ela for transgredida por meio da edição de atos administrativos maculados de ilegalidade. Segundo ela, em tese, é possível imaginar que a medida exigível nestas circunstâncias seja a eliminação do ato inválido. Contudo, também a correção do ato trabalha para a restauração da legalidade.¹²⁴ É este o seu ensino:

O princípio da legalidade visa a que a ordem jurídica seja restaurada, mas não estabelece que a ordem jurídica deva ser restaurada pela extinção do ato inválido. Há duas formas de recompor a ordem jurídica violada, em razão dos atos inválidos, quais sejam, a invalidação e a convalidação.¹²⁵

Após salientar que o princípio da legalidade é recomposto dessa forma, é importante apresentar o conceito de convalidação. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende a convalidação ou saneamento enquanto "o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado."¹²⁶ Nessa proposição, Maria Sylvia Zanella Di Pietro expõe a necessidade da convalidação efetuar-se mediante um novo ato que incida sobre o ato ilegal, a fim de torná-lo são, mediante a preservação de seus efeitos jurídicos desde a sua criação, ou seja, com efeitos ex tunc.¹²⁷ Em idêntico sentido, temos Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem "A convalidação é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos."¹²⁸

Também, Marçal Justen Filho afirma que na existência de defeitos de atos administrativos mais graves, em que o ato não tenha possibilidade de produzir todos os seus

¹²³ ZANCANER, 1996, p. 51.

¹²⁴ ZANCANER, 1996, p. 55-56.

¹²⁵ ZANCANER, 1996, p. 55-56.

¹²⁶ DI PIETRO, 2014, p. 258.

¹²⁷ DI PIETRO, 2014, p. 258.

¹²⁸ MELLO, 2013, p. 482.

efeitos jurídicos, ele é possível de ser sanado por meio da convalidação, a qual consiste em: "adoção de um ou mais atos administrativos destinados a eliminar defeitos sanáveis de ato administrativo anterior como condição para que este produza a integralidade dos efeitos jurídicos previstos."¹²⁹

Sobre a convalidação, Miguel Reale entende que a eliminação dos atos administrativos inválidos é minorada diante da observância do interesse público, principalmente quando considerado a influência do transcurso do tempo nas situações de fato. Ele afirma que as situações de fato podem ser atribuídas um valor equivalente às situações jurídicas, ainda quando essas situações de fatos sejam originárias de uma nulidade. Nessa perspectiva, o autor elenca duas possibilidades de influência do interesse público diante dos atos administrativos inválidos, pela ingerência do tempo nessas situações: "a) a de convalidação ou sanatória do ato nulo e anulável; b) a de perda pela Administração do benefício da declaração unilateral de nulidade".¹³⁰

Ainda sobre a convalidação, Miguel Reale assevera que:

o problema da sanatória ou convalidação dos atos nulos se coloca em termos menos rígidos na tela do Direito Administrativo, não por desamor ou menosprezo à lei, mas por ser impossível desconhecer o valor adquirido por certas situações de fato constituídas sem dolo, mas eivadas de infrações legais a se tempo não percebidas ou decretadas. O que não se pode é recusar à autoridade administrativa, como expressão que é do organismo estatal, o poder de convalidar dada situação de fato, cuja permanência lhe pareça justa, em virtude não só do tempo transcorrido, mas à vista de circunstâncias que excluam a existência de dolo, ou quando se revelem, sem maiores indagações, valores éticos ou econômicos positivos a favor da permanência do ato irregular.¹³¹

Nessa linha, considerando os vícios que podem macular o ato administrativo, ver 3.4, e das distintas categorias que os dividem entre os atos nulos e anuláveis, a convalidação se apresenta como o instituto jurídico que corresponde à atenuação do rigor de uma invalidação exacerbada, negando efeito jurídico a todo ato administrativo que se mostre inválido. Assim, por meio dela preservam-se os efeitos da invalidação do ato, revestindo-o de legalidade, conforme o interesse público.

Portanto, nas hipóteses de ato administrativo eivado de vício que acarrete a sua anulabilidade, a Lei nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999, no seu art. 55, prevê legalmente a

¹²⁹ JUSTEN FILHO, 2014, p. 451.

¹³⁰ REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**: contribuição ao estudo das figuras que integram o instituto da revisão dos atos administrativos pela própria administração. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 68.

¹³¹ REALE, 1980, 69-70.

convalidação, a qual é endereçada às hipóteses de possibilidade de manutenção do ato viciado: "Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração."¹³²

Além disso, a redação do dispositivo aponta que a convalidação acontece em decisão da Administração Pública. Como em toda decisão administrativa estatal há aplicação do princípio da motivação, ela se torna um requisito para a convalidação do ato administrativo. O princípio da motivação significa o dever de justificar os atos da Administração Pública, mediante a exposição das razões de fato e de direito que servirem de base para a produção do ato.¹³³ Essa ideia sobre a motivação na convalidação encontra-se presente no art. 50, inciso VIII, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei do Processo Administrativo Federal) que tem a seguinte redação: "Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo."¹³⁴

3.2.2 Dever ou discricionariedade de convalidação

Em outra seção foram apresentadas as possibilidades de atuação da Administração Pública diante de uma caso em concreto, ver 3.1.3. De um lado cabe para o Poder Público a discricionariedade, quando então será cabível escolha da conveniência e oportunidade de edição do ato, de outro a opção vinculada, que restringe a atuação a uma escolha, previamente contida na lei. Aplicando essa distinção diante do instituto jurídico da convalidação, a doutrina diverge sobre o caráter que a correção do ato inválido deve possuir.

Weida Zancaner possui o entendimento de que existe um dever da Administração Pública de convalidar os atos administrativos, contanto que eles apresentem as condições necessárias para o emprego do instituto. Sustentam a mesma opinião Celso Antônio Bandeira de Mello,¹³⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro,¹³⁶ Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari,¹³⁷ assim

¹³² BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

¹³³ MELLO, 2013, p. 115.

¹³⁴ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 19 dez. 2018.

¹³⁵ MELLO, 2013, p. 483-485.

¹³⁶ DI PIETRO, 2014, p. 258-259.

¹³⁷ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 320.

como Juarez Freitas.¹³⁸ Noutra linha de entendimento, no qual a convalidação é uma discricionariedade, Edmir Netto de Araújo¹³⁹ e Carlos Ari Sundfeld.¹⁴⁰

De início, cabe expor o entendimento que defende a faculdade discricionária da convalidação. Para Edmir Netto de Araújo a discricionariedade administrativa não exige a autorização em lei para atribuir esse poder ao agente público, porque havendo essa necessidade de previsão legal a discricionariedade seria categorizada como vinculada. Logo, no seu entendimento, como não há lei que conceda a escolha entre convalidar e invalidar, nas hipóteses em que a convalidação é possível não há a obrigatoriedade, mas mera discricionariedade. Desse modo, o interesse público é que ira nortear a aplicação da convalidação no caso em concreto, a partir da ponderação realizada pelo agente público entre a melhor das faculdades.¹⁴¹

Também, o autor assinala seu argumento sobre a ideia de que o ato administrativo representa o meio que permite a realização do interesse público. Essa operação se realizará na seguinte lógica apresentada por ele: a ocorrência de uma circunstância, seja de ordem material ou jurídica, acionará a manifestação da vontade do Estado por meio do agente público, que irá avaliar o interesse público no caso em apreço e determinará as medidas estatais para a concretização desse interesse público. No caso a finalidade do ato será a materialização do interesse público na circunstância. Nessas situações de presença de invalidade num ato administrativo, em que é necessária a manifestação de vontade no sentido de anular ou convalidar, Edmir Netto de Araújo entende que o interesse público almejado é a restauração da ordem jurídica, a qual deve ser efetivada pelo juízo do administrador, a fim de optar pela melhor forma. Para ele ainda “Negar a discricionariedade para anular ou convalidar atos relativamente nulos corresponde a negar a existência de atos anuláveis no direito administrativo.”¹⁴² Com esse argumento o autor busca afirmar que se torna impossível a presença da anulação no ordenamento jurídico diante de um ato anulável (relativamente nulo), já que com a obrigatoriedade de convalidação ele sempre seria corrigido.

Como uma maneira de firmar seu posicionamento acima exposto, o autor contrargumenta os doutrinadores que entendem derivar apenas de lei o exercício do poder discricionário. Na linha de entendimento contraditada, há o dever de convalidar, pois não existe

¹³⁸ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 422-423.

¹³⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 537-543.

¹⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativo inválido**. São Paulo: RT, 1990. p. 74-75.

¹⁴¹ ARAÚJO, 2015, p. 537-538.

¹⁴² ARAÚJO, 2015, p. 541-542.

lei que preveja uma atribuição de discricionariedade para os casos de convalidação: “Além disso a discricionariedade decorre de lei e não há lei alguma que confira ao administrador livre eleição entre convalidar ou invalidar.”¹⁴³ Segundo a objeção defendida pelo autor, essa ideia de discricionariedade levantada pelos outros doutrinadores é equivocada. Não é a falta de lei ou a previsão legal que irá determinar a discricionariedade (salvo exceções), mas a “certa margem de liberdade ‘perante o que caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.’”¹⁴⁴ Para ele é no contexto dessa indeterminação normativa que haverá discricionariedade, seja na carência de regramento de uma lei determinada para o caso ou do ordenamento jurídico, diante da falta de previsões de integração normativa.¹⁴⁵ Por fim, ele conclui:

Não há propriamente um dever de convalidar o ato anulável, mas de recompor a legalidade ferida, o que se faz tanto fulminando o ato viciado quanto convalidando-o, e esta opção, como se viu, é discricionariamente voltada à melhor solução para o direito, com vista ao cumprimento do interesse público do ato em revisão, pois o fim específico do novo ato é o resguardo da ordem jurídica.¹⁴⁶

Também, Carlos Ari Sundfeld se mostra contrário ao posicionamento doutrinário que defende a obrigatoriedade da convalidação. Para ele é a discricionariedade da convalidação que se encontra mais afinada com as disposições do ordenamento jurídico, porque não há lei que conceda a obrigação ou proibição de convalidar o ato administrativo. Assim essa visão melhor atende ao interesse público, na medida em que permitirá ao administrador público apreciar a matéria. Todavia, o autor pondera a possibilidade de existir um caráter vinculado para a convalidação, em razão do caso prático. Em tese, ela tende a surgir em situações que envolvam atos de conteúdo vinculado, ao passo que discricionariedade em atos de conteúdo discricionário.¹⁴⁷

Em suma, pode-se afirmar que outros doutrinadores são defensores dessas ideias apresentadas, como Celso Ribeiro Bastos, para quem é discricionário o ato de convalidação: “Esta convalidação não é impositiva; depende de exame discricionário da Administração sobre as repercussões possíveis da atitude que tomar. Deve prevalecer o princípio do menor dano, consistente em verificar qual das hipóteses melhor atende ao interesse público.”¹⁴⁸ Na medida do que foi apresentado, pode-se afirmar a existência dessa corrente doutrinária no campo do

¹⁴³ ARAÚJO, 2015, p. 541-542.

¹⁴⁴ ARAÚJO, 2015, p. 542-543.

¹⁴⁵ ARAÚJO, 2015, p. 542-543.

¹⁴⁶ ARAÚJO, 2015, p. 542-543.

¹⁴⁷ SUNDFELD, 1990, p. 74-75.

¹⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 165.

Direito Administrativo e em consequência de uma controvérsia jurídica sobre a aplicação do instituto da convalidação.

Agora, quanto aos defensores da obrigatoriedade são diversos os autores. Segundo Weida Zancaner o argumento suscitado para defender a ausência de opção discricionária diante da invalidação do ato administrativo, ver 3.1.2, é o mesmo que fundamenta a existência do dever de convalidação: não há norma que conceda a opção discricionária para a convalidação¹⁴⁹, pois, como foi afirmado em outra seção, ver 3.1.3, a discricionariedade precisa ser prevista em lei. Ressalta-se que a previsão contida no art. 55 da Lei do Processo Administrativo Federal não é considerada atribuição de discricionariedade, conforme será mostrado adiante. Portanto, se não existe essa previsão legal, há um dever vinculado para a Administração Pública de convalidar o ato administrativo, quando essa medida for possível, conforme assinala a autora: “ou a Administração Pública está obrigada invalidar ou, quando possível a convalidação do ato, esta será obrigatória.”¹⁵⁰

Há ainda o fator assinalado por José Sérgio da Silva Cristóvam sobre a discricionariedade administrativa, ver 3.1.3. Diante do conjunto de princípios constitucionais e sobre a ótica da aplicação do princípio da juridicidade no ramo do Direito Administrativo, há para a Administração Pública apenas um dever vinculatório, em maior ou menor grau, da atuação administrativa frente à Constituição.¹⁵¹ Ainda que os próximos autores não se refiram expressamente à juridicidade administrativa, depreende-se dos seus argumentos de que a principal fonte de interpretação do dever de convalidação é haurida a partir do princípio da segurança jurídica atrelado ao princípio da legalidade, ambos constitucionais.

Conforme apontado, Celso Antônio Bandeira de Mello acompanha o posicionamento apresentado por Weida Zancaner e assevera que o dever de convalidação do ato administrativo é obrigatório para a Administração Pública. Não há para ela discricionariedade entre a invalidação e convalidação diante de um ato ilícito. O entendimento encontra fundamentação no princípio da legalidade e no princípio da segurança jurídica. Por imposição do princípio da legalidade, não pode a Administração Pública admitir relações jurídicas ilícitas, motivo pelo qual constitui um dever seu a restauração da legalidade ferida. O atendimento a essa necessidade tanto se faz pela invalidação quanto pela convalidação, todavia a segurança jurídica secunda a preferência pela convalidação em detrimento da outra. Do

¹⁴⁹ ZANCANER, 1996, 55-59.

¹⁵⁰ ZANCANER, 1996, p. 56-57.

¹⁵¹ CRISTÓVAM, 2014, p. 95.

mesmo modo, além desses princípios mencionados, a boa-fé é respeitada pelo dever de convalidação, tendo em vista que os atos administrativos possuem a presunção de legitimidade como um de seus atributos, a qual influencia os administrados agirem com a expectativa de licitude da manifestação de vontade do Estado.¹⁵²

Weida Zancaner expõe que há apenas uma situação em que o dever de convalidação ou dever de invalidação será uma opção discricionária para o Poder Público. É quando existe o vício de incompetência de agente público em ato administrativo de caráter discricionário. Ela defende que unicamente nesse caso há espaço para que exista um juízo subjetivo para o administrador, conforme pondera:

se alguém pratica em lugar de outrem um dado ato discricionário e esse alguém não era o titular do poder para expedi-lo, não se poderá pretender que o agente a quem competia tal poder seja obrigado a re praticá-lo sem vício (convalidá-lo), porquanto poderá discordar da providência tomada.¹⁵³

O raciocínio apresentado pela autora é de que se o sujeito detentor da competência discricionária para a prática do ato não teria escolhido pela opção adotada, não há como se cogitar que o ato executado por alguém sem competência possa prevalecer sobre a sua vontade. Para o sujeito com atribuição para o ato são duas as alternativas no caso: ou convalidá-lo o ato inquinado pelo vício de incompetência, pois considera que ele atende o interesse público, ou o invalida. Deste modo, existe aqui a única opção em que não é cabível o dever de convalidar, pois se trata de ato discricionário.¹⁵⁴ Acolhem o posicionamento Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵⁵ e Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁵⁶

Weida Zancaner esclarece que, excepcionada esta possibilidade de atribuição discricionária supramencionada, todas as situações restantes para a Administração Pública confluem para três pontos: ou o dever de convalidação, ou o dever de invalidação, ou também a impossibilidade de ambas as situações, nos casos em que existam barreiras à invalidação e barreiras à convalidação.¹⁵⁷

Sobre o primeiro ponto, a autora mencionada assevera que são dois os princípios jurídicos administrativos aplicados que fundamentam a compulsoriedade do dever de convalidar. O princípio da legalidade, tendo em vista que é de sua natureza impor a

¹⁵² MELLO, 2013, p. 484-485.

¹⁵³ ZANCANER, 1996, p. 57.

¹⁵⁴ ZANCANER, 1996, p. 57.

¹⁵⁵ DI PIETRO, 2014, p. 258.

¹⁵⁶ MELLO, 2013, p. 483.

¹⁵⁷ ZANCANER, 1996, p. 57.

recomposição da ordem jurídica, o que é feito por meio da convalidação, e o princípio da segurança jurídica. Nesse sentido ela acentua: “Com efeito, a convalidação é um ato que não visa apenas a restauração do princípio da legalidade, mas também a estabilidade das relações constituídas, o que nos induz a concluir que se alicerça em dois princípios jurídicos: o princípio da legalidade e o da segurança jurídica.”¹⁵⁸

Da mesma forma, Weida Zancaner apresenta o argumento de que os atos eivados de vícios não sofrem uma rejeição integral pela ordem jurídica, de modo que a convalidação - a qual decorre dos princípios da legalidade e da segurança jurídica - permite que esses atos e as suas relações jurídicas derivadas, sejam remediadas ao invés de desconstituídas, com a sua recepção na ordem normativa. Inclusive, o dever de convalidar melhor atende ao interesse público, porque mais vale manter os atos administrativos inválidos e as suas relações jurídicas, do que eliminá-las, pois há o risco de responsabilização civil do Estado, diante do particular de boa-fé.¹⁵⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello salienta que ou haverá a convalidação ou a invalidação para a Administração Pública. Quando existe o cabimento de convalidação não é admissível a opção pela invalidação, já que ocorrem mais motivos jurídicos em benefício daquela do que esta, principalmente no tocante ao princípio da segurança jurídica e do princípio da boa-fé. Ademais, ele afirma que o exercício de faculdades discricionárias decorre de lei e não existe lei que conceda ao agente público a discricionariedade de opção entre a convalidação e invalidação.¹⁶⁰

Após os fundamentos que priorizam o dever de convalidar, também existe a opção subsidiária para a Administração Pública de invalidar o ato. Weida Zancaner expõe que a aplicação do princípio da legalidade, conduz ao dever de invalidar quando não for cabível a convalidação, porquanto além da convalidação, apenas resta o dever de invalidação para a Administração Pública recompor a legalidade.¹⁶¹

Um ponto que poderia inviabilizar a argumentação acima exposta é a redação do art. 55 da Lei 9.784, de 29 de Janeiro de 1999, Lei do Processo Administrativo Federal. Nos termos do dispositivo: “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão

¹⁵⁸ ZANCANER, 1996, p. 58.

¹⁵⁹ ZANCANER, 1996, p. 59.

¹⁶⁰ MELLO, 2013, p. 485.

¹⁶¹ ZANCANER, 1996, p. 59.

ser convalidados pela própria Administração.”¹⁶² Aparentemente, o uso do verbo poder denota que a convalidação é uma atribuição de discricionária da Administração Pública. Entretanto, não é esse o entendimento de alguns doutrinadores.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro comenta o art. 55 da Lei nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999, Lei do Processo Administrativo Federal, e afirma que a interpretação semântica do dispositivo legal denota uma faculdade discricionária da Administração Pública de convalidar seus atos administrativos, ou seja, como sendo um ato discricionário, contanto que não gerem lesão ou prejuízos à terceiros ou ao interesse público. Entretanto, em sentido contrário à redação do dispositivo, a autora perfilha o entendimento sobre a atribuição ao Poder Público de obrigatoriedade de convalidar o ato administrativo inválido. Na sua interpretação do art. 55 da referida legislação, o uso do verbo poder significa a concessão de um poder para a Administração Pública de exercer a convalidação no âmbito da função administrativa, sem o acionamento do Poder Judiciário. Ela aponta que em outras circunstâncias a lei emprega o mesmo verbo para prever o reconhecimento de um poder conferido à Administração Pública, e não a designação do exercício de uma faculdade discricionária.¹⁶³

Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari confirmam a tese de Weida Zancaner e compreendem que a invalidação e a convalidação são atividades de natureza vinculada. A convalidação prefere a outra, uma vez que muito mais que eliminar a invalidade, ela possui a vantagem de produzir, bem antes, a restauração da legalidade.¹⁶⁴ Os autores também esclarecem sobre a redação do art. 55 da aludida Lei do Processo Administrativo Federal:

Aliás, cabe, aqui, importante ponderação: o art. 55 da Lei 9.784/1999, não transformou em faculdade da Administração a operação de convalidação. A flexão verbal “poderão”, nele utilizada, significa a expressa atribuição de um poder-dever: “expressa”, porque sempre formalmente existiu, mesmo antes da aludida lei; “poder-dever”, porque a convalidação é emanação direta dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, não restando aberta, para o agente administrativo, a avaliação de dever, ou não trilhar o caminho.¹⁶⁵

Weida Zancaner comenta sobre a argumentação apresentada por Sérgio Ferraz e Adilson Dallari e afirma que “Para contornar a infeliz redação do art. 55 da Lei 9.784/1999, os juristas utilizam-se da interpretação sistêmica e finalística com o propósito de compatibilizar a

¹⁶² BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 07 de nov. 2018.

¹⁶³ DI PIETRO, 2014, p. 259.

¹⁶⁴ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 320.

¹⁶⁵ FERRAZ; DALLARI, 2012, p. 320.

norma com o ordenamento jurídico.”¹⁶⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello aborda que o art. 55 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, Lei do Processo Administrativo Federal, dispensam a obrigatoriedade da convalidação quando ela for possível, sendo por previsão legal uma faculdade discricionária da Administração Pública. Contudo, para ele é inconstitucional que esse dispositivo legal conceda atribuição discricionária para a convalidação. A razão para essa defesa da inconstitucionalidade é a presença de dois princípios constitucionais aplicáveis em benefício do dever de convalidação, o da legalidade, quanto à obrigatoriedade de restauração da legalidade, e o da segurança jurídica. O autor afirma que os princípios gerais de Direitos são responsáveis pela base normativa da Constituição, como, por exemplo, o da segurança jurídica. Assim sendo, o legislador não pode desconsiderá-los e estabelecer diretrizes que desprezem esses valores principais.¹⁶⁷

E as ponderações sobre a discricionariedade ainda podem ir além. Há ainda outro ponto sobre a discricionariedade administrativa, que irá refletir na análise do dever ou faculdade da invalidação e conseqüentemente com a convalidação. José Sérgio da Silva Cristóvam questiona o paradigma de supremacia do interesse público, o qual ele entende superado, tendo em vista a submissão do regime-jurídico administrativo à ordem constitucional, e pela prevalência dos direitos fundamentais em detrimento dos supostos interesses coletivos. Embora não seja a proposta deste trabalho essa análise, decorre logicamente da tese do autor que a discricionariedade administrativa encontra-se em xeque, diante da influência axiológica que decorre do Estado constitucional de direito, uma vez que a teoria da discricionariedade administrativa guarda relação com a supremacia do interesse público¹⁶⁸:

Todo o agir administrativo, ainda que em diferentes gradações e parâmetros, está inteiramente vinculado à Constituição, de onde extrai seu fundamento de validade normativa e legitimidade política. As regras e princípios constitucionais incidem na atividade administrativa, de modo que já não há como defender um espaço de discricionariedade administrativa, mas uma maior ou menor vinculação a partir da perspectiva da juridicidade administrativa.¹⁶⁹

¹⁶⁶ ZANCANER, 2008, p. 69.

¹⁶⁷ MELLO, 2013, p. 485.

¹⁶⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O conceito de interesse público no Estado constitucional de Direito: o novo regime jurídico e seus princípios constitucionais estruturantes.** (Tese de doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), Florianópolis, 2014. p. 331.

¹⁶⁹ CRISTÓVAM, 2014, p. 95.

A juridicidade administrativa ainda será apresentada na seção 4, quando do estudo do princípio da proteção à confiança. Todavia, importa, desde já, esclarecer que o seu conteúdo jurídico impacta na discricionariedade e em consequência na análise da faculdade discricionária ou vinculada da convalidação do ato administrativo, pois, conforme foi apresentado nesta seção, é a conformação das invalidades ao complexo de princípios jurídicos administrativos, todos oriundos da Constituição, que irá embasar a fundamentação sobre a obrigatoriedade convalidatória. Sobre essa perspectiva José Sérgio da Silva Cristóvam a define: “princípio aberto e dinâmico da juridicidade administrativa, no sentido de que a atividade administrativa somente pode ser reconhecida com válida, legítima e adequada (justificada), se conforme ao sistema normativo de regras e princípios previstos na Constituição [...].”¹⁷⁰

Em suma, a conclusão é pela existência do dever de convalidar, já que esta opção alinha-se com os princípios constitucionais. A convalidação é aplicada em situações determinadas dentro da teoria das invalidades dos atos administrativos. Nesse sentido, a próxima seção aponta quais são essas hipóteses.

3.3 Atos administrativos convalidáveis: tipos de vícios do ato administrativo

A convalidação pressupõe a existência de algum tipo de vício que atinja os elementos do ato administrativo. Entretanto, conforme o entendimento da doutrina, não são todos os vícios que possibilitam a convalidação.

3.3.1 Espécies de vícios do ato administrativo

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que os vícios encontrados no ato administrativo são objeto de um regramento mais detalhado em relação aos atos privados. Portanto, há um tratamento diferenciado conferido à invalidação dos atos administrativos. De início, como característica dessa distinção, a autora afirma que os vícios encontrados nos atos administrativos afetam não somente os interesses particulares, que é próprio da natureza dos atos privados, mas também os interesses de terceiros, bem como o interesse público. Como exemplo, a autora ensina que existem espécies de vícios bem peculiares nos atos administrativos, que não são encontradas nos atos de Direito Privado, como o excesso e o abuso de poder, a usurpação de função e o exercício de fato.¹⁷¹

Além do mais, há outro fator de distinção indicado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Ela salienta que por vezes a Administração Pública tem mais interesse na conservação

¹⁷⁰ CRISTÓVAM, 2014, p. 96.

¹⁷¹ DI PIETRO, 2014, p. 250-251.

do ato viciado do que na sua anulação, considerando a perspectiva do interesse público. Desta forma, é possível a continuidade de produção dos efeitos do ato "desde que não haja dolo, dele não resulte prejuízo ao erário, nem a direito de terceiros, é o que ocorre, por exemplo, com os atos praticados por funcionários 'de fato'."¹⁷²

Sob esse ponto de vista, José dos Santos Carvalho Filho ensina que o vício de legalidade é relacionado à ausência de um dos requisitos de validade do ato administrativo.¹⁷³ Portanto, cada qual dos elementos do ato administrativo - sujeito (competência), objeto, forma, motivo e finalidade - possui seus vícios correspondentes, que, quando existentes, acarretam a invalidação do ato administrativo viciado.

Destarte, para a invalidade do elemento competência, Carvalho Filho assevera que ela ocorre quando a conduta realizada pelo sujeito é inadequada em relação às atribuições previstas para o agente, gerando o chamado excesso de poder.¹⁷⁴

Maria Sylvia Zanella Di Pietro da mesma forma ensina que o elemento sujeito (entendido como competência e capacidade) possui vícios relativos à incapacidade e a incompetência. O vício de incompetência decorre da inobservância das atribuições previstas legalmente para a atuação do agente estatal.¹⁷⁵

Esses ensinamentos decorrem das disposições da Lei de Ação Popular, já que a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, no seu art. 2º, parágrafo único, alínea "a", dispõe que "a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou."¹⁷⁶

Assim, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro são considerados vícios principais relacionados à competência a ocorrência de usurpação de função, excesso de poder e função de fato. A usurpação de função é crime tipificado no art. 328 do Código Penal e acontece quando o terceiro não investido no cargo público se apropria das atribuições de agente público e desempenha a atividade estatal ilegalmente. Também, há o excesso de poder que é uma das modalidades de abuso de poder. Acontece quando o agente público exorbita o âmbito de sua competência e pratica atos além dos permitidos legalmente. Maria Sylvia Zanella Di Pietro cita

¹⁷² DI PIETRO, 2014, p. 250-251.

¹⁷³ CARVALHO FILHO, 2015, p. 158.

¹⁷⁴ CARVALHO FILHO, 2015, p. 158.

¹⁷⁵ DI PIETRO, 2014, p. 250-251.

¹⁷⁶ BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 10 nov. 2018.

o exemplo do policial que "se excede no uso da força para praticar ato de sua competência."¹⁷⁷

O terceiro tipo de vício de competência elencado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro é a função de fato, sendo um vício que ocorre quando o agente que praticou o ato administrativo não está regularmente investido no cargo público, muito embora seus atos tenham a aparência de legalidade. Nesta circunstância, a doutrina considera os atos proferidos como válidos, haja vista o atributo da presunção de legitimidade dos atos administrativos.¹⁷⁸

Maria Sylvia Zanella Di Pietro igualmente disserta acerca dos vícios de incapacidade do ato administrativo, que afetam o elemento sujeito. Sua disciplina encontra-se na Lei do Processo Administrativo Federal, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, referindo-se ao impedimento e a suspeição. No art. 18 da citada legislação o impedimento acontece para os servidores que: " I - tenha interesse direto ou indireto na matéria; II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;"¹⁷⁹

De idêntica forma, a suspeição está presente no art. 20 da aludida lei e a autora expõe que ela "Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com alguns dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau."¹⁸⁰

José dos Santos Carvalho Filho afirma que o vício no elemento finalidade decorre da busca de interesses privados com a produção do ato administrativo, sem atender ao interesse público almejado, enquanto fim de todo ato. Nesse tipo de invalidade ocorre o denominado desvio de finalidade.¹⁸¹

O vício do elemento finalidade, também denominado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como desvio de poder ou desvio de finalidade, possui uma parte de seu conceito na Lei de Ação Popular, o seu artigo 2º, parágrafo único, alínea "e", prevê que: "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." ¹⁸²

¹⁷⁷ DI PIETRO, 2014, p. 251-252.

¹⁷⁸ DI PIETRO, 2014, p. 252.

¹⁷⁹ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 12 de nov. 2018.

¹⁸⁰ DI PIETRO, 2014, p. 253.

¹⁸¹ CARVALHO FILHO, 2015, p. 158.

¹⁸² BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em 10 de abril de 2018. ..

Todavia, a autora argumenta que "o conceito legal está incompleto. Visto que a finalidade pode ter duplo sentido (amplo e restrito), pode-se dizer que ocorre o desvio de poder quando o agente pratica o ato com inobservância do interesse público ou com objeto diverso daquele previsto explícita ou implicitamente na lei."¹⁸³

Conforme o ensino de Cretella Junior, o desvio de poder possui a peculiaridade de se analisar o subjetivo do agente público, a fim de verificar a compatibilidade entre os fins visados pelo ato administrativo com aqueles dispostos pelo legislador. Inclusive, o autor assinala que a comprovação do desvio de poder é difícil, em decorrência da avaliação da intenção do agente público. Entretanto, há alguns pontos que favorecem a análise do vício, considerados indícios, a saber:

a) motivação insuficiente, b) motivação contraditória, c) a irracionalidade do procedimento acompanhada da edição do ato, d) a contradição do ato com as resultantes dos atos, e) a camuflagem dos fatos, f) a inadequação entre os motivos e os efeitos, g) o excesso de motivação.¹⁸⁴

Marçal Justen Filho entende que os vícios de finalidade são consequência da busca de realização de uma vontade privada ilegítima por meio do ato administrativo. Entretanto, o emprego de fórmulas abertas, como interesse público e bem comum, para apontar a finalidade dificulta a aferição desta espécie de invalidade.¹⁸⁵

Também, o desvio de poder é a situação em que o agente público pratica um ato administrativo além da sua competência, invadindo a esfera de atribuições de outra competência. Para Marçal Justen Filho é um vício de finalidade, já que as competências são estabelecidas para atender uma finalidade.¹⁸⁶

O desvio de procedimento, considerado um dos vícios de finalidade por Marçal Justen Filho do ato administrativo, consiste no emprego de um procedimento para atingir um fim que se obtém por meio de outro procedimento. Há também o vício do abuso de poder, que ocorre nos casos de violação a proporcionalidade, quando o ato fere interesses alheios sem respaldo na realização do interesse público, ou os faz de maneira inadequada.¹⁸⁷

José dos Santos Carvalho Filho assevera que o vício de forma acontece quando não

¹⁸³ DI PIETRO, 2014, p. 254.

¹⁸⁴ CRETELLA JUNIOR, 1977, p. 184.

¹⁸⁵ JUSTEN FILHO, 2014, p. 447.

¹⁸⁶ JUSTEN FILHO, 2014, p. 448.

¹⁸⁷ JUSTEN FILHO, 2014, p. 447.

é observável o procedimento exigido para a realização do ato ou com violação à forma de exteriorização do ato.¹⁸⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro também ensina que o vício de forma decorre da inobservância da forma legalmente prevista para o ato, ou quando a finalidade só acontece por determinada forma.¹⁸⁹

José dos Santos Carvalho Filho dispõe três hipóteses para a ocorrência de vício no elemento motivo "(1º) inexistência de fundamento para o ato; (2º) fundamento falso, vale dizer, incompatível com a verdade real; (3º) fundamento desconexo com o objetivo pretendido pela Administração."¹⁹⁰

O vício no elemento objeto decorre da prática de ato administrativo sem que o seu conteúdo seja autorizado ou determinado pela lei, quando o objeto é ilícito impossível ou indeterminável.¹⁹¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que os vícios do elemento objeto do ato administrativo ocorrem sempre que não é considerado o objeto como "lícito, possível (de fato e de direito), moral e determinado." Sob esta perspectiva, a expõe que existe vício no elemento "objeto proibido pela lei [...] diverso do previsto na lei para o caso sobre o qual incide [...] impossível, porque os efeitos pretendidos são irrealizáveis, de fato ou de direito [...], imoral, [...] incerto em relação aos destinatários, às coisas, ao tempo, ao lugar."¹⁹²

Marçal Justen Filho ensina que na realização do ato administrativo, o agente público passa por um processo psicológico de escolha dos motivos que culminarão na produção do ato administrativo. Nesse processo, por vezes, o processo de decisão acerca dos motivos não é pautado por um encadeamento lógico e racional, sendo de índole meramente intuitiva. Aqui é difícil identificar o motivo, o que, na opinião do é fator de invalidade e existência de vício do ato administrativo. Ele afirma que "a natureza funcional da competência administrativa exige a ponderação das diversas alternativas e a seleção daquela que se afigura, segundo conhecimento racional, como a melhor."¹⁹³

Outra espécie de vício de motivo elencada por Marçal Justen Filho é o equívoco quanto à ocorrência dos fatos, ocasionando o chamado erro de fato. Nesse caso, o sujeito entende que aconteceu uma situação fática, entretanto ela é imaginária e o motivo que dela

¹⁸⁸ CARVALHO FILHO, 2015, p. 158.

¹⁸⁹ DI PIETRO, 2014, p. 254.

¹⁹⁰ CARVALHO FILHO, 2015, p. 158.

¹⁹¹ CARVALHO FILHO, 2015, p. 158.

¹⁹² DI PIETRO, 2014, p. 253-254.

¹⁹³ JUSTEN FILHO, 2014, p. 444-445.

decorreu não é suscetível de produzir um ato administrativo válido.¹⁹⁴

Além disso, Marçal Justen Filho disserta que a relação de causalidade entre o motivo e a decisão deve ser pautada pela lógica, sendo a escolha adequada. A ausência de adequação igualmente acarreta a existência de vício do ato administrativo. Também, a relação de necessidade entre o motivo e a escolha deve recair "sobre aquela apta a gerar menor restrição a direitos e interesses afetados [sendo desta forma] [...] menos lesiva dentre as potencialmente existentes."¹⁹⁵

Marçal Justen Filho ensina que a teoria dos motivos determinantes significa que a motivação elencada pelo agente para a prática do ato acaba por vincular a legitimidade da decisão escolhida dentre todas as possíveis. Sob esse entendimento, a escolha do agente de determinada motivação não é totalmente considerada para averiguar a legalidade do ato administrativo, já que, por vezes, a indicação de uma motivação não corresponde àquela realmente elegida pelo agente público. O que se considera para fins de legitimidade é a consonância da motivação realmente escolhida com os ditames do interesse público que deve nortear o ato administrativo.¹⁹⁶

3.3.2 Atos administrativos convalidáveis

José dos Santos Carvalho Filho aponta a existência de três espécies de convalidação: ratificação, reforma e conversão. Marcelo Caetano, citado por José dos Santos Carvalho Filho, ensina sobre a ratificação: "é o acto administrativo pelo qual o órgão competente decide sanar um acto inválido anteriormente praticado, suprimindo a ilegalidade que o vicia".¹⁹⁷ Por sua vez, a reforma ocorre quando o ato viciado possui uma parte válida e outra inválida. A parte inválida é eliminada pelo novo ato, com a manutenção da parte sem vícios, que produz seus efeitos normalmente. A outra, muito similar à reforma, e terceira espécie de convalidação, é a conversão: "Por meio dela a Administração, depois de retirar a parte inválida do ato anterior, processa a sua substituição por uma nova parte, de modo que o novo ato passa a conter a parte válida anterior e uma nova parte, nascida esta com o ato de aproveitamento."¹⁹⁸

A convalidação é resultado da existência de nulidade e são duas as espécies de nulidades que podem acometer o ato administrativo, a nulidade absoluta e a nulidade relativa.

¹⁹⁴ JUSTEN FILHO, 2014, p. 444-445.

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, 2014, p. 444-445.

¹⁹⁶ JUSTEN FILHO, 2014, p. 446.

¹⁹⁷ CARVALHO FILHO, 2015, p. 166.

¹⁹⁸ CARVALHO FILHO, 2015, p. 166-167.

Essa distinção importa ao exame da convalidação, tendo em vista que elas determinam se um vício será sanável ou insanável. Quando a nulidade for absoluta a convalidação não será cabível, ao passo que na nulidade relativa é possível a aplicação da convalidação. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho¹⁹⁹, Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰⁰ e Celso Antônio Bandeira de Mello.²⁰¹

Portanto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende ser possível a convalidação dos atos administrativos que tenham vícios no elemento forma e sujeito. Ela é admissível no elemento forma, desde que a forma inválida não seja fundamental para a validade do ato. Sobre a convalidação diante do elemento sujeito, ela é chamada de ratificação. A autora aponta que a ratificação é voltada às hipóteses em que o ato possui vício de competência, contanto que não seja competência outorgada de forma exclusiva para a produção do ato. Segundo ela, nas situações em que o ato não admite delegação ou avocação, a exemplo da hipótese do artigo 84 da Constituição Federal, referente às competências privativas do Presidente da República - com exceção do parágrafo único do artigo 84 da Constituição Federal, que possibilita a delegação das competências dos incisos VI, XII e XXV para os Ministros de Estado, Procurador-Geral da República e Advogado-Geral da União - não é cabível a ratificação. Da mesma forma, ela expõe que os atos administrativos com vício de incompetência, originários da realização de atos pelas pessoas públicas políticas (União, Estado e Municípios) mediante ofensa à distribuição de competências constitucionais, não é passível de sofrer ratificação pela pessoa jurídica com a respectiva competência constitucional para a produção do ato, dado que ele se caracteriza pela sua inconstitucionalidade.²⁰² Outro tipo de circunstância que não admite a ratificação é a incompetência em razão da matéria, pois também há exclusividade de atribuições.²⁰³ Desse modo, a lógica que embasa a verificação dessas hipóteses é a invalidade por incompetência, e quando ela decorre por ofensa à atribuição exclusiva para a prática do ato, conforme previsões legais ou constitucionais, é incabível a convalidação do ato administrativo.

José dos Santos Carvalho Filho ensina que são convalidáveis os vícios de competência e de forma, inclusive as formalidades que existem nos procedimentos administrativo. O defeito do elemento objeto/conteúdo é sanável, contanto que ele seja plúrimo. O objeto é considerado plúrimo quando num mesmo ato administrativo existirem várias

¹⁹⁹ CARVALHO FILHO, 2015, p. 155-156.

²⁰⁰ DI PIETRO, 2014, p. 257.

²⁰¹ MELLO, 2013, p. 481.

²⁰² DI PIETRO, 2014, p. 259-260.

²⁰³ DI PIETRO, 2014, p. 259-260.

providências administrativas. Nesse caso, o ato será aproveitável na parte que não contiver vícios, ao passo que naquelas providências com defeitos, elas serão eliminadas ou alteradas.²⁰⁴

Weida Zancaner possui o entendimento de que são convalidáveis os atos administrativos com defeitos de competência, formalidade e procedimento. É importante salientar que a autora segue a classificação da constituição do ato administrativo de Celso Antônio Bandeira de Mello, ver 2.4. Há convalidação no procedimento desde que, em razão da ausência do ato da Administração, não haja a perda da finalidade do procedimento. Em sentido contrário, não existirá o dever de convalidar quando a convalidação retirar a finalidade que motivou a criação do procedimento. Também, como a ausência de ato do particular gera defeito no pressuposto procedimento, a convalidação pode acontecer por meio da anuência do particular diante de um ato de convalidação da Administração Pública, desde que a sua manifestação seja necessária para a validade da decisão administrativa. Não pode haver lesão à interesse de terceiros, em virtude da convalidação operar efeitos retroativos.²⁰⁵

²⁰⁴ CARVALHO FILHO, 2015, p. 167.

²⁰⁵ ZANCANER, 1996, p. 68-72.

4 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA E O DEVER DE CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

A discussão sobre a aplicação do princípio da proteção à confiança, enquanto fundamento para afirmar a obrigatoriedade ou faculdade discricionária de convalidar o ato administrativo demanda uma progressiva exposição sobre o assunto.

A doutrina entende que o princípio da proteção à confiança é decorrência da segurança jurídica, que é considerado um fundamento essencial para o Estado de Direito em conjunto com a legalidade. Por vezes, diante da apresentação de atos administrativos inválidos, nos quais, em tese, prepondera o princípio da legalidade e autotutela da Administração Pública, a proteção de certas posições jurídicas dos administrados demanda uma tutela por meio do princípio da segurança jurídica, na sua feição de princípio da proteção à confiança, decorrendo dessa situações uma colisão de princípios jurídicos. Sobre essa controvérsia, os estudos pioneiros no direito brasileiro partiram de Almiro do Couto e Silva e daí em diante as linhas argumentativas doutrinárias e jurisprudenciais se edificaram sobre a sua construção doutrinária. Sob esse enfoque, o trabalho será embasado na escola formada a partir desse autor, a exemplo de Rafael da Cás Maffini e Judith Martins-Costa.

4.1 Definição de princípio jurídico

Serão diversos os princípios abordados no decorrer da seção, motivo pelo qual é importante discorrer sobre o seu conceito. Miguel Reale ensina que todo campo do conhecimento pressupõe a existência de princípios, tendo em vista que eles atuam como seus fundamentos, pois desempenham na sua respectiva ciência o papel de “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber.”²⁰⁶

No que diz respeito ao Direito, Miguel Reale entende que os princípios gerais de direito são compreendidos como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas.”²⁰⁷

Em sentido similar, numa visão clássica de princípios, Celso Antônio Bandeira de Mello compreende que eles constituem a base do ordenamento:

²⁰⁶ REALE, 2002, p. 303.

²⁰⁷ REALE, 2002, p. 304.

Princípio é, pois, por definição mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.²⁰⁸

Essas ideias sobre como o princípio jurídico atua como fundamento de um sistema, atribuindo-lhe sentido e valores, são importantes para a interpretação das normas jurídicas de determinado regime jurídico, tendo em vista que o respeito de uma norma ao princípio condiciona a sua validade e também orienta a sua interpretação e aplicação.

4.2 A confiança decorrente da segurança jurídica no Estado de Direito

4.2.1 A segurança jurídica no Estado de Direito

A seção 2 deste trabalho apresenta o ato administrativo como expressão da legalidade do Estado de Direito. Em resumo, essa construção jurídica foi a que tornou possível a submissão da Administração Pública às leis, enquanto uma opção política que decorreu da formação do Estado de Direito, no propósito de proteção dos cidadãos contra o uso arbitrário do poder. No entanto, Almiro do Couto e Silva observa uma perda das raízes que sustentaram o valor da legalidade no Estado de Direito. Após buscar os pródromos das suas vertentes ideológicas e o seu transcurso entre Estado liberal para o Estado Social, além da inspiração para os Estados democráticos contemporâneos²⁰⁹, o autor relata o seu diagnóstico sobre a situação da legalidade:

Faz-se modernamente, também, a correção de algumas distorções do princípio da legalidade da Administração Pública, resultantes do esquecimento de que sua origem radica na proteção dos indivíduos contra o Estado, dentro do círculo das conquistas liberais obtidas no final do século XVIII e início do século XIX²¹⁰

A conclusão de Almiro do Couto e Silva sobre como o emprego do princípio da legalidade tem sido o motivo para o esquecimento da proteção dos cidadãos diante do Estado, pode encontrar sua razão de ser na opinião de que ele é “decorrentes igualmente, da ênfase excessiva no interesse do Estado em manter íntegro e sem lesões o seu ordenamento jurídico.”²¹¹

²⁰⁸ MELLO, 2013, p. 54.

²⁰⁹ SILVA, Almiro do Couto e. **Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 57 supl., p. 13-31, dez 2003. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/revista-da-pge>>. Acesso em: 23 out. 2018. p. 15.

²¹⁰ SILVA, 2003, p. 23.

²¹¹ SILVA, 2003, p. 23.

Inclusive, José Sérgio da Silva Cristóvam relata que em razão da constitucionalização do Direito, ocorre o fenômeno da “substituição da legalidade, como fonte reitora da disciplina jurídico-administrativa, pela própria Constituição, fator de verticalização e direta parametrização normativa da atuação administrativa.”²¹²

Esse fenômeno operará a partir do novo paradigma do princípio da juridicidade dentro do regime jurídico-administrativo, o qual se constitui na definição de José Sérgio da Silva Cristóvam como:

princípio aberto e dinâmico da juridicidade administrativa, no sentido de que a atividade administrativa somente pode ser reconhecida como válida, legítima e adequada (justificada), se conforme ao sistema normativo de regras e princípios previstos na Constituição, com especial destaque para a satisfação dos direitos fundamentais.²¹³

A relação entre a legalidade e a juridicidade administrativa será no nível de perda de soberania da legalidade em confronto com os demais princípios jurídicos. No entendimento do mencionado autor, ela irá se acondicionar ao conjunto principiológico decorrente da Constituição:

A dimensão da juridicidade administrativa, que tem seu conteúdo densificado a partir da aplicação (eficácia operativa) das normas constitucionais, acaba por englobar a própria legalidade administrativa, como um de seus princípios conformadores, não mais como o princípio reitor da atividade administrativa, mas como um dos princípios a gravitar na constelação de normas vinculativas do universo jurídico-administrativo.²¹⁴

Essa opinião se coaduna com a consciência de que não é somente do princípio da legalidade que se constitui o Estado de Direito. Harmonizam-se igualmente outros princípios na sua estruturação. Para entender quais são esses princípios que se originam do Estado de Direito, Rafael da Cás Maffini aborda que num sentido jurídico o Estado de Direito é uma norma constitucional (sobreprincípio) constante expressamente no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, no qual lê-se “A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito”²¹⁵, sendo dela extraído o sobreprincípio do Estado de Direito.²¹⁶ O autor faz uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos casos

²¹² CRISTÓVAM, 2014, p. 258.

²¹³ CRISTÓVAM, 2014, p. 96.

²¹⁴ CRISTÓVAM, 2014, p. 262.

²¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

²¹⁶ MAFFINI, Rafael da Cás. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, v.1, n. 5: Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5220/000512451.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2018, p. 32-36.

em que se realizou o emprego do sobreprincípio do Estado de Direito, para delimitar seu conteúdo jurídico, e entende que dele partem os seguintes princípios constitucionais:

- a) legalidade ou juridicidade, no sentido de que o Estado se encontra submetido à ordem jurídica que lhe é inerente; b) submissão do Estado a mecanismos de controle e de responsabilização; c) separação das funções estatais; d) submissão do Estado aos direitos e garantias fundamentais; e) segurança jurídica.²¹⁷

Em idêntico modo, essa noção de Estado de Direito, haurida do conjunto de julgados do Supremo Tribunal Federal, é observável na construção doutrinária de Almiro do Couto e Silva. Para ele as noções sobre Estado de Direito dividem-se em duas espécies, uma de natureza formal e outra de natureza material. Sob o ponto de vista material, o Estado de Direito é estruturado com base nas ideias de justiça e segurança jurídica. Já no que concerne ao aspecto formal, Almiro do Couto e Silva elenca quatro os elementos que o caracterizam. De início a “existência de direitos e garantias fundamentais”²¹⁸, em seguida a “a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que a exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por ‘freios e contrapesos’”²¹⁹ Também são elementos formais do Estado de Direito, “a legalidade da Administração Pública e, d) a proteção da boa fé ou da confiança (Vertrauensschutz) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.”²²⁰

Dessa noção ampla do Estado de Direito determinada pelo Supremo Tribunal Federal assim como da doutrina de Almiro do Couto e Silva é relevante a menção à segurança jurídica. Esse princípio não é senão resultado de uma das necessidades próprias do ser humano, que é a segurança, em todas as suas manifestações antropológicas. Em consequência, sobre dois tipos de expressões da cultura humana, o Direito e o Estado, Rafael da Cás Maffini afirma que “O Estado e o Direito consistem em instrumento de consecução de segurança [...] justamente em razão de serem ambos frutos culturais imanentes à condição humana.”²²¹ No que se refere ao campo jurídico, como é da função do Direito buscar a estabilidade das estruturas sociais e do Estado, fez-se necessário dar uma feição jurídica a essa realidade, o que ocorre por meio da segurança jurídica, conforme afirma o aludido autor, para quem “O Estado, tanto quanto o Direito e todas as demais formas de organização social, decorre de um clamor antropológico

²¹⁷ MAFFINI, 2005, p. 36.

²¹⁸ MAFFINI, 2005, p. 13.

²¹⁹ MAFFINI, 2005, p. 13.

²²⁰ SILVA, 2003, p. 13.

²²¹ MAFFINI, 2005, p. 13.

por segurança. A necessidade de segurança jurídica aliás, fundamenta a própria existência do ordenamento jurídico.”²²²

Também, José dos Santos Carvalho Filho disserta acerca da necessidade da estabilidade das relações jurídicas ser contemplada pelo ordenamento jurídico no âmbito da Administração Pública, já que a instabilidade promove um estado de constante incerteza nos administrados. Esta tutela ocorre por meio do princípio da segurança jurídica, previsto de maneira implícita na Constituição da República Federativa do Brasil.²²³

Para Rafael da Cás Maffini segurança jurídica significa uma “condição de previsibilidade, de justiça, de estabilização e de confiança nas ações estatais.”²²⁴ Assim, há íntima relação entre a segurança jurídica e a confiança. Acerca dessa, Judith Martins-Costa assinala o surgimento de uma nova ética entre a Administração Pública e os administrados, em que as expectativas legítimas criadas pelo Estado nos particulares, sobretudo no que toca à confiança nele depositado pela adoção de determinada atuação estatal, ganha importância jurídica. Portanto, a confiança ganha tutela jurídica sob a compreensão de que a legalidade e segurança jurídica - princípios basilares - são insuficientes para resolver os problemas suportados pelo Estado de Direito.²²⁵ Além disso, a autora salienta que a confiança se mostra como uma necessidade para a convivência social, funcionando como uma fator de estabilidade e permanência para essa ordem, de tal modo que se tornou digna de tutela jurídica.²²⁶

Em idêntico modo, José dos Santos Carvalho Filho assevera que o princípio da proteção à confiança significa uma tutela do desenvolvimento da confiança, que é essencial para a prosperidade de um regime democrático, porque ela fundamenta a representatividade política, mediante a concessão dos poderes eleitos.²²⁷

4.2.2 Reconhecimento jurídico da proteção à confiança na função administrativa

Apesar de ser ampla essa proteção jurídica da confiança, espraiando-se por toda a estrutura e funcionalidades do Estado, este trabalho é voltado para a análise da proteção à

²²² MAFFINI, Rafael da Cás. **Princípio da proteção à confiança legítima**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-da-protecao-da-confianca-legitima_58f66121120f2.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018. p. 2.

²²³ MAFFINI, 2017, p. 37-38.

²²⁴ MAFFINI, 2005, p. 13.

²²⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 22. p. 228-255, set 2002. p. 230-236.

²²⁶ MARTINS-COSTA, 2002, p. 232-233.

²²⁷ CARVALHO FILHO, 2015, p. 40.

confiança dentro da função administrativa e mais ainda, como será adiante explicado na proteção substancial ou material da confiança, ver 4.2.4.

Na seara do Direito Administrativo a tutela jurídica da confiança será projetada a partir de uma construção teórica em cima da segurança jurídica, na qual José Sérgio da Silva Cristóvam entende como um dos princípios estruturantes no novo regime jurídico administrativo, “sorvendo carga de normatividade e legitimação política diretamente do princípio da dignidade humana, do regime constitucional de direitos fundamentais e de própria noção de justiça da ordem jurídica constitucional.”²²⁸

Em resumo, no plano dogmático do Direito Administrativo, a proteção à confiança origina-se como uma das vertentes da segurança jurídica. Almiro do Couto e Silva explica que a segurança jurídica é dividida em duas concepções, uma de natureza objetiva e a outra subjetiva. A objetiva se prende as limitações do Estado no tocante à retroatividade de suas decisões, assim como no respeito ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A feição subjetiva do princípio da segurança jurídica é entendida como a proteção à confiança, na medida em que importa na proteção da expectativa que os administrados depositam no comportamento do Estado, relativo aos seus atos e procedimentos.²²⁹

Igualmente, para José dos Santos Carvalho Filho a segurança jurídica é diferenciada do princípio da proteção à confiança, a qual se revela como de "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 aparência de legalidade."²³⁰

Nessa conclusão, a tutela jurídica da confiança no âmbito da função administrativa será por meio do reconhecimento dela na condição de princípio jurídico. O princípio da proteção à confiança é entendido por Almiro do Couto e Silva como uma proteção da confiança dos administrados, a respeito do comportamento do Estado, relativo aos seus atos e procedimentos.²³¹ Para Rafael da Cás Maffini a finalidade do princípio da proteção à confiança é “à obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres

²²⁸ CRISTÓVAM, 2014, p. 278.

²²⁹ SILVA, Almiro do Couto e. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, v. 2, nº 6, p. 7-59, jul./set. 2004., p. 273-274.

²³⁰ SILVA, 2004, p. 37-38.

²³¹ SILVA, 2004, p. 273-274.

comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos.”²³²

4.3 Conteúdo dogmático do princípio da proteção à confiança

4.3.1 Origem e desenvolvimento do princípio da proteção à confiança

A origem do princípio da proteção à confiança é apresentada por Almiro do Couto e Silva. Em sua análise, o princípio é oriundo de decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, datada de 14 de novembro de 1956, bem como de acórdão do Tribunal Administrativo Federal, prolatado em 15 de outubro de 1957. O autor relata que após essas duas decisões judiciais, iniciaram-se reiteradas manifestações de jurisprudência acolhendo-o no sistema judicial alemão.²³³

A primeira decisão consistia num caso em que a Administração havia anulado promessa de vantagem pecuniária para viúva de funcionário, sob a condição de transferência dela de Berlim Oriental para Berlim Ocidental. A viúva conseguiu receber o benefício no curso de um ano, até que, em razão do vício de competência que a decisão de concessão possuía, ele lhe foi retirado. No caso, sendo a primeira situação de incidência do princípio da proteção à confiança conhecida, o Superior Tribunal Administrativo de Berlim entendeu que o princípio da proteção à confiança preferia ao princípio da legalidade, considerando o sopesamento de ambos na aplicação do caso em concreto.²³⁴

Rafael Carvalho Rezende de Oliveira analisa o julgado e expõe que a importância desse julgamento é relacionada à superação do posicionamento corrente que entendia a possibilidade de limitação dos efeitos da anulação dos atos administrativos sem retroagir (*ex nunc*), ou seja para o futuro, desde que essa restrição tivesse o propósito de proteger o administrado, em contramão com a anulação dos atos administrativos inválidos com efeito *ex tunc*. Como a pensão para a viúva foi mantida, a decisão privilegiou o princípio da proteção à confiança, deixando de eliminar o ato administrativo ilegal, para mantê-lo e inclusive os seus efeitos.²³⁵

Após o início desse princípio na jurisprudência alemã, o § 48 da Lei do Processo Administrativo Federal alemã de 1976, previu expressamente o princípio da proteção à confiança e o Tribunal Federal Constitucional o definiu como um princípio constitucional.²³⁶

²³² MAFFINI, 2005, p. 48-49.

²³³ SILVA, 2004, p. 276-277.

²³⁴ SILVA, 2004, p. 276-277.

²³⁵ OLIVEIRA, 2010, p. 88.

²³⁶ SILVA, 2004, p. 277.

Na sequência, Almiro do Couto e Silva explica que o princípio da proteção à confiança legítima ganha reconhecimento no Direito da União Europeia sendo denominado de princípio da proteção à confiança legítima.²³⁷

Por fim, são para Almiro do Couto e Silva pontos principais que expressam as discussões e âmbito de aplicação do princípio da proteção à confiança no direito comparado e no direito brasileiro:

- a) a manutenção no mundo jurídico de atos administrativos inválidos por ilegais ou inconstitucionais [...]
- b) a responsabilidade do Estado pelas promessas firmes feitas por seus agentes, notadamente em atos relacionados com o planejamento econômico;
- c) a responsabilidade pré-negocial do Estado;
- d) o dever do Estado de estabelecer regras transitórias em razão de bruscas mudanças introduzidas no regime jurídico.²³⁸

Tal início da aplicação do princípio da proteção à confiança serve para estabelecer a ideia de que ele é aplicado para a situações que envolvam a manutenção de atos administrativos inválidos que tenham gerado direitos subjetivos para os destinatário do ato. Trata-se de uma posição de reconhecimento que o ordenamento jurídico necessita tutelar o valor da confiança depositado pelo cidadão diante da conduta do Estado.

4.3.2 Princípio da proteção à confiança na legislação brasileira

O trabalho afirmou que a proteção à confiança assume a roupagem jurídica como um princípio jurídico, ver 4.1.2. Como é próprio dos princípios jurídicos nortear a criação de dispositivos que nele encontrem seu fundamento e valor de aplicação, a Lei do Processo Administrativo Federal, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, no seu artigo 54 dispõe sobre a aplicação do princípio da proteção à confiança, em uma de suas vertentes, no âmbito da Administração Pública. Por meio desse dispositivo a proteção à confiança se torna regra aplicável no regime-jurídico administrativo brasileiro. A redação do artigo dispõe os seguintes termos: "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."²³⁹

Por meio desse dispositivo, José dos Santos Carvalho Filho assegura que o intento

²³⁷ MOREIRA NETO, 2014, p. 277.

²³⁸ SILVA, 2004, p. 277-278

²³⁹ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em 20 de nov. 2018.

do legislador foi dar realce ao princípio da proteção à confiança frente à autotutela da Administração Pública, privilegiando o decurso do tempo e a boa-fé.²⁴⁰

Apesar dessa previsão da proteção à confiança na legislação infraconstitucional, Almiro do Couto e Silva aborda a ausência de reconhecimento do princípio da proteção à confiança na condição de princípio de natureza constitucional, de maneira que ele não integra o rol de princípios constitucionais expressos do Direito Administrativo Brasileiro. Assim, no texto constitucional não há a identificação da proteção à confiança como um aspecto subjetivo da segurança jurídica. Isso ocorre, pois, as normas constitucionais dispõem do princípio da segurança jurídica apenas pelo seu aspecto objetivo,²⁴¹ com a previsão constitucional do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, no art. 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”²⁴²

Apesar dessa ausência no texto constitucional, posteriormente à Constituição da República Federativa do Brasil três leis federais dispuseram acerca do princípio da proteção à confiança, ainda que não expressamente, mas na condição do já mencionado aspecto subjetivo da segurança jurídica. A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que trata do Processo Administrativo Federal, a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que versa acerca da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Sobre a disciplina do aludido princípio contido nessa legislação Almiro do Couto e Silva escreve que: “É importante sinalar, entretanto, que nesses textos legislativos nacionais a 'segurança jurídica' é vista predominantemente pelo seu lado subjetivo e significa, assim, quase sempre, 'proteção à confiança’.”²⁴³

Também, a segurança jurídica enquanto princípio do Direito Administrativo, na sua feição subjetiva de proteção à confiança, é apresentada por Almiro do Couto e Silva a partir das disposições contidas na Lei do Processo Administrativo, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, considerando a presença de diversos dispositivos desta legislação que primam pela aplicação desse princípio na normatização administrativa.²⁴⁴ Sob esse enfoque, o primeiro dispositivo da aludida lei é o contido no artigo 2º, o qual declara que: “A Administração Pública obedecerá,

²⁴⁰ CARVALHO FILHO, 2015, p. 38.

²⁴¹ SILVA, 2004, p. 278.

²⁴² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

²⁴³ SILVA, 2004, p. 278.

²⁴⁴ SILVA, 2004, p. 279-280.

dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”²⁴⁵

Logo mais, nas previsões normativas do parágrafo único do artigo 2º, o princípio da proteção à confiança é apresentado de outra forma, na qual se afirma que os processos administrativos devem atender o critério de: “atuação segundo os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;”²⁴⁶

Também, na mesma lei, o princípio da proteção à confiança é previsto no artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII, ao conferir a limitação da Administração Pública de aplicar nova interpretação de norma administrativa retroativamente: “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.”²⁴⁷

Igualmente, no direito brasileiro a Lei nº 5.427, de 01 de abril de 2009, a qual estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, prevê expressamente o princípio da proteção à confiança no seu art. 2º:

O processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, **proteção da confiança legítima** e interesse público.²⁴⁸

O conjunto dos dispositivos legais acima elencados mostra a existência do conteúdo dogmático do princípio da proteção à confiança no direito positivo brasileiro. Há uma preferência legal pela proteção das relações jurídicas que exijam a confiança nas condutas do Estado, principalmente quanto à ausências de adoção de atitudes contraditórias, que vão de encontro com a estabilidade e permanências das relações jurídicas.

²⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

²⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

²⁴⁷ Ibid., loc. cit.

²⁴⁸ RIO DE JANEIRO. **Lei nº 5.427, de 01 de abril de 2009**. Estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/e9589b9aab9cac8032564fe0065abb4/ef664a70abc57d3f8325758b006d6733?OpenDocument>>. Acesso em: 20 nov. 2018. Grifo nosso.

4.3.3 A presença da boa-fé diante do princípio da proteção à confiança

De acordo com o que foi explicado, a proteção à confiança representa o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica. As relações jurídicas administrativas que recebem o influxo do conteúdo de valor desses dois postulados são igualmente influenciadas pelo princípio da boa-fé. Apesar da semelhança de aplicação deles no ordenamento jurídico, suas noções e conceitos apresentam clara distinção. Neste trabalho serão apontadas algumas circunstâncias de incidência da proteção à confiança em que é conjuntamente ponderada a boa-fé, motivo pelo qual é necessário esclarecer as suas correlações.

Almiro do Couto e Silva salienta que a boa-fé por vezes é referenciada numa denotação de similitude com a proteção à confiança, e mesmo com a segurança jurídica. Isso porque, conforme afirma o autor “são ideias que pertencem à mesma constelação de valores.”²⁴⁹

Todavia, quanto a esse ponto Rafael da Cás Maffini é categórico em afirma que se tratam de coisas diferentes. Sobre a distinção entre uma e outra, de início, cabe ponderar que a boa-fé objetiva impõe deveres tanto para a Administração Pública como para o administrado. Como ela tem o propósito de atribuir à relações jurídicas bilaterais uma priorização da lealdade entre as duas partes, faz-se necessários que a boa-fé objetiva seja recíproca entre ambos. Por sua vez, no que concerne à proteção à confiança, ela almeja a tutela do administrado diante do Poder Público, por meio da criação de condições de estabilidade e previsibilidade nos atos e comportamentos do Estado. Esses atos quando atingem a esfera de direitos subjetivos do particular, podem ou não ensejar a necessidade da boa-fé por parte do administrado, para que recaia a proteção da confiança na situação.²⁵⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresenta que a boa-fé possui dois aspectos, a boa-fé objetiva e a boa-fé subjetiva: “abrange um aspecto objetivo, que diz respeito à conduta leal, honesta, e um aspecto subjetivo, que diz respeito à crença do sujeito de que está agindo corretamente.”²⁵¹ Em outros termos, mas de igual teor, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira aponta que a boa-fé se distingue pelos aspectos: “a) objetiva: diz respeito à lealdade e à lisura da atuação dos particulares; e b) subjetiva: relaciona-se com o caráter psicológico daquele que acreditou atuar em conformidade com o direito.”²⁵²

²⁴⁹ SILVA, 2004, p. 272.

²⁵⁰ MAFFINI, 2017, p. 17-18.

²⁵¹ DI PIETRO, 2014, p. 88-89.

²⁵² OLIVEIRA, 2010, p. 90.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também afirma que na esfera do Direito Administrativo a presença da boa-fé é incontestada, considerando sua expressa previsão em diversos dispositivos legais. A Lei do Processo Administrativo Federal foi a pioneira na sua inserção no direito positivo, a partir do art. 2º, parágrafo único, inciso IV, no qual lê-se: “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;”²⁵³. Aqui a boa-fé funciona como um critério que deverá ser atendido nos processos administrativos. Contudo, não cabe o dever de respeito à boa-fé somente na órbita da função administrativa, mas também para os administrados, motivo pelo qual, também, em seguida no corpo da lei, constam como deveres do administrado diante da Administração Pública, no art. 4º, inciso II, “proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé.”²⁵⁴

Sobre a aplicação concomitante da boa-fé com a proteção à confiança, Rafael da Cás Maffini distingue duas classes de atos estatais, com o intuito de delimitar a imprescindibilidade ou não da incidência da boa-fé diante da proteção à confiança. Quando o ato é concreto, individual e pessoal, e dele parte a criação de expectativas para o administrado, a ponto de existir uma confiança tutelável, uma provável invalidade dessa categoria de ato necessitará da presença da boa-fé para que seja acobertada pelo princípio da proteção à confiança, atuando a boa-fé como um pressuposto de incidência do princípio. Entretanto, outra é a situação para os atos normativos que criam expectativas para os administrados, considerando a aquisição de um direito subjetivo pelo cidadão em razão dos efeitos desse ato. Nesses a boa-fé é prescindível para que incida a proteção à confiança, já que prevalece a presunção de legitimidade de que eles são portadores diante da ordem jurídica. A conclusão que sobressai dessa comparação é que uma e outra são coisas diferentes, atuando a boa-fé, em alguns casos, como pressuposto para a aplicação da proteção à confiança.²⁵⁵

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ainda acresce que a proteção à confiança atua protegendo a boa-fé do administrado, porquanto “leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo Poder Público sejam lícitos e, nessa qualidade serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros.”²⁵⁶

²⁵³ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

²⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

²⁵⁵ MAFFINI, 2017, p. 17-18.

²⁵⁶ DI PIETRO, 2014, p. 88.

4.3.4 Critérios para aplicação do princípio da proteção à confiança e os seus efeitos

Soren Schonberg, citado por Rafael da Cás Maffini, delimita o âmbito de aplicação do princípio da proteção à confiança no campo da função administrativos em três situações: proteção substancial ou material da confiança, proteção procedimental da confiança e a proteção compensatória ou ressarcitória.²⁵⁷

Segundo ele a proteção ressarcitória é o dever do Estado de restaurar os prejuízos que foram ocasionados pela frustração de uma expectativa legítima dos cidadãos. A proteção procedimental é a processualização da atividade administrativa estatal, com o intuito de permitir que os administrados contribuam e participem na construção das decisões da Administração Pública, privilegiando dessa forma a confiança.²⁵⁸

Apesar dessas duas concepções, para este trabalho importa mais o significado da proteção substancial ou material da confiança, detalhado por Rafael da Cás Maffini:

cujo significado pode ser sumarizado como sendo um conjunto de normas jurídicas que visa à manutenção e à estabilização das relações jurídicas emergentes da ação administrativa do Estado, em face de expectativas que, por razões especiais, apresentam-se legítimas e, assim, dignas de proteção;²⁵⁹

Valter Schuenquener de Araújo apresenta as condições necessárias para a incidência do princípio da proteção à confiança num caso em concreto. Ainda que a construção teórica do autor seja ampla e aplicável para todo o campo do direito brasileiro, seus postulados igualmente são úteis para a função administrativa e ainda mais para o sentido do princípio acima detalhado de proteção substancial da confiança.

São para ele os requisitos específicos que permitem a aplicação do princípio da proteção à confiança: base da confiança, existência da confiança no plano subjetivo, exercício da confiança por meio de atos concretos e exercício estatal que frustre a confiança.

Sobre a existência de uma base da confiança, o Estado deve realizar uma manifestação de vontade, consubstanciada num comportamento, ato normativo ou omissão estatal, que gere uma expectativa legítima nos cidadãos, desde que a “manifestação do Estado não for confusa nem duvidosa.”²⁶⁰ O autor também cita Almiro do Couto e Silva para afirmar

²⁵⁷ MAFFINI, 2010, p. 3-4.

²⁵⁸ MAFFINI, 2017, p. 3-4.

²⁵⁹ MAFFINI, 2017, p. 3.

²⁶⁰ ARAÚJO, 2016, p. 85.

que “as promessas estatais somente geram um direito subjetivo, caso tenham sido exteriorizadas de modo firme, preciso e concreto.”²⁶¹

Acerca do segundo requisito, a existência da confiança no plano subjetivo, o indivíduo, que teve um direito violado em razão da frustração de uma expectativa legítima, deve ter tido confiança na permanência do ato estatal, considerando a manifestação de vontade do Estado. Aqui Valter Schuenquener de Araújo saliente que o desconhecimento do particular sobre o ato, pode acarretar a impossibilidade de aplicação do princípio. Também, esse requisito é relacionado ao fato de que o simples conhecimento da existência do ato estatal pelo administrado não é capaz de por si permitir a aplicação do princípio da proteção à confiança, requer-se, sobretudo, a confiança na sua continuidade pelo particular. Assim sendo, caso o indivíduo soubesse que o ato iria sofrer modificações, ocasionando prejuízos, não é situação de incidência do princípio, pela inexistência de confiança no plano subjetivo.²⁶²

O terceiro requisito é o exercício da confiança através de atos concretos. Para que esse requisito seja reconhecido, o particular deve ter realizados atos concretos que sejam consequência da base de confiança depositada pela expectativa dos atos estatais que lhe favoreceram. Em sentido contrário, quando o cidadão não realiza atos concretos em razão do surgimento da confiança no comportamento do Estado, o princípio da proteção a confiança não é aplicável, já que a boa-fé do destinatário do ato é comprovada pela manifestação de sua conduta comissiva ou omissiva. Nisso ele acentua que “O princípio da proteção à confiança não serve como um fim em si mesmo, mas tem a função de proteger as medidas adotadas pelo particular titular de uma expectativa legítima.”²⁶³

O quarto requisito necessário para a tutela da expectativa é o comportamento estatal que frustre a confiança. O princípio da proteção à confiança exige para a sua aplicação que o comportamento do Estado que resultou na existência da base de confiança, tenha sido frustrado pela ocorrência de uma segunda manifestação de vontade que o contrarie, tendo em vista que somente dessa forma há uma lesão à expectativa criada pelo particular. Todavia, esta diferença na atividade do Estado deve resultar numa condição desfavorável para o cidadão. No caso dela beneficiá-lo, será incabível a incidência do princípio.²⁶⁴

²⁶¹ ARAÚJO, 2016, p. 85.

²⁶² ARAÚJO, 2016, p. 90.

²⁶³ ARAÚJO, 2016, p. 97-98.

²⁶⁴ ARAÚJO, 2016, p. 103.

Ademais, a respeito dos efeitos observáveis do princípio da proteção à confiança, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira assevera que eles atuam na abstenção de comportamentos ou a criação de deveres para a Administração Pública frente ao particular. São efeitos negativos ou de abstenção aqueles pelos quais a Administração Pública fica obrigada a “abster-se de adotar atos administrativos restritivos ou ablativos (ex: limitação do poder de autotutela administrativa; impossibilidade de fixação de sanção administrativa etc.)”²⁶⁵

Outrossim, para a Administração Pública decorrem dois tipos de efeitos positivos relacionados à aplicação do princípio da proteção à confiança legítima. A incidência desse princípio impõe o dever para o Poder Público de “editar atos administrativos benéficos que reconheçam ou ampliem os direitos dos administrados [...] bem como o dever de ressarcir os administrados que tiveram a confiança violada.”²⁶⁶

Da síntese desta seção decorrerá o tópico seguinte que tem como objetivo a finalidade deste trabalho sobre a pesquisa da existência ou não do dever de convalidar diante do princípio da proteção à confiança.

4.3.5 O princípio da proteção à confiança na jurisprudência brasileira

No plano da aplicação do princípio pela jurisdição brasileira, o trabalho optou por delimitar a pesquisa de jurisprudência no Supremo Tribunal Federal, pois a pesquisa deste trabalho é relacionada com a função precípua desse órgão jurisdicional, qual seja, a guarda da Constituição. Nesse aspecto, a importância da análise jurisprudencial se conecta com a necessidade de apresentar a normatividade do princípio da proteção à confiança no ordenamento jurídico brasileiro, assim como caracterizá-lo como um princípio administrativo oriundo da interpretação de postulados constitucionais.

Quanto a isso, de início é demonstrado o entendimento doutrinário de Judith Martins-Costa, que em análise de julgado do Supremo Tribunal Federal identificou uma primeira aplicação do princípio da proteção à confiança no judiciário brasileiro, ainda que de forma indireta, já que ele não é mencionado expressamente, mas por meio da segurança jurídica, em argumentação amparada nas lições de Almiro do Couto e Silva. Como essa primeira decisão é do ano de 2003, são ainda colacionadas duas jurisprudências do ano de 2018, com o intuito

²⁶⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. **O princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo brasileiro**. Revista Carioca RCD de Direito, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, p. 87-102, jan/jun de 2010. Rio de Janeiro: PGM, 2010. Disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/1558797/DLFE-220683.pdf/RevistadeDireito.pdf>> Acesso em: 08 nov. 2018. p. 91.

²⁶⁶ OLIVEIRA, 2010, p. 91

de demonstrar o reconhecimento posterior do princípio no entendimento do Supremo Tribunal Federal, que já o aplica nos casos de sua competência.

4.3.5.1 Resignificação da segurança jurídica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para tutela da proteção à confiança

Judith Martins-Costa aponta que numa concessão de medida liminar do Supremo Tribunal Federal, datada de 27 de maio de 2003, aconteceu uma resignificação do princípio da segurança jurídica no direito brasileiro, a partir do reconhecimento de sua normatividade enquanto princípio da proteção à confiança. Não que a decisão se refira expressamente à proteção da confiança, mas a interpretação do julgado denota o significado que é atribuído ao princípio no ordenamento jurídico: a proteção da confiança dos administrados decorrente da criação de expectativas legítimas pela ação do Estado.²⁶⁷

A decisão foi numa ação cautelar inominada com pedido de efeito suspensivo ao recurso extraordinário. No caso, o recurso extraordinário foi interposto por Roberta de Leon Valiente, com o intuito de reformar acórdão da 3ª do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, “que indeferiu a sua transferência de uma instituição de ensino superior federal para outra, pleiteada em razão da assunção de cargo, para o qual foi aprovada em concurso público.”²⁶⁸

O Ministro Relator Gilmar Mendes decidiu monocraticamente pela concessão do efeito suspensivo ao acórdão. Judith Martins-Costa analisa que o julgamento valeu-se das lições de Almiro do Couto e Silva sobre a segurança jurídica para permitir a continuidade dos estudos da requerente na instituição de ensino superior federal, cuja transferência definitiva estava *sub judice*, muito embora ela tenha cursado diversas matérias e encontrava-se no 8º semestre, pois o juízo de 1º grau havia deferido a matrícula na sentença de mandado de segurança. O ponto em questão é o reconhecimento, ainda que não expresso, do princípio da proteção à confiança, no respeito à segurança jurídica.²⁶⁹ Acerca disso Judith Martins-Costa afirma que “A permanência constitui, nesse sentido, uma das projeções da confiança legítima, garantindo o

²⁶⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos**: a segurança como crédito de confiança. Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/re-significa%C3%A7%C3%A3o-do-princ%C3%ADpio-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica-na-rela%C3%A7%C3%A3o-entre-o-estado-e-os-cidad%C3%A3os->>. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 111-114.

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet-QO: 2900/RS, Segunda Turma, julgamento em 27 mai. 2003, Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DJ 01 de ago. 2003. p. 142.

²⁶⁹ MARTINS-COSTA, 2004, p. 111-113.

cidadão contra os efeitos danosos, ou ilegítimos das modificações adotadas pelo Poder Público.”²⁷⁰

4.3.5.2 Decisão monocrática sobre aplicação da proteção à confiança para prover a nomeação de candidata aprovada dentro do número de vagas de concurso público

O primeiro caso é recurso extraordinário interposto pelo Estado do Amazonas em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas que reconheceu o direito subjetivo à nomeação em concurso público, em razão da candidata ter sido aprovada dentro do número de vagas para compor o Corpo de Bombeiros do Estado. Com a criação do Subcomando e Pronto Atendimento e Resgate – SUBPRAR, a Administração Pública decidiu vincular a convocação dos candidatos aprovados somente para a demanda desse órgão, quando o concurso público havia sido realizado para atender a demanda de servidores da área da saúde de todo o Corpo de Bombeiros. No edital não havia essa restrição. Em decisão monocrática, o ministro negou seguimento ao recurso extraordinário. Sobre a matéria de fato, foi salientado que o Supremo Tribunal Federal tem o entendimento que a aprovação do candidato dentro do número de vagas previsto no edital, gera um direito subjetivo à nomeação, em virtude do respeito à segurança jurídica, proteção à confiança e boa-fé.²⁷¹ Sobre isso a decisão dispôs na fundamentação a ementa do RE 598.099-RG (Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 3/10/2011, Tema 161). Eis parte da ementa utilizada para fundamentar o julgado:

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. **Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança.** Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público

²⁷⁰ MARTINS-COSTA, 2004, p. 113.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 0003866-09.2015.8.04.0000/AM, decisão monocrática, julgamento em 7 mar. 2018, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Brasília, DJe-046 12/03/2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28IZARLENE+DE+SOUZA+DA+SILVA%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y8vd22jg>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.²⁷²

A decisão reconhece o princípio da proteção à confiança na condição de aspecto da segurança jurídica. Com isso, o Supremo Tribunal Federal compreende que as expectativas legítimas criadas pela Administração Pública por meio das informações contidas em editais de concurso público devem ser garantidas pelo Estado.

4.3.5.3 Acórdão sobre a aplicação do princípio da proteção à confiança para a permanência de provimento derivado de cargo público

O segundo julgamento é um agravo interno interposto contra decisão que deu provimento ao recurso extraordinário, o qual entendeu que é cabível a permanência dos atos administrativos relacionados ao provimento derivado de cargos públicos que foram aperfeiçoados. Entretanto, esse direito é reconhecido desde que o provimento derivado seja anterior a declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal sobre essa modalidade de provimento. O agravo foi negado pela maioria da primeira turma, considerando a aplicação da segurança jurídica e da proteção à confiança, como modo de preservar as relações constituídas. Esta é parte da ementa do julgado:

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROVIMENTO DERIVADO. SUBSISTÊNCIA DO ATO ADMINISTRATIVO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. [...] 2. O princípio da segurança jurídica, em um enfoque objetivo, veda a retroação da lei, tutelando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Em sua perspectiva subjetiva, a segurança jurídica protege a confiança legítima, procurando preservar fatos pretéritos de eventuais modificações na interpretação jurídica, bem como resguardando efeitos jurídicos de atos considerados inválidos por qualquer razão. Em última análise, o princípio da confiança legítima destina-se precipuamente a proteger expectativas legitimamente criadas em indivíduos por atos estatais. [...] 4. Agravo interno a que se nega provimento. (ARE 823985 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 23/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 11-04-2018 PUBLIC 12-04-2018)²⁷³

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 0003866-09.2015.8.04.0000/AM, decisão monocrática, julgamento em 7 mar. 2018, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Brasília, DJe-046 12/03/2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28IZARLENE+DE+SOUZA+DA+SI LVA%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y8vd22jg>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 823985 AgR / MG – Minas Gerais Ag. Reg. no recurso extraordinário com agravo, Relator Ministro Roberto Barroso, julgamento em 23/03/2018, Primeiro Turma. Publicação Dje-077 12/04/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14638727>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

O texto do voto do relator, que foi acompanhado pela maioria da turma, menciona a correlação entre a boa-fé e a proteção à confiança. Esta é a parte do voto: “A aplicação do princípio da proteção da confiança, portanto, pressupõe a adoção de atos contraditórios pelo Estado que frustrem legítimas expectativas nutridas por indivíduos de boa-fé.”²⁷⁴ Essa imbricação foi apresentada noutra seção, ver 4.3.3.

No caso em apreço, o servidor passou a ocupar um cargo público em decorrência de ascensão funcional prevista em ato administrativo. Esse ato foi anterior ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade dessa forma de provimento derivado. Portanto, há uma boa-fé por parte dele, tendo em vista que ele entendia que ocupava o cargo conforme o ordenamento jurídico, de maneira válida. Nessa situação, a boa-fé permite a incidência do princípio da proteção à confiança, agindo com um pressuposto de sua aplicação.

4.4 Dever de convalidação do ato administrativo e o princípio da proteção à confiança

Conforme foi salientado, ver 4.1, Almiro do Couto e Silva aborda que são elementos formais do Estado de Direito, “a legalidade da Administração Pública e, d) a proteção da boa fé ou da confiança (Vertrauensschutz) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.”²⁷⁵

Para o autor, esses dois elementos formais do Estado de Direito em determinadas situações se mostram antinômicos. Por exemplo, um caso de colisão entre a legalidade e a proteção à confiança ocorre diante da presunção ou aparência de legalidade que possuem os atos administrativos, tendo em vista que os administrados necessitam, por vezes, serem protegidos contra a eliminação de atos administrativos ilegais pela Administração Pública, mormente quando esses atos foram responsáveis pela concessão de benefícios e vantagens ao particular, incorporados ao seu patrimônio.²⁷⁶

Portanto, umas das principais aplicações do princípio da proteção à confiança é a manutenção de atos administrativos inválidos. É necessária uma visão das construções doutrinárias em cima dessa hipóteses para abordar o escopo desse trabalho, que é o princípio da proteção à confiança diante do dever de convalidar. Desse modo, após essa apresentação,

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 823985 AgR / MG – Minas Gerais Ag. Reg. no recurso extraordinário com agravo, Relator Ministro Roberto Barroso, julgamento em 23/03/2018, Primeiro Turma. Publicação Dje-077 12/04/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14638727>>. Acesso em: 20 nov. 2018. p. 6

²⁷⁵ SILVA, 2003, p. 13.

²⁷⁶ SILVA, 2003, p. 13.

passar-se-á para a aplicabilidade do princípio diante do dever de convalidação, retomando a argumentação constante na seção 2 e seção 3.

4.4.1 Manutenção dos atos administrativos inválidos pela aplicação do princípio da proteção à confiança

No campo das invalidades, por vezes colidem a preponderância do princípio da legalidade com a segurança jurídica, principalmente diante da ampliação da esfera de direitos subjetivos dos administrados. Com inserção do princípio da proteção à confiança, em suas vertentes, ora de atribuição de deveres, ora de limitador de condutas da Administração Pública, nota-se que, quando presentes os requisitos para a sua aplicação, no objetivo de tutelar os destinatários da atuação da vontade estatal diante da expectativa da confiança, há a criação de uma obrigatoriedade para o Poder Público de manutenção de atos administrativos inválidos, com a preservação do ato e/ou de seus efeitos.

A integração entre esses princípios, além da boa-fé, são resultado de um estado de coisas, no qual a constitucionalização do Direito Administrativo deu lugar ao princípio da juridicidade administrativa. Na seara das invalidades dos atos administrativos, a autotutela vai se condicionar ao primado do direitos fundamentais do indivíduo em face das prerrogativas de anulação do Estado. Quanto a isso, José Sérgio da Silva Cristóvam assinala que:

Os princípios de defesa dos interesses dos cidadãos, como a segurança jurídica, proteção da confiança legítima e a boa-fé, assumem tonalidades de concretização muito mais decisivas nas situações de conflitos de interesses, porquanto representam vetores de densificação do princípio da dignidade da pessoa humana.²⁷⁷

Nesse sentido, Almiro do Couto e Silva ressalta que umas das temáticas relevantes que o princípio da proteção à confiança insere no âmbito do Direito Administrativo, no campo das invalidades é: “a) manutenção no mundo jurídico de atos administrativos inválidos por ilegais ou inconstitucionais (p. ex. licenças, autorizações, subvenções, atos pertinentes a servidores públicos, tais como vencimento e proventos, ou de seus dependentes, p. ex. pensões, etc.)”²⁷⁸

Desse ponto decorre uma das hipóteses iniciais de aplicação do princípio da proteção à confiança no âmbito do direito brasileiro. Rafael Carvalho Rezende de Oliveira assinala que inicialmente o princípio da proteção à confiança foi voltado para a disciplina do exercício do poder de autotutela pela Administração Pública. Segundo ele, quando for caso de

²⁷⁷ CRISTÓVAM, 2004, p. 336.

²⁷⁸ SILVA, 2004, p. 277.

anulação, decorre um um conflito de interesses entre o princípio da legalidade e o princípio da proteção à confiança. Nesse sentido, considerando que os atos administrativos fruem da prerrogativa de presunção de legitimidade, assim como de presunção de legalidade, a confiança legítima que os administrados possuem na regularidade da função administrativa demanda que o uso do poder de autotutela seja minorado, para fins de se garantir a segurança jurídica.²⁷⁹

Em idêntico sentido sobre a temática, Almiro do Couto e Silva aborda a manutenção dos atos administrativos inválidos no direito brasileiro, tendo como base a colisão dos princípios da legalidade e da segurança jurídica. Sua conclusão é de que para prestigiar a segurança jurídica os atos administrativos inválidos realizados pela Administração Pública, que constituíram situações estáveis, considerando o transcurso do tempo e a boa-fé dos destinatários do ato e particulares, “convalidam, convalescem ou sanam.”²⁸⁰

Para ele haverá um dever de não anular o ato administrativo inválido pelo agente público, quando o interesse público denotar uma prevalência da segurança jurídica em detrimento da legalidade. A sanatória do ato inválido ocorrerá pela existência concomitante da boa-fé dos administrados, em conjunto com a tolerância da Administração Pública e a decorrência do tempo. Os interessados na correção do ato inválido são beneficiados pela sanatória, uma vez que dele decorreram benefícios e vantagens, motivo pelo qual não será possível a anulação, já que não existe um dos pressupostos da invalidade, nem a revogação, dada a geração de direitos subjetivos.²⁸¹

Nessa conclusão sobre a aplicação do princípio da proteção à confiança nessas hipóteses, Judith Martins-Costa ressalta que, para a dogmática jurídica, defluem da expressão princípio da confiança duas concepções de direitos e deveres para a Administração Pública. Esse princípio serve como uma “fonte produtora de deveres jurídicos e o limite para direitos e deveres formativos, tendo em vista a satisfação das legítimas expectativas criadas, no alter, pela própria conduta.”²⁸² Desse modo, há tanto deveres quanto direitos e deveres formativos que geram duas posições jurídicas pela proteção da confiança na função administrativa. Os deveres decorrem da “valorização dos pressupostos éticos na ação administrativa, considerando-se a confiança, de um lado, condição sine qua non das ações e das relações que cabe ao Estado dirigir ou coordenar”²⁸³, ao passo que os direitos e deveres formativos relacionam-se na “sua

²⁷⁹ OLIVEIRA, 2010, p. 92.

²⁸⁰ SILVA, 2004, p. 32.

²⁸¹ SILVA, 2004, p. 32-33.

²⁸² MARTINS-COSTA, 2002, p. 233.

²⁸³ MARTINS-COSTA, 2002, p. 233.

concreta feição, pois a confiança não é pensável in abstracto, longe das particulares ações e situações.”²⁸⁴

Desses direitos e deveres formativos/potestativos, Judith Martins-Costa aponta que aplicação do princípio da proteção à confiança nas relações jurídico-administrativas faz surgir o dever para o Poder Público de atuar conformes as disposições da boa-fé objetiva, principalmente no tocante ao dever de não invalidar atos ilegais. A autora compreende que o respeito à confiança impõe limitações à execução dos poderes da Administração Pública:

Considera-se que, quando órgãos ou autoridades públicas provocam, com suas declarações no mundo jurídico, o nascimento de legítimas expectativas, devem essas ser tuteladas, ocorrendo mesmo, por vezes, o dever de não-revogar ou revisar atos ilícitos, porém inoportunos, ou mesmo o dever de não invalidar atos ilegais, se já consolidadas pelo tempo certas situações, tendo-se, então, por sanada a invalidade originária. Trata-se aí da eficácia negativa do princípio da confiança, impondo à Administração deveres de não-fazer.²⁸⁵

Igualmente, numa compreensão do princípio da proteção à confiança, Rafael da Cás Maffini expõe a sua operatividade dentro do ordenamento jurídico, com base na exibição dos instrumentos jurídicos que norteiam a sua aplicação como princípio e concretização. Conforme foi assinalado, ver 4.2.4, o autor vislumbra um tríptico aspecto sob o qual pode ser compreendido o princípio da proteção á confiança. Adota-se para esta seção o ângulo da proteção substancial da confiança, a qual “consiste na preservação de condutas estatais e de seus efeitos, em decorrência de legítimas expectativas depositadas por terceiros em atos ou condutas estatais, com fundamento numa base de confiança.”²⁸⁶

Para Rafael da Cás Maffini a concretização do princípio da proteção substancial da confiança se biparte em duas eficácias no momento de sua concretização nos casos práticos, de uma lado uma eficácia negativa e de outro uma eficácia positiva. Em sua explanação sobre essas duas eficácias, o autor expõe o seguinte:

numa perspectiva de eficácia negativa, a proteção da confiança se presta a assegurar a estabilização das relações jurídicas emergentes de atos ou procedimentos da Administração Pública, mesmo que perpetrados de modo contrário à ordem jurídica, para fins de preservação de tais atos ou de seus efeitos;²⁸⁷

²⁸⁴ MARTINS-COSTA, 2002, p. 233.

²⁸⁵ MARTINS-COSTA, 2002, p. 237.

²⁸⁶ MAFFINI, 2017, p. 20-21.

²⁸⁷ MAFFINI, 2017, p. 21.

No outro sentido, há a seguintes explicação:

numa outra perspectiva, de natureza positiva, a proteção substancial da confiança há de conferir deveres de colaboração e cooperação endereçados à Administração, justamente orientados à preservação de condutas administrativas indutoras de expectativas legítimas depositadas pelos destinatários da função administrativa²⁸⁸

Sintetizando o pensamento, o autor ainda conclui que “a proteção da confiança ora se manifesta através de obrigações de não-fazer (eficácia negativa), ora através de obrigações de fazer (eficácia positiva), atribuídas à Administração Pública.”²⁸⁹

Sobre esses pontos, a proteção substancial da confiança e os seus efeitos são manifestados em institutos jurídicos no ordenamento jurídico. São opções legais pela preferência da segurança jurídica, como forma de proteger a frustração de expectativas legítimas.

4.4.2 O princípio da proteção à confiança nos institutos jurídicos e construções doutrinárias

O objetivo dessa seção não é a exposição minuciosa de cada caso em que o princípio da proteção à confiança é concretizado, senão uma base que servirá de fundamento para a seção seguinte sobre o dever ou não de convalidar diante da proteção à confiança. Uma visão integral do ordenamento jurídico fornece subsídios para a interpretação sistêmica e teleológica da questão.

Em suma, são institutos e construções doutrinárias que haurem seu fundamento no princípio da proteção à confiança, no tocante a manutenção de atos administrativos inválidos ou de seus efeitos: decadência, eficácia ex nunc da anulação de condutas administrativas a terceiros e destinatários de boa-fé, modulação temporal in futurum dos efeitos da anulação de condutas administrativas.

O instituto jurídico da decadência encontra previsão no art. 54 da Lei do Processo Administrativo Federal: “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.”²⁹⁰

²⁸⁸ MAFFINI, 2017, p. 21.

²⁸⁹ MAFFINI, 2017, p. 21.

²⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 12 nov. 2018.

Almiro do Couto e Silva entende que a previsão da decadência da invalidação dos atos administrativos inválidos constitui o reconhecimento e atendimento do princípio da proteção à confiança, tendo em vista que ele causa a conservação do ato administrativo com todos os efeitos que dele decorreram, assim como de seus efeitos futuros, contanto que haja boa-fé por parte do destinatário do ato.²⁹¹

Consoante foi apresentado, ver 4.2.4, um dos requisitos para a aplicação do princípio da proteção à confiança é a existência da base da confiança. No que tange a decadência administrativa, Rafael da Cás Maffini aponta que o atributo da presunção de legitimidade e veracidade de que dispõem os atos administrativos é o elemento que funda a criação de expectativas legítimas nos destinatários da manifestação de vontade da Administração Pública. É próprio do regime-jurídico administrativo que a atuação estatal seja conforme a ordem jurídica, moldando, conseqüentemente, em dado sentido as legítimas expectativas dos administrados. Como disso decorre uma relação de confiança, há uma base de confiança no âmbito da decadência administrativa.²⁹²

Os princípios apresentam características específicas de aplicação, considerando o caso em concreto. Almiro do Couto e Silva, com base na teoria de princípios e regras de Robert Alexy, explica esta noção:

Os princípios meramente indicam caminhos para soluções ou decisões que só serão tomadas após processo de ponderação com outros princípios. Todos eles são comparados e sopesados a fim de que se apure com que “peso” ou em que “medida” deverão ser aplicados ao caso concreto, por vezes se verificando, ao final desse processo, que só um deles é pertinente à situação em exame, devendo afastar-se o outro ou os outros, sem que haja, assim, revogação de um princípio por outro.²⁹³

José Sérgio da Silva Cristóvam, cita Robert Alexy, e ensina:

Os princípios, normas impositivas de otimização, podem ser realizados ou concretizados em diferentes graus, variando segundo condições fáticas e jurídicas. O mesmo princípio pode apresentar variadas dimensões de aplicação na resolução de problemas práticos. O valor conferido a determinado princípio, em uma dada situação, poderá ser diverso em outra, podendo até, por vezes, ter sua aplicação afastada. Já as regras, normas que prescrevem uma dada situação ou impõem um determinado comportamento, quando válidas, devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições.²⁹⁴

²⁹¹ SILVA, 2004, p. 272-290.

²⁹² MAFFINI, 2017, p. 26-28.

²⁹³ SILVA, 2004, p. 289.

²⁹⁴ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais**. Revista Jus Navigandi, ISSN, 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3366, 18. set. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22634>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

Considerando essa característica que se apresenta a aplicação dos princípios, Rafael da Cás Maffini salienta que deriva do princípio da proteção à confiança o instituto somente permitir a manutenção dos atos inválidos desde que sejam atos ampliativos da esfera de direitos subjetivos, ou seja, que beneficiem os administrados, assim como exigir a existência de boa-fé.²⁹⁵

Além da decadência, há outras situações jurídicas que possibilitam a proteção da confiança. Rafael da Cás Maffini aponta o caso de proteção dos efeitos produzidos dos atos administrativos inválidos, sendo que esse entendimento é principalmente colhido da jurisprudência e da doutrina. Não se trata da preservação do ato inválido em si, senão de seus efeitos, tendo em vista que a invalidação do ato ainda acontece. Ocorre que nesse caso, em virtude da aplicação do princípio da proteção à confiança se torna necessário resguardar os efeitos produzidos que beneficiem tanto os terceiros quanto os destinatários que estejam de boa-fé. O autor apresenta essa possibilidade diante da proteção à confiança e ainda acrescenta que a invalidação possuirá efeitos ex nunc, sem a retroação.²⁹⁶

4.4.3 Obrigatoriedade ou faculdade discricionária de convalidar: uma visão sobre a proteção à confiança

Existe outra situação que pode ensejar a aplicação do princípio da proteção à confiança para permitir a manutenção dos atos administrativos inválidos. Trata-se da obrigatoriedade de convalidação do ato administrativo. Nessa hipótese, a convalidação será considerada um ato de natureza vinculada para a Administração Pública, a qual não poderá furtar-se ao dever de convalidar, desde que existam os requisitos para a incidência do instituto. O trabalho demonstrou o posicionamento doutrinário que confirma a existência de um dever de convalidar, ver 3.3. Cabe ainda apresentar as razões pelas quais o princípio da proteção à confiança pode ou não embasar a opção por esse entendimento. Diante desse quadro, acerca da faculdade discricionária ou a obrigatoriedade de convalidar, convém rever a argumentação que embasa os fundamentos do instituto.

De início, cabe assinalar que Celso Antônio Bandeira de Mello entende a estabilidade das relações constituídas como um dos objetivos do Direito, na qual há o intuito de preservar a ordem, por meio da pacificação dos vínculos sociais. No campo do Direito Administrativo essa necessidade é importantíssima, tendo em vista que os atos administrativos

²⁹⁵ MAFFINI, 2017, p. 28-29.

²⁹⁶ MAFFINI, 2004, p. 174-177.

são direcionados para um maior número de sujeitos, abrangendo uma parte maior da convivência social, e, conseqüentemente, influenciando em larga escala a estabilidade e ordem jurídica.²⁹⁷ Nesse entendimento, o autor assinala que a convalidação é um instituto excelente para a estabilidade das relações sociais:

Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida.²⁹⁸

Decorre dessa percepção de Celso Antonio Bandeira de Mello, sobre como a convalidação de um lado privilegia o princípio da legalidade, quanto de outro favorece a estabilidade das relações jurídicas, que Weida Zancaner elaborou a tese - que foi alvo de discussão noutra seção, ver 3.3 - na qual se defendeu a ideia da existência do dever de convalidar por parte da Administração Pública, desde que ela se mostre possível. Acompanham-na Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, assim como Juarez Freitas. Em suma, são os seguintes argumentos que secundam a opinião: a) a atribuição de discricionariedade decorre de lei e não existe norma legal que conceda opção discricionária para convalidar; logo, em sentido contrário, há um dever de convalidar; b) o art. 55 da Lei do Processo Administrativo Federal não concede uma faculdade discricionária de convalidar para a Administração Pública, mas um poder-dever, ou seja, uma possibilidade; c) a convalidação é instituto jurídico com respaldo do princípio da legalidade, pois promove a restauração da ordem jurídica, assim como do princípio da segurança jurídica; d) atende ao interesse público; e) respeita a boa-fé dos administrados.

Dentre os argumentos doutrinários supramencionados, que legitimam a ideia de obrigatoriedade da convalidação, não há a menção expressa da proteção à confiança, muito embora ela seja intrínseca aos fundamentos apresentados, motivo pelo qual o dever de convalidar é uma hipótese apta a ensejar a aplicação do princípio da proteção à confiança. Conforme foi asseverado noutra seção, ver 4.2.2, a proteção à confiança é um princípio jurídico reconhecido no âmbito do regime jurídico-administrativo; possuindo, portanto, força normativa em todos os casos que envolvem o exercício da função administrativa pela Administração Pública.

No contexto da função administrativa, a situação jurídica em análise que se

²⁹⁷ MELLO, 2013, p. 481.

²⁹⁸ MELLO, 2013, p. 481.

apresenta é: a edição de um ato administrativo com defeito sanável pela Administração Pública, que não lesione o interesse público, não gere prejuízo à terceiros e no qual o destinatário do ato esteja de boa-fé. Nessas condições é que a doutrina, interpretando o art. 55 da Lei do Processo Administrativo Federal, autoriza a convalidação. Assim, considerando o vício sanável, por imposição do princípio da legalidade, o Poder Público não pode permitir a permanência de atos ilegais. Como há o dever de restauração da legalidade, a solução cabível, em tese, é a aplicação do instituto da convalidação, desde que, conforme foi afirmado, a correção do vício não gere prejuízos a terceiros ou lesão ao interesse público. Há também a possibilidade de anulação do ato, entretanto, como os efeitos desse ato administrativo maculado alcançam o destinatário do ato, como também, alternativamente ou concomitantemente, terceiros de boa-fé, de modo a ampliar a sua esfera de direitos subjetivos, a convalidação torna-se obrigatório pela força normativa do princípio da proteção à confiança, tendo em vista a formação de uma base de confiança.

Com efeito, conforme afirma Valter Schuenquener de Araújo, ver 4.2.4, a base da confiança decorre de uma manifestação de vontade do Estado, consubstanciada num comportamento, ato normativo ou omissão, que gere uma expectativa legítima no cidadão.²⁹⁹ Acerca disso, todo ato administrativo requer obrigatoriamente a presença do elemento objeto/conteúdo. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o conteúdo é “aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. É, em suma, a própria medida que produz alteração na ordem jurídica.”³⁰⁰ Também, José dos Santos Carvalho Filho esclarece que o elemento objeto “é a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a processar.”³⁰¹ Portanto, como é próprio do ato administrativo modificar situações jurídicas, conseqüentemente haverá a formação de uma expectativa legítima do administrado a respeito da ação administrativa em dado sentido, logo, é criada uma base de confiança. O fato de se tratar de um ato com vício sanável não imiscui o argumento, porque essa modificação na ordem jurídica é chancelado pelo atributo da presunção de legitimidade e veracidade que possuem os atos administrativos.³⁰² Com isso o dever de convalidar prevalece sobre o dever de anulação, tendo em vista que a permanência do ato e de seus efeitos protege uma frustração dessa base da confiança.

E não é só a presença da base da confiança que ocorre diante da existência de um

²⁹⁹ ARAÚJO, 2016, p. 83.

³⁰⁰ ARAÚJO, 2016, p. 397.

³⁰¹ CARVALHO FILHO, 2015, p. 110.

³⁰² MAFFINI, 2017, p. 26.

vício sanável. Os demais requisitos de incidência do princípio (base da confiança, existência da confiança no plano subjetivo, exercício da confiança por meio de atos concretos e exercício estatal que frustre a confiança), que foram elencados por Valter Schuenquener de Araújo,³⁰³ são favoráveis a tese de obrigatoriedade da convalidação pela proteção à confiança. Com relação à existência da confiança no plano subjetivo, na qual o indivíduo confiou na permanência do ato estatal e em razão disso teve a lesão aos seus direitos pela frustração de uma expectativa legítima, por esse critério a proteção à confiança impõe a convalidação, porque a anulação acarretaria a frustração dessa confiança depositada na continuidade do ato administrativo. Relativamente ao terceiro ponto, o exercício da confiança por meio de atos concretos, que significa realização de atos concretos pelo administrado em virtude da base de confiança, ou, no caso, do ato administrativo ilegal. A tutela da proteção à confiança recai justamente nesses atos que foram perpetrados, uma vez que eles denotam o investimento que o particular teve diante da ação administrativa e comprovam a sua confiança.

O último quesito de preenchimento para incidência do princípio, o exercício estatal que frustre a confiança, é o arremate para a questão. Sobre ele Valter Schuenquener de Araújo disserta o seguinte:

existe a necessidade de ocorrência de um comportamento estatal desviante daquele primeiro que fez surgir uma expectativa legítima. Além do ato ou omissão inicial que serve de base da confiança, é preciso que exista um outro em sentido contrário. É na divergência entre duas, ou mais, manifestações volitivas que uma expectativa poderá ser frustrada.³⁰⁴

No caso em estudo, o ato inválido representa a medida inicial. Em relação a essa necessidade de presença de comportamentos contraditórios da Administração Pública entre dois atos, no qual o subsequente contrarie o ato inicial, o ato seguinte somente lhe seria divergente no caso de um ato de anulação desse ato inválido. Todavia, se o segundo ato for a convalidação da invalidade, não há uma frustração de expectativa legítima, já que o instituto significa a produção de um novo ato pelo qual é “suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado.”³⁰⁵ Nesse caso, como o propósito é o respeito ao princípio da proteção à confiança, a convalidação configura a alternativa na qual é prevenido o exercício estatal que frustre a confiança.

Além desses quatro requisitos, o ato inválido deve resultar nalguma ampliação da esfera de direito subjetivos dos sujeitos, caso contrário não haverá a tutela da confiança. Nessa

³⁰³ ARAÚJO, 2016, p. 83-104.

³⁰⁴ ARAÚJO, 2016, p. 103.

³⁰⁵ DI PIETRO, 2014, p. 258.

perspectiva, também o dever de convalidação trabalha para a proteção da esfera de direitos subjetivos dos administrados, nos casos de atos inválidos ampliativos dessa esfera de direitos que venham a ser eliminados no exercício da autotutela da Administração Pública.

Consoante foi afirmado em outras seções, ver 4.3.1 e 4.3.2, um dos principais centros de concretização do princípio da proteção à confiança foi a manutenção dos atos administrativos inválidos e/ou de seus efeitos, que inclusive motivou as primeiras decisões judiciais sobre a necessidade de proteção da confiança, ver 4.2.1. Desse objetivo de manutenção dos atos inválidos decorreu a inserção no direito brasileiro da decadência administrativa, como forma de prestigiar a proteção à confiança. Numa interpretação lógico-sistêmica do regramento da decadência e da convalidação, observa-se a semelhança entre os dois institutos, razão pela qual as mesmas justificativas de concretização do princípio da proteção à confiança na decadência administrativa, são aproveitáveis para a convalidação, e para a sua obrigatoriedade de aplicação.

Rafael da Cás Maffini apresenta a possibilidade sobre um princípio jurídico se manifestar de muitas maneiras no interior de um ordenamento jurídico:

De outro lado, serve para que se tenha em mente que a indicação de certos consectários de um princípio jurídico nunca poderá ser considerada exauriente, eis que a sua dimensão finalística não permite, ainda que em exercício de extrema criatividade ou aptidão prognóstica, que se cogite de um esgotamento de tudo o quanto se pode extrair de determinado princípios.³⁰⁶

Ora, diante dessa noção, o legislador previu a convalidação e a decadência no mesmo capítulo XIV (Da anulação, revogação e convalidação) da Lei do Processo Administrativo Federal, ambos como expressão da segurança jurídica e da proteção à confiança. A decadência afasta o próprio direito subjetivo de anulação da Administração Pública, como maneira de preservar a boa-fé, a confiança legítima e a segurança jurídica, em razão dos efeitos favoráveis criados para o administrado, sendo que essa providência é cabível nos atos nulos e nos anuláveis. Por sua vez, a convalidação é voltada somente para os atos anuláveis, ou seja, é uma ação que visa atos com menor gravidade. No primeiro caso, há uma obrigatoriedade de manutenção do ato inválido e de seus efeitos, mesmo em atos nulos, após o transcurso de cinco anos. Considerando a regra hermenêutica *a maiori, ad minus* (o que é válido para o mais, também é aproveitável para o mínimo), quando for caso de convalidação, que abrange os atos anuláveis, os quais são de menor gravidade que os nulos, também haveria uma obrigatoriedade de manutenção do ato inválido e de seus efeitos. Se por um lado a proteção à confiança incidiu

³⁰⁶ MAFFINI, 2017, p. 20.

para a obrigatoriedade da manutenção dos atos inválidos, em outro não é possível que ela não permite a mesma manutenção. Do conjunto normativo é observado uma preferência legal pela preservação da estabilidade de situações jurídicas favoráveis ao destinatário do ato. Assim, repise-se: a proteção à confiança torna a convalidação uma obrigatoriedade.

Incide no caso a interpretação sistemática, apresentada por Tércio Sampaio Ferraz Junior: “quando se enfrentam as questões de compatibilidade num todo estrutural, falemos em interpretação sistemática (*stricto sensu*). A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento.”³⁰⁷ O mesmo sentido está na doutrina de Miguel Reale, como interpretação lógico-sistemática:

“Cada artigo de lei situa-se num capítulo ou num título e seu valor depende de sua colocação sistemática. [...] Esse trabalho de compreensão de um preceito, em sua correlação com todos os que com ele se articulam logicamente, denomina-se interpretação lógico-sistemática.”³⁰⁸

Também, o raciocínio apresentado tem como base a noção finalística que um princípio imprime no ordenamento jurídico, o que permite outras soluções jurídicas diante de um caso, a exemplo do argumento jurídico ventilado, sobre a obrigatoriedade da convalidação. Reafirma-se que a finalidade da proteção à confiança é, conforme afirma Rafael da Cás Maffini, “à obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos.”³⁰⁹ Essa finalidade é observável por meio da convalidação, dado a permanência que ela confere ao ato inválido.

Ainda sobre a pesquisa em foco, o único autor pesquisado que vinculou estritamente e expressamente o dever de convalidar ao princípio da proteção foi Juarez Freitas. Para ele o princípio da proteção à confiança merece uma posição de relevância no âmbito da Administração Pública, dado que se mostra fundamental a confiança diante das instituições públicas. Sob esse ponto de vista o autor assinala que o princípio da proteção à confiança é determinante para os casos de invalidade dos atos administrativos, no tocante à limitação anulatória dos atos com vícios de origem. Para ele, considerando o princípio, surge para a Administração Pública o dever de convalidação, mas se mostra necessário igualmente a ponderação com outros princípios a fim de se aferir a melhor opção que atenda o interesse

³⁰⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 288.

³⁰⁸ REALE, 2002, p. 279.

³⁰⁹ MAFFINI, 2005, p. 48-49.

público, quando há um tempo transcorrido extenso.³¹⁰ Na orientação oriunda do princípio da proteção à confiança ele aponta a obrigatoriedade da convalidação:

Às vezes, impõe-se, em obséquio ao princípio em tela, sanar, consolidar ou convalidar (ordinariamente, nos termos do art. 55 da Lei de Processo Administrativo, ou extraordinariamente, com a aplicação da teoria do fato consumado pelo Poder Judiciário) os atos inquinados de vícios formais, no justo resguardo do sistema, desde que ausente prejuízo a terceiros e desde que se cristalizem situações marcadas por nota de excepcionalidade.³¹¹

Na doutrina de Juarez Freitas o dever de convalidação é plenamente apontado como uma situação obrigatória, tanto que pode ser excepcionalmente perpetrada pelo Poder Judiciário. Em regra, a anulação é dotada de efeitos retroativos. Contudo, pela aplicação do princípio da boa-fé, o princípio da segurança jurídica e a relativização da legalidade, essa anulação imperativa pode sofrer restrições. Os efeitos de anulação com efeitos retroativos podem ser minorados para proteger a órbita de direitos dos administrados de boa-fé, e na circunstância de se ter uma invalidade originária de vícios sanáveis, além da presença dos requisitos do art. 55 da Lei do Processo Administrativo Federal, surge para a Administração Pública o dever de convalidar o ato administrativo em benefício do particular.³¹²

A argumentação acima apresentada pelo autor aborda a confluência dos princípios jurídicos na resolução de casos envolvendo a anulação de atos ilegítimos. A despeito da ausência da citação da confiança legítima, ela é facilmente despreendida do conjunto principiológico, tendo em vista que conforme foi exposto no decorrer deste trabalho, a proteção à confiança atua concomitantemente com a segurança jurídica e a boa-fé, tanto que noutro ponto Juarez Freitas assevera que “inexistem atos administrativos que possam ser alheios à rede de princípio e direitos fundamentais (não há álea consentida para tal fim)”³¹³

Em suma, para Juarez Freitas a disciplina jurídica da convalidação, numa avaliação tópico-sistemática com outros dispositivos legais e dos princípios constitucionais, determinam que o instituto possua uma força cogente, quanto estiverem presentes seus requisitos de aplicação, quais sejam, a ausência de lesão ao interesse público e de particulares e que sejam ato irregulares ou com defeitos sanáveis. Também, sobre a proteção à confiança, o autor admite que o princípio seja prestigiado por meio da convalidação, de maneira judicial

³¹⁰ FREITAS, 2009, p. 96-97.

³¹¹ FREITAS, 2009, p. 97.

³¹² FREITAS, 2009, p. 384.

³¹³ FREITAS, 2009, p. 385.

preferencialmente, em atos com “vício original de inconstitucionalidade, sempre com um devido sopesamento que justifique, em caráter extraordinário, a ação saneadora do tempo.”³¹⁴

No fechamento desta seção, importa concluir que o dever de convalidação é afim com umas das principais decorrências do princípio da proteção à confiança: a manutenção dos atos administrativos inválidos como uma maneira de proteger os direitos subjetivos dos administrados, que foram oriundos da criação de expectativas legítimas pelos atos estatais. Conforme foi ponderado, a convalidação por si só pressupõe um dever para a Administração, pela incidência de uma gama de princípios jurídicos (legalidade, boa-fé e segurança jurídica). A proteção à confiança vem senão referendar e dar força vinculante ao dever convalidatório. Também, porque esse princípio apresenta outras nuances consideráveis na relação jurídica entre o administrado e a Administração Pública.

É que com a constitucionalização do Direito Administrativo o respeito aos direitos fundamentais do administrado são erigidos em condições de legitimidade da função administrativa, em virtude da juridicidade administrativa (ver 4.1.1). No ensino de José Sérgio da Silva Cristóvam esse princípio possibilita a instauração de um novo paradigma no regime jurídico-administrativo, com a superação da defasada supremacia do interesse público, em detrimento dos direitos do cidadão. Decorre daí a inclusão de um argumento negativo sobre a existência da discricionariedade de convalidar, tendo em vista que a ação estatal, em verdade, está totalmente vinculada em maior ou menor grau à Constituição (ver 3.1.3, final).³¹⁵ Essa vinculação portanto obedecerá às disposições normativas extraídas do texto constitucional, as quais, como foram apresentada neste trabalho, foram no sentido de manutenção dos atos inválidos, quando diante da formação de direitos subjetivos do administrativo. Portanto, o princípio da proteção à confiança plenamente atende à noção de supressão da discricionariedade ou faculdade de convalidar, porque estando a função administrativa senão vinculada as normas constitucionais, o trabalho demonstrou a dimensão normativa do princípio para esse caso, na medida em que decorre do valor constitucional da segurança jurídica, impondo daí o dever da convalidação.

³¹⁴ FREITAS, 2009, p. 430.

³¹⁵ CRISTÓVAM, 2014, p. 95.

5 CONCLUSÃO

Em termos simples, o Estado de Direito é aquele em que todos os cidadãos encontram-se submetidos às leis, inclusive o próprio poder estatal, no desempenho de suas funções legislativa, administrativa e jurisdicional. A formação dessa forma de organização social remonta à ruptura do domínio absolutista exercido pelos monarcas, que acumulavam em si o predomínio político diante de toda a nação. Como decorrência desse cenário histórico, a legalidade representou uma maneira de proteger o indivíduo contra o próprio Estado, na medida em que foi possível a criação de um controle, já que a sua atuação estaria pautada em normas objetivas e impessoais. Desse modo, foi erigido em postulado primeiro para a controle das atividades da Administração Pública, o princípio da legalidade, que determina os limites da execução da função administrativa. Todavia, em nome da promoção exacerbada desse princípio, certas situações jurídicas passaram a carecer de legitimidade, em razão da violação de direitos subjetivos do cidadão.

Essas situações jurídicas são provenientes da lógica constante na própria regulação da atuação estatal. A maneira concebida para conferir juridicidade à função administrativa, submetendo-a à legalidade, foi a concepção de um instituto jurídico: o ato administrativo. Em suma, ele representa a declaração do Estado e possui como objetivo dar cumprimento às disposições legais. Como maneira de conformar esse instituto ao ordenamento jurídico, sua constituição exige a observância de padrões estritos de validade, todos disciplinados em lei. Quando o ato foge a essa regra e se torna ilegal, há um dever de restauração dessa legalidade violada, por meio do poder de autotutela administrativa. Todavia, entendeu-se que essa recomposição do ordenamento jurídico era uma necessidade premente, a ponto de em certas situações a eliminação da invalidade ocasionar prejuízos ao cidadão. Uma anulação irrefreada dos atos administrativos não é aconselhável, tendo em vista que os efeitos do ato administrativo criam direitos subjetivo para os destinatários, que por vezes passam a ter interesse legítimo da permanência do ato e/ou de seus efeitos, com a proteção das relações jurídicas que se sucederam à ação administrativa. Considerando essa realidade, a legalidade passou a ser sopesada em conjunto com o princípio da segurança jurídica, como maneira de atribuir legitimidade à atuação da Administração Pública.

Dentro do Estado de Direito, ao lado da legalidade, a segurança jurídicas funciona como alicerce substancial, e simboliza a atribuição de valor jurídico a necessidade de estabilidade que permeia o espírito do ser humano. Como o Estado e o Direitos são manifestações culturais da condição humana, por meio da segurança jurídica se torna possível

que essas estruturas sociais sejam dotadas de noções que prestigiam a previsibilidade, estabilidade e confiança.

Dentro do Direito, no regramento referente ao Direito Administrativo, a segurança jurídica fundamenta e serve de norte para um conjunto de institutos jurídicos. Em especial, sua aplicação nas questões sobre as invalidades do ato administrativo vão confrontar a legalidade, que, em tese, impõe a eliminação de toda contrariedade ao ordenamento jurídico, com o intuito de mantê-lo íntegro e organizado. Nesse espaço é observado que a segurança jurídica, no seu caráter de estabilidade, vai embasar a convalidação, a qual significa uma possibilidade equilibrada de restauração da legalidade ferida, porquanto permite que o ato defeituoso e os seus efeitos tenham sua eficácia reconhecida com efeitos retroativos, desde a origem do ato inválido, além da respectiva supressão da invalidade. Além disso, a convalidação protege o administrado quando a invalidade repercute efeitos benéficos na esfera de direitos subjetivos dos destinatários do ato e terceiros de boa-fé, e também serve tornar a administração eficiente, que dispenderia ainda mais com a eliminação e refazimento posterior do ato. É que a convalidação visa senão atos com vícios sanáveis e irregulares, que são considerados de menor gravidade na escala de ilegalidades e não impactam significativamente o ordenamento jurídico.

Acerca da convalidação, foi demonstrado que sua aplicação é cogente para a Administração Pública, vinculando o agente público a executá-la, desde que os seus requisitos estejam preenchidos. A base que fundamenta esse posicionamento é a conjuntura principiológica que a erige. Harmonizam-se, nessa proposta conciliadora, tanto dos interesses da Administração Pública, quanto do destinatário do ato, os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Sobre esse aspecto, cabe ressaltar que o conteúdo jurídico decorrente da segurança jurídica é amplo, mas tem matizes já delimitados por construções doutrinárias e jurisprudências, em virtude da interpretação dos dispositivos legais. Uma dessas decorrências é o aspecto subjetivo do princípio da segurança jurídica, que é relacionado com a proteção das expectativas legítimas dos cidadãos criadas pelo Estado com a sua atuação e comportamento. Para essa tutela jurídica, foi necessária uma disciplina jurídica própria, por meio do princípio da proteção à confiança, que tem o intento de proteger da base de confiança proveniente dessas expectativas legítimas, e de conferir respostas e mecanismos normativas nas circunstâncias de sua aplicação.

Justamente um dos pontos abraçados pela proteção à confiança foi a manutenção dos atos administrativos inválidos, e no que toca a isso, a disciplina jurídica da convalidação. Por esse aspecto, o princípio, em comunhão com o instituto, por força de seu conteúdo

normativo e axiológico, determinam a obrigatoriedade convalidatória, como maneira de prestigiar a confiança dos administrados quando beneficiador por atos administrativos inválidos com irregularidades ou vícios sanáveis. É que o princípio já é consolidado no interior do ordenamento jurídico brasileiro com decisões jurisprudenciais orientando a sua aplicação. Em razão dessa circunstância, não há espaço que permita ao agente público optar ou não optar, entre a conveniência e oportunidade da convalidação, pois o regime jurídico-administrativo constitucionalizado impõe a força normativa dos princípios constitucionais para todas normas, institutos e categorias jurídicas. É, em suma, a juridicidade administrativa que confere legitimidade ao Estado, porquanto não cabe mais exclusivamente a lei ditar a regularidade do desempenho da função administrativa, mas o Direito como um todo, nos seus princípios e regras, extraídos da Constituição.

Quanto a obrigatoriedade da convalidação, a aplicação da juridicidade administrativa determina ainda a frustração de concessão de qualquer discricionariedade ao administrador público. A própria teoria da discricionariedade é permutada para a ideia de que a função administrativa encontra-se totalmente vinculada ao texto constitucional, apenas se alterando em graduações variadas, de modo que diante de um direito fundamental, não há livre eleição por adotar tal ou qual medida, pois o interesse público é a satisfação desses direitos. Acerca desse ponto, sobram razões em prol do dever de convalidação. A legalidade, a segurança jurídica, a proteção à confiança e boa-fé são todos depreendidos da Constituição e dela tiram seu valor normativo e axiológico.

Além desse argumento, a doutrina pondera que uma opção discricionária decorre apenas de lei, e é em seu conjunto que o agente público irá encontrar os limites de sua ação. Em lei a convalidação está prevista no art. 55 da Lei do Processo Administrativo Federal, mediante a previsão do poder de convalidar, desde que dessa decisão não haja lesão ao interesse público, nem prejuízo a terceiros. Sobre a redação do artigo foi esclarecido que o emprego do verbo “poderão” não remete a uma faculdade discricionária, mas a um poder-dever que cabe à Administração Pública cumprir.

Como foi inicialmente assinalado, o fundamento que concebeu o princípio da legalidade é a proteção do indivíduo diante do Estado. Tudo quanto foi explanado aqui tratou desse idêntico propósito, sendo esse, portanto, a conclusão do trabalho. As discussões sobre convalidar ou não convalidar, são discussões sobre a proteção ou não proteção. Inicialmente, o instituto foi constituído para tolher injustiças que se afirmavam pela eliminação do ato inválido. Agora, quando ele for cabível, proteger-se-á também a confiança do cidadão.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção à confiança: Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 29 jan. 2018.

_____. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 16 de fev. 2018.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/9784.htm>. Acesso em: 03 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 346**. A administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 21 out. de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Completo.pdf>. Acesso em: 21 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pet-QO: 2900/RS, Segunda Turma, julgamento em 27 mai. 2003, Relator Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DJ 01 de ago. 2003.

_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 0003866-09.2015.8.04.0000/AM, decisão monocrática, julgamento em 7 mar. 2018, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Brasília, DJe-046 12/03/2018. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28IZARLENE+DE+SOUZA+DA+SILVA%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y8vd22jg>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 823985 AgR / MG – Minas Gerais Ag. Reg. no recurso extraordinário com agravo, Relator Ministro Roberto Barroso, julgamento em 23/03/2018, Primeiro Turma. Publicação Djé-077 12/04/2018. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14638727>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

CARVALHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

CRETELLA JUNIOR. **Do ato administrativo**. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O conceito de interesse público no Estado constitucional de Direito: o novo regime jurídico e seus princípios constitucionais estruturantes.** (Tese de doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), Florianópolis, 2014.

_____. **Sobre o neoconstitucionalismo e a teoria dos princípios constitucionais.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3366, 18. set. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22634>>. Acesso em: 6 jun. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAFFINI, Rafael da Cás. **Princípio da proteção à confiança legítima**. Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II: direito administrativo e constitucional. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-da-protECAo-da-confianca-legitima_58f66121120f2.pdf>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. **Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, v.1, n. 5: Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/5220/000512451.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 22, p. 228-255, set. 2002. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/72644/41116>>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. **A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança**. Revista CEJ, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/re-significa%C3%A7%C3%A3o-do-princ%C3%ADpio-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica-na-rela%C3%A7%C3%A3o-entre-o-estado-e-os-cidad%C3%A3os->>>. Acesso em: 14 nov. 2018.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Tratado de Direito Administrativo: Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. vol. I.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial**. 16. ed. Rio de Janeiro; Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Forense, 2018.

_____. **O princípio da proteção da confiança legítima no Direito Administrativo**

brasileiro. Revista Carioca RCD de Direito, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, p. 87-102, jan/jun de 2010. Rio de Janeiro: PGM, 2010. Disponível em:

<<http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/1558797/DLFE-220683.pdf/RevistadeDireito.pdf>>

Acesso em: 08 nov. 2018.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Revogação e anulamento do ato administrativo: contribuição ao estudo das figuras que integram o instituto da revisão dos atos administrativos pela própria administração**. 2. ed.

Rio de Janeiro: Forense, 1980.

RIO DE JANEIRO. **Lei nº 5.427, de 01 de abril de 2009**. Estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências.

Disponível em:

<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/e9589b9aabd9cac8032564fe0065abb4/ef664a70abc57d3f8325758b006d6733?OpenDocument>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, ALMIRO DO COUTO E. **O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-315. jul/set 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376/44830>>. Acesso em: 23 out. 2018.

_____. **Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 57 supl., p. 13-31, dez 2003. Disponível em: <<http://www.pge.rs.gov.br/revista-da-pge>>. Acesso em: 23 out. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Ato administrativa inválido**. São Paulo: RT, 1990.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.