

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E O DIREITO DE
TERCEIRO**

Caren Stachissini Batista de Castro

Presidente Prudente/SP

2012

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E O DIREITO DE
TERCEIRO

Caren Stachissini Batista de Castro

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob orientação do Prof. Luís Roberto Gomes.

PRESIDENTE PRUDENTE/SP

2012

A ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E O DIREITO DE TERCEIRO

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de Bacharel
em Direito.

Luís Roberto Gomes

Leonardo Fregonesi

Jefferson Fernandes Negri

PRESIDENTE PRUDENTE, 06 DE JUNHO DE 2012.

Deus nos concede, a cada dia, uma página
de vida nova no livro do tempo. Aquilo que
colocamos nela corre por nossa conta.

Chico Xavier

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me concedido a graça da vida e por ter guiado o meu caminho até aqui.

Agradeço aos meus pais, Regina e Evandro, pelo exemplo de vida que me deram e pela ajuda de todas as horas. Obrigada por estarem ao meu lado, eu não seria nada sem vocês.

Agradeço ao restante de minha família, ao meu irmão Neno, aos meus avôs, Laudelina e Geroni, que sempre me acolheram e acreditaram na minha força, à minha tia Ana Cristina, pelo companheirismo e pelo carinho de sempre e à minha prima Ana Caroline, uma verdadeira irmã.

Há que serem lembrados também os amigos que estiveram presentes nesta caminhada e que muitas vezes foram a força que me faltara, são eles: Cristiane Massoli, Flávia Muller de Faria, Ludmila Pasquini, Roberta Hayama, Gabriela Vianna, Fernanda Ferraz, Túlio Biancuzzi, Schimeny Teixeira e Caroline Santana.

Agradeço também aos amigos de sempre: Cynthia Maria Aquino, Lucila Vilela, Luciana Zanetini, Natália Micheli, Nayla Franco, Taynara Aquino e Rafael William, vocês são responsáveis por grande parte das minhas risadas.

Agradeço ao meu namorado, Mário Henrique, pelo amor, carinho e amizade de sempre, obrigada por ter segurado a barra por mim tantas vezes.

E por fim, agradeço aos meus professores e ao meu orientador, Luís Roberto Gomes, obrigada por todo o ensinamento e paciência durante esta jornada.

RESUMO

O presente trabalho desenvolveu-se através da análise e comparação da atual doutrina administrativa com vistas ao entendimento do instituto da anulação do ato administrativo ilegal e suas consequências na esfera do direito do particular. Partindo-se inicialmente da compreensão da própria figura do Estado, do qual, através da atividade administrativa, emana o ato administrativo, o presente trabalho busca analisar as características tanto desta atividade quanto do ato em si para que se delineiem os contornos dessa forma de extinção do ato administrativo. E, através da observância do texto normativo, da jurisprudência atual e da própria doutrina, busca sintetizar a necessidade de observância de outros princípios constitucionais como do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório no processo anulatório do ato administrativo, principalmente quando este é feito pela própria Administração Pública.

Palavras-chave: Atividade Administrativa. Ato Administrativo. Princípios Constitucionais. Ilegalidade. Anulação. Direito de terceiro.

ABSTRACT

This work was developed through analysis and comparison of the current administrative doctrine with a view to understanding the institution of annulment of unlawful administrative act and its consequences in the sphere of the individual's right. Starting from the understanding of the State, which, through the administrative activity, issued the administrative act, analyzing the characteristics of this activity as much as the act itself, so that it delineates the contours of this kind of administrative act's extinction. And, through the observance of the normative text, the current case law and doctrine itself, seek for summarize the need for compliance with other constitutional principles such as due process, legal defense and the adversarial process in annulling the administrative act, especially when this is done by the Public Administration.

Keywords: Administrative activity. Administrative Act. Constitutional Principles. Illegality. Annulment. Right of third.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 O ESTADO | 10 |
| 2.1 A Evolução do Estado | 10 |
| 2.2 Distinção das Funções do Estado | 16 |
| 2.3 Função Administrativa | 21 |
| 2.4 Princípios Norteadores da Administração Pública | 24 |
| 3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA | 30 |
| 3.1 Conceito | 30 |
| 3.2 Elementos do Ato Administrativo | 34 |
| 3.3 Atributos do Ato Administrativo | 40 |
| 3.4 Vícios do Ato Administrativo | 44 |
| 4 EXTINÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO | 50 |
| 4.1 Formas de Extinção do Ato Administrativo | 50 |
| 4.2 Direito Subjetivo do Administrado | 58 |
| 4.3 Anulação do Ato Administrativo e Direito Subjetivo de Terceiro | 61 |
| 5 CONCLUSÃO | 66 |
| BIBLIOGRAFIA..... | 68 |

INTRODUÇÃO

De forma quase que consolidada, no mundo ocidental, tem-se a noção doutrinária de que exista uma divisão tripartite das funções do Estado, sendo elas: a legislativa, a jurisdicional e a executiva (ou administrativa).

Essa divisão claramente não se demonstra de forma rígida, mas sim onde cada poder, de algum modo, exerce essas três funções do Estado, sendo uma em caráter majoritário e as demais em caráter subsidiário.

Diversos critérios são utilizados para identificação e distinção das chamadas funções estatais, sendo que para a maioria dos doutrinadores e educadores do Direito atualmente a função cuja definição é de maior complexidade é a função administrativa, devido à grande e diferenciada gama de atividades exercidas.

Dentre os diversos atos praticados pela Administração encontram-se os chamados atos administrativos, contrapondo-se aos atos civis e aos atos típicos dos demais poderes (Legislativo e Judiciário), esses atos administrativos possuem atributos próprios, que os diferencia claramente de outra categoria de atos.

Considerados atos jurídicos, enquanto se encontram em conformidade com a norma legal, estes atos administrativos são capazes de gerar efeitos e alterações no mundo jurídico desde sua formação, sendo possível até mesmo a atribuição de direitos à terceiros.

Tais atos, embora tidos como própria declaração do Estado, não são atos insuscetíveis de controle jurisdicional, como exposto em norma consubstanciada no artigo 5º do Texto Constitucional.

Muito embora estes atos sejam revestidos pela chamada presunção de legitimidade, contemplados assim por uma presunção de que os mesmos encontram-se em conformidade com o ordenamento jurídico, nada impede o surgimento de um ato administrativo eivado de vício.

Dessa forma, incapaz seria esta declaração, mesmo que emanada do próprio Estado, de permanecer atuando como se válida fosse. Assim, foi criada a possibilidade de

invalidação (revogação e anulação) do ato administrativo, situação essa prevista em Súmulas da Suprema Corte.

A problemática se insere no momento em que a Administração vem a invalidar o ato administrativo pela via da anulação, gerando-se efeitos *ex tunc*, quando este, supostamente, gerou direito adquirido por terceiro.

Tema ainda de grande repercussão entre os doutrinadores, a diferenciação entre a anulação e a revogação do ato administrativo se faz necessária para verificação da possibilidade de ocorrência de direito adquirido quando da existência de um ato administrativo ilegal.

Para parte da doutrina, quando há direito de terceiro, tendo sido esse direito adquirido em razão da existência de um ato administrativo e estando este terceiro de boa-fé, não há que se falar automaticamente em ineficácia plena do ato administrativo tido por ilegal além da necessidade de observação do contraditório na atividade invalidatória de ofício desses atos administrativos.

Já para outra parte da doutrina, não há que se falar sequer em direito adquirido, uma vez que o ato administrativo ilegal não seria capaz de ao menos gerar algum direito em qualquer que fosse a esfera.

Por fim, o que se busca é a análise aprofundada e atual da questão referente à ilicitude do ato administrativo e as diretrizes doutrinárias quanto à necessidade de observação e respeito aos direitos adquiridos por terceiro de boa-fé.

2. O ESTADO

2.1 A Evolução do Estado

Segundo alguns doutrinadores a própria Administração Pública, sob o prisma subjetivo de sua conceituação, refere-se ao ente estatal. Logo, para posterior estudo desta e de seus atos, necessário se faz o estudo do Estado *à priori*.

Da própria essência do ser humano, ser este que necessita do convívio com outros de sua espécie para melhor desenvolver-se, nasce a tendência de agrupar-se. Sendo que, dessa convivência em grupos, surge também a idéia da criação de deveres e obrigações de cada indivíduo para a convivência harmoniosa nesta sociedade, criando-se então a noção de civilidade.

Ao passo que, após essa aglomeração harmoniosa de indivíduos, tende a surgir a figura do “líder”, responsável pela estruturação dessa sociedade com base em mandamentos e regras de convivência, sendo este “líder” caracterizador do tipo da sociedade que está à frente.

Quanto a essa estruturação do homem em uma sociedade organizada, cita Martin Carnoy (1994, p. 20):

A concepção de que os indivíduos, coletivamente, devem ser capazes de determinar as leis que os governam é tão antiga quanto às próprias idéias dos direitos humanos e da democracia. No entanto, durante um longo período a lei divina definiu as relações entre os governados.

Dessa sociedade agora organizada e envolvida por um conjunto de regramentos, tendo em seu comando um “líder” distinto do restante dos indivíduos ditos “comuns”, tem-se uma breve noção de Estado.

Conforme ensinamento de Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira (1998:15):

Segundo a Teoria Geral do Estado, o que se tem são quatro posições distintas sobre o Estado:

- a primeira delas, a chamada “Teoria do Direito Divino”, para a qual o Estado seria uma vontade de Deus, assim, aquele que porventura, revoltava-se contra o rei também o fazia contra Deus;
- a segunda teoria, a “Naturalista”, onde o Estado teria surgido da própria natureza;
- a terceira, a “Teoria da Força”, que sustenta que o nascimento do Estado e sua manutenção seriam através da força; e
- a quarta teoria, chamada de “Teoria Contratualista”, onde o Estado seria uma criação exclusiva dos homens (Locke, Rousseau).

Dessa forma, propõe o professor Gerson de Brito Melo Bóson (1994, p. 209), em uma concepção naturalista de Estado:

Sem embargo da controvérsia, parece-nos que o Estado resulta do desenvolvimento gradual da cultura humana, como consequência natural das necessidades que exigem e requerem uma sociedade política, juridicamente organizada.

O termo Estado, a partir do Renascimento, passa a designar “sociedade política” através da obra “O Príncipe” (1513), de Maquiavel, onde o autor demonstra o aperfeiçoamento da arte de governar, ensinando seu príncipe a obter, manter e expandir seu governo. Inaugura-se assim, o estudo do Estado unitário– Estado Absolutista – alicerçado na própria moral humana e não mais em princípios divinos. Em sua obra, o autor afirmava: “Todos os estados, todos os domínios que tiveram e têm o poder sobre os homens, foram e são repúblicas ou principados”.

Ao final da Alta Idade Média, com a formação dos primeiros Estados Nacionais, o poder encontrava-se nas mãos de um único “líder”, o monarca. Nessas chamadas “Monarquias Nacionais”, o poder do rei confundia-se com a própria figura do Estado. O que ali se verificou foi a presença de uma extrema rigidez social, onde a liberdade individual pouco significava e o destino de cada indivíduo supostamente estaria traçado desde o seu nascimento.

Ainda, segundo José Arruda (1995, p. 434) pode-se dizer que, com a emergência desse Estado Moderno, passou-se do poder descentralizado feudal para o centralizado:

A condição *sine qua non* para a formação das monarquias centralizadas foi o desenvolvimento do capitalismo na Europa e a crise do feudalismo [...]. De fato, o desenvolvimento do capitalismo significava burguesia mais forte, e burguesia mais forte significava rei mais forte.

Um dos defensores dessa centralização do poder nas mãos do monarca fora o francês Jean Bodin (1530-1596), que empenhado no estudo da “Teoria da Soberania”, pregava a obrigação de obediência ao rei, uma vez que esta seria a própria vontade divina.

Tal modelo estatal resistiu até as revoluções burguesas (séc. XVII e XVIII), ao passo que foi possível verificar-se o surgimento da idéia de limitação do poder monárquico, como por exemplo, pela implantação do parlamentarismo na Inglaterra (Revolução Gloriosa – burguesia assumindo o poder) e com a edição da Declaração de Direitos (*Bill of Right*), em 1689.

Importante destacar o papel da Revolução Francesa de 1789 nesse período de transição, onde o chamado Terceiro Estado Francês (alta e pequena burguesia e trabalhadores urbanos), buscando diminuir as disparidades de privilégios dados ao Primeiro e Segundo Estado (clero e nobreza, respectivamente), realiza a convocação de uma Assembléia Constituinte e posterior edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e da Constituição Francesa (1791).

A ideologia desse liberalismo que começava a surgir era orientada pelas idéias do economista escocês, Adam Smith (1723-1790), o qual afirmava que o homem, age, exclusivamente, na defesa de seus próprios interesses, devendo o Estado se abster da intervenção na atividade econômica, proporcionando ao indivíduo a máxima autonomia de vontade.

E a essa ideologia de não intervenção estatal aliou-se ainda o movimento Iluminista, que abriu novos caminhos para a atuação da burguesia, uma vez que este se alicerçava na liberdade individual do homem para combater o sistema de privilégios e regalias provenientes do controle de poder monárquico.

O surgimento do chamado Estado Liberal, segundo Guilherme Cintra Guimarães (2003, p. 60) está intimamente ligado à nova posição que foi reservada ao indivíduo em relação ao universo natural e social. “De mera peça insignificante, se comparada com a ordem divina, natural e social, o homem passou a ser valorizado como o centro de toda a estrutura organizativa da sociedade”.

Quanto a esse período, importante destacar-se os fundamentos dos filósofos Thomas Hobbes (1588-1679) e John Locke (1632-1704), importantes defensores do liberalismo. Para o primeiro, a forma de vida em sociedade deveria ser regulada por uma forma de contrato (característica claramente mercantil), onde os anseios de cada homem deveriam limitar-se também aos do próximo, como que em um “pacto social”. Assim, regulamentar-se-ia a forte idéia de ferocidade burguesa e mercantil da época, através da figura de um Estado duro e soberano frente aos cidadãos. Já o segundo, além de também defender a idéia da necessidade de existência de um contrato entre os homens, defendia a manutenção deste com o Estado, o qual aqui não se caracterizava pela plena soberania defendida por Hobbes, mas sim pelo cumprimento ou não desse contrato e a garantia de algumas liberdades aos cidadãos.

Mas, segundo Paulo Bonavides (1996, p. 125), “coube a Hegel uma das transições mais importantes e fundamentais já havidas na história das doutrinas políticas. Até então se estudava o Estado como criação filosófica, abstrata, arbitrária, hipotética, normativa”. Segundo o pensador, ao invés da sociedade girar em torno do indivíduo, este que giraria em torno da sociedade, sendo o Estado um verdadeiro organismo (organicismo estatal), uma constituição política.

Com o desencadeamento do liberalismo e essa maior valorização da liberdade do indivíduo, o que se viu nascer foi a idéia de menor possibilidade de intervenção do Estado e o crescimento da detenção do poder econômico desenfreado e sem limites nas mãos de alguns poucos, crescendo assim fortes desigualdades sociais (precária condição de vida e de trabalho da classe operária, por exemplo).

E assim, essa classe até então desamparada vê no surgimento do próprio modelo socialista o ponta-pé inicial para a possibilidade de reverter sua situação, e unindo-se dão início ao que seria chamado de “crise do capitalismo”. Pelo crescimento desgovernado das desigualdades sociais e pequena possibilidade de atuação do Estado para freá-las, viu-se a crescente necessidade de surgimento de uma nova forma de Estado, o qual seria chamado posteriormente de “Estado Social”.

Nesse contexto, ressalta-se o ensinamento de Márcio Iorio Aranha (2000, p. 110):

De mero garantidor da autonomia e da liberdade individuais, o Estado se transforma, então, em ator central responsável por guiar e implementar políticas públicas

capazes de promover um desenvolvimento social mais justo e solidário, garantindo, além da mera igualdade formal, uma igualdade concreta e material.

Também conhecido por *Welfare State*, esse novo modelo estatal prega a maior participação/intervenção do Estado, seja através de empréstimos públicos ou da própria estatização de empresas antes particulares. Essa estratégia teve por base o chamado “Keynesianismo”, preconizado pelo inglês John Maynard Keynes, que entendia que o Estado deveria atuar de forma ativa e intervencionista perante a economia, de modo a proporcionar aos indivíduos sob seu comando, melhores condições de vida e trabalho.

Quanto ao “Estado Social” leciona Paulo Bonavides (1980, p. 205):

O Estado Social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Nasce aí a noção contemporânea de Estado social.

[...] Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do Quarto Estado faz ao poder política, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrente crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado Social.

Mas, como de fato era de se esperar na própria trajetória da evolução estatal, após os anos 70, com os gastos elevados do Estado-intervencionista, retorna-se de certo modo ao ideal liberalista de menor controle estatal no mercado. No Brasil, segundo Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira (1998, p. 29), “é com a chamada ‘crise dos anos 80’ (distribuição regressiva de renda, atrofia do sistema financeiro, endividamento público e uso excessivo do protecionismo), que o Estado perde o comando da política macroeconômica e da iniciativa do crescimento”. O intervencionismo estatal e as políticas de subsídios, à custa de um violento endividamento, fracassaram.

Assim, utilizando-se do ensinamento de Márcio Ioro Aranha (2000, p. 97), o qual faz uso da figura do pêndulo para exemplificar a evolução do Estado, onde este quando solto de uma extremidade, oscilará até a outra, retornará ao lado de origem – embora, pela

força da gravidade, não alcançará ele a mesma altura da qual foi lançado – e continuará a se movimentar e perder energia até sua chegada ao repouso, que é o meio-termo entre os extremos alcançados por ele no seu primeiro movimento, conclui-se que assim também ocorre ao longo da evolução do ente estatal, onde se verifica a sucessão de ideologias opostas às antecessoras, ocorrendo, por fim, com o passar do tempo, uma crescente fusão entre estas.

Assim, com o eminente fracasso do intervencionismo estatal e com a difícil situação econômica vivida nos anos 70 abriram-se as portas para o chamado Neoliberalismo.

Primeiramente implantado nos países europeus e nos EUA, “o modelo neoliberal pregava, por exemplo, a quebra do poder dos sindicatos, a priorização da estabilidade monetária, contenções orçamentárias, concessão de benefícios fiscais aos detentores de capital e privatizações numerosas.” (BARBACENA, 2003, p. 158). Avançando rapidamente para outras economias, em meados da década de 90 tem-se implantada a hegemonia do Neoliberalismo, que perdura até os dias atuais.

Dessa forma, chegou-se doutrinariamente a denominação atual de “Estado Democrático de Direito”. Aqui, faz-se necessário o ensinamento de José Afonso da Silva (1993, p. 110) quanto a essa “nova classificação de Estado”:

[...] a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.

Para o mesmo autor a denominação “Estado de Direito” tão-somente, não é a mais adequada (1993, p. 102), uma vez que “todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que ditatorial”. Assim como a denominação “Estado Social”, “primeiro, porque a palavra social está sujeita à várias interpretações e em segundo lugar, o importante não é o social, qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito”.

Assim verifica-se a existência deste Estado Democrático de Direito no Brasil, quer seja através da previsão expressa na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º¹, ou por suas premissas características encontradas em vários dispositivos da Carta Magna

¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Brasileira, como a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II) e a soberania popular (art. 1º, parágrafo 14).

Após breve explanação das fases históricas do Estado, importante frisar-se que “esse conceito varia de acordo com a perspectiva adotada pelo analista, o período histórico em que o estudo está sendo realizado e, principalmente, a posição ideológica de quem o define.” (ALMEIDA, 2003, p. 113).

Independentemente do método utilizado para a conceituação de Estado, o que o define de forma quase que indiscutível nos dias atuais é que este existe para servir os seus cidadãos, para lhes dar as condições mínimas para uma vida digna e humana.

Tem-se exemplo dessa finalidade comum do Estado prevista na própria Constituição Federal Brasileira, onde em seu artigo 3º, IV, se define que o ente estatal brasileiro se destina a buscar “o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Assim o que se buscou nesse trabalho foi um breve estudo atual e simplificado do referido termo, visando objetivamente o posterior estudo da Administração Pública e de seus atos.

2.2 Distinção das Funções do Estado

Buscando-se alcançar o interesse comum da coletividade, a função pública exercida em um “Estado Democrático de Direito”, para maioria quase que esmagadora dos doutrinadores atuais, divide-se em três funções distintas: a legislativa, a jurisdicional e a executiva, também chamada de administrativa.

Essa chamada “Trilogia ou Tripartição das Funções do Estado” foi abordada de forma mais aprofundada por Montesquieu, em sua obra, “Do Espírito das Leis” (1748). A doutrina de Montesquieu, em reação ao absolutismo, manifestava a noção de um Estado onde os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) estariam separados mas mutualmente contidos, de acordo com a idéia de que “o poder detém o poder”. Para ele, essa divisão seria

de extrema importância para a manutenção da figura do Estado como detentor do poder, uma vez que todo poder tende a corromper-se e todos os que o possuem tendem a abusar de seu uso uma hora ou outra.

Essa Tripartição dos Poderes do Estado parte do princípio de que a função pública para alcançar o seu objetivo maior não poderia permitir a concentração de poderes, evitando-se assim os abusos dos governantes em detrimento da liberdade dos indivíduos, assim já pregava a filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, ao afirmar que decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvar-se-ia a liberdade.

Para Immanuel Kant, filósofo do liberalismo do século XVIII, em todo Estado existe três poderes (*trias politica*), em que se decompõe a vontade geral em: “o Poder Soberano (soberania), que é o legislador, o Poder Executivo, o do governante (de acordo com a lei), e o Poder Judiciário (como reconhecimento, segundo a lei, do que pertence a cada um), que é o poder do juiz (*potestas legislativa, rectoria et iudiciaria*).” (KANT, 1954, p. 136). Para o autor, na união dos três poderes tem a sociedade sua autonomia, isto é se organiza segundo as leis da liberdade.

Mas tal idéia de separação absoluta dos poderes do Estado encontrou certa oposição de filósofos como o alemão, Friedrich Hegel, que afirmava que segundo pensadores da razão abstrata (chamados por ele de “corifeus do liberalismo”), que pregavam pela independência absoluta dos poderes, o que se desencadearia seria uma limitação recíproca, um verdadeiro estado de hostilidade e temor entre os poderes, que passariam a tratar-se como inimigos, ocasionando uma desintegração imediata do Estado.

Assim, conforme ensinamento de Paulo Bonavides (1996, p. 136):

A separação de poderes, como quer a filosofia kantista, ou a teoria de Montesquieu, significa para Hegel, quebra, que ele não admite, do princípio da identidade e do monismo, princípio que é das notas mais enérgicas e originais de seu pensamento filosófico [...]. Na distinção substancial do Estado político, temos, pois, segundo Hegel:

- a) O poder de determinar e fixar o geral, isto é, o Poder Legislativo;
- b) O poder que submete as esferas particulares e os casos individuais em geral – o Poder Executivo; e
- c) O poder subjetivo, como poder da vontade, em última instância, a saber, o poder do príncipe, o Poder Real. Nesse poder, segundo Hegel,

fundem-se os demais poderes numa unidade, que abrange o princípio e a extremidade do todo.

E, por fim, conclui o referido autor (1996, p. 138):

Hegel reelaborou as bases do princípio da separação dos poderes, fundou-o na ideia organicista de interdependência e, reconciliando a tese dos poderes que se excluem com a tese dos poderes que se coordenam, deu, por último, ao poder a base ética necessária, que o liberalismo extremado do século XVIII lhe solapara.

Nessa mesma corrente contrária à Tripartição das Funções do Estado, se tem o pensamento do jurista e filósofo Hans Kelsen (1950, p. 268-269), que afirmava haver na verdade uma duplicidade de funções do Estado: a de criar o Direito e a de executar o Direito, o que, para ele, tanto era feito pela Administração ou pela Jurisdição.

No Brasil, pensamento contrário também é o do doutrinador Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 24), que afirma existir apenas duas funções estatais: a administrativa e a jurisdicional, onde a primeira visa integrar a ordem jurídico-social, através da atividade de legislar e executar, e a segunda teria por objeto o próprio Direito.

Mas, contrários ou não à Tripartição das funções, a separação dos poderes do Estado passou a ser assegurada pelas próprias Constituições dos Estados. Assim, o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem, da Constituição Francesa de 1791, previa:

Toda sociedade que não assegure a garantia dos direitos nem a separação dos poderes não possui constituição. (grifo nosso)

E assim, deu-se a recepção da divisão tríplice dos poderes do Estado pela Constituição Federal de 1988, onde em seu artigo 2º lê-se:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Tal previsão se dá ainda na forma de cláusula pétrea, conforme disposto no artigo 60, §4º, III da Magna Carta:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (grifo nosso)

Como já explanado, a repartição dos poderes do Estado não se dá de forma homogênea, onde cada Poder exerceria única e exclusivamente determinada função, mas o que houve foi uma delegação do exercício de uma função principal por cada um deles, onde de forma simplificada o Poder Legislativo caracterizar-se-ia pela função normativa (elaboração de leis), o Poder Executivo pela execução dessas leis (função administrativa) e o Poder Judiciário pela aplicação da lei (função judicial).

Assim, percebe-se que a atuação da própria função administrativa está inspirada no sistema organizatório da tripartição dos poderes e que estes poderes se exteriorizam por meio das funções tidas por típicas (a atividade é exercida pelo órgão competente) e atípicas (atividade é realizada sem a preponderância do órgão, sendo a sua prática diversa da atividade típica que este efetua).

E é da própria experiência constitucional e de certa forma das próprias reflexões de Montesquieu que se extrai a primeira “correção” ao princípio da separação dos poderes do Estado, nascendo o sistema chamado de freios e contrapesos.

Quanto à esse sistema leciona Paulo Bonavides (1996, p. 75):

Esses freios – que, em alguns casos, assinalam formas de equilíbrio, noutros, de interferência – são, por exemplo, o veto e a mensagem, característicos das relações entre Executivo e Legislativo. Permitem ao Executivo participar na elaboração da vontade legislativa, suprimindo-a pelo veto, quando se lhe afigura nociva tal vontade, ou iniciando-a pela mensagem, quando lhe cabe a este respeito, em certos sistemas constitucionais, a exclusividade da iniciativa para determinados assuntos, como, por exemplo, os de ordem financeira.

Por fim, elucida Hely Lopes Meirelles (2002, p. 59) que, embora o ideal fosse a privatividade de cada função para cada Poder, na realidade verifica-se isso não ocorre, já que todos os Poderes têm necessidade de praticar atos administrativos, ainda que restritos à sua organização e ao seu funcionamento, e, em caráter excepcional admitido pela Constituição, desempenham funções e praticam atos que, a rigor, seriam de outro Poder.

Dessa forma, seguindo a denominação doutrinária atual de “divisão dos poderes”, parte-se para a caracterização da função exercida de forma principal por cada esfera de atuação.

Levando-se em conta características atribuídas pelo próprio Direito a cada função (critério formal de distinção das funções do Estado), tem-se que a chamada função legislativa é aquela em que o Estado, de forma inovadora, vem a modificar a ordem jurídica. Não significando, como ora mencionado, que esta seja a única função exercida, como acima elucidado, podendo o Poder Legislativo exercer de forma atípica outras funções, como, por exemplo, a de fiscalizar e se necessário julgar o Poder Executivo, conforme normas previstas nos artigos 51 e 52 da Carta Magna de 1988:

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

I – autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado; (grifo nosso)

II – proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade. (grifo nosso)

A chamada função judiciária caracteriza-se pela aplicação das leis diante do surgimento de possíveis conflitos de interesses, de forma a solucioná-los. Assim, quanto à identificação da função judiciária leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (p. 36, 2007):

Função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de “coisa julgada”, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.

Assim como na função legislativa, encontra-se aqui o exercício de funções tidas por atípicas, mas que não configuram qualquer afronta ao princípio da divisão dos poderes, como por exemplo, o previsto no artigo 96, I, da Carta Magna de 1988, autorizando-

se a elaboração de seus regimentos internos e ainda no artigo 61, caput do mesmo texto normativo, o qual dispõe:

Art. 61 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. (grifo nosso)

Dessa forma, exercem os tribunais funções de caráter legislativo ou executivo ao empregarem a faculdade de estabelecer regras de funcionamento ou ao organizarem seu quadro de funcionários.

Logo, nota-se que diante da impossibilidade de manterem-se os poderes absolutamente separados, nos moldes dos primeiros pensamentos sobre o princípio da separação dos poderes, como o pregado por Montesquieu, o que se vê atualmente é a utilização de mecanismos de aprimoramento da intercomunicação dos poderes estatais.

Por último, a função administrativa ou executiva será abordada posteriormente em tópico exclusivo para a mesma.

2.3 Função Administrativa

Sob diversos ângulos pode se dar a conceituação da função administrativa, observando-se desde já que tal estudo não se caracteriza pela observância de contornos bem definidos ou de uma unificação de entendimentos entre os doutrinadores.

De acordo com a concepção de Diogenes Gasparini (2011, p. 96), “a etimologia do termo ‘administração’ (*mandare, manus*, cuja raiz é *man*) transmite a idéia de relação hierárquica, de comando, chefia e de outro lado, caso se entenda sua origem ligada a *minor, minus*, cuja raiz é *min*, tem-se a noção de obediência e subordinação”.

Para parte da doutrina, seguidora do chamado critério negativista, a função administrativa é caracterizada como sendo a função estatal não vinculada à legislativa ou judiciária.

Diante desse critério leciona Diogo Moreira de Figueiredo Neto (2005, p. 24), “a função administrativa é toda aquela exercida pelo Estado, que não seja destinada à formulação da regra legal nem à expressão da decisão jurisdicional, em seus respectivos sentidos formais”.

Segundo entendimento de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 63), tem-se diversas acepções para o termo Administração Pública:

Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção originária, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.

O critério formal acima mencionado, também chamado de critério subjetivo, é, portanto, aquele em que se leva em consideração um sujeito e o critério material, também conhecido por objetivo, é aquele que tem por enfoque um objeto.

Mas, necessário se faz advertir que, a utilização dos critérios acima mencionados não se dá de forma homogênea entre os doutrinadores, sendo que para autores como João Antunes Neto (2004, p. 31) há que se falar também em uma subdivisão deste último critério objetivo em material e formal, “sendo que no aspecto objetivo material levar-se-ia em conta o conteúdo da atividade realizada no desempenho das funções estatais e no aspecto objetivo formal o tipo de efeito jurídico do produto dessa atividade estatal”.

A Constituição Federal de 1988 faz menção à Administração Pública tão somente, entendendo-se, portanto, que a mesma utiliza-se dessa denominação em ambos os sentidos (Estado e atividade administrativa), conforme previsto em seu artigo 37, caput:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...].

Assim, leciona Diogenes Gasparini (2011, p. 97) de forma a simplificar o entendimento das possíveis acepções do termo administração pública: “Pelo critério formal, é sinônimo de Estado (Administração Pública); pelo material, equivale a atividade administrativa (administração pública)”.

No artigo 4º do Decreto-lei nº 200, de 25/02/1967, com redação dada pela Lei nº 7.596 de 10/04/1987, estão relacionados os entes que compõem a Administração Pública (critério subjetivo), sendo eles a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal (Administração Direta do Estado), e as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações públicas (Administração Indireta do Estado – pessoas jurídicas com personalidade de direito público ou privado).

Partindo-se para a análise da função estatal chamada de “Função Administrativa”, ou seja, da própria atividade administrativa, nota-se que esta se manifesta como concretizadora da vontade expressa no texto legal, observando para essa concretização em primeiro lugar o interesse da coletividade.

Considerando-se as três funções do Estado, tem-se que a administrativa é caracterizada por prover de maneira imediata e concreta às exigências individuais ou coletivas para a satisfação de interesses públicos preestabelecidos em lei. Seriam assim, no entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 186), três características fundamentais desta função:

É parcial, no sentido que órgão que a exerce é parte nas relações jurídicas que decide, diferenciando-se, portanto, da função jurisdicional; é concreta, uma vez que aplica a lei aos casos concretos, faltando-lhe a característica da generalidade e abstração da própria lei e é subordinada, já que está sujeita ao controle jurisdicional.

Para a doutrina majoritária, essa atividade administrativa abrange a polícia administrativa, o fomento e o serviço público. A chamada polícia administrativa, no entendimento doutrinário de Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004, p. 59), seria aquela em que se executam as chamadas limitações administrativas – medidas de polícia, como ordens, notificações, licenças, autorizações, fiscalização e sanções – visando restringir direitos individuais em face do benefício da coletividade.

Já o fomento, em uma visão simplista do tema, caracteriza-se pelo exercício de atividades como os auxílios financeiros por conta dos orçamentos públicos, o financiamento, os favores fiscais, sendo assim o incentivo à iniciativa privada de utilidade pública.

E por fim, o serviço público seria toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer a necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público, estando algumas dessas atividades previstas no artigo 21 da Emenda Constitucional n.º 8/95, como, por exemplo, serviço postal e correio aéreo nacional (inciso X) e serviços de telecomunicações (inciso XI).

Lembrando-se que não há que se falar em atividade exclusivamente do órgão Executivo, pois, como já demonstrado o princípio da separação dos poderes não se manifesta de forma absoluta.

2.4 Princípios Norteadores da Administração Pública

Diante da conceituação de Administração Pública, permite-se agora o estudo dos princípios que norteiam essa atividade.

Diferentemente do que ocorre na administração particular, onde cabe ao próprio administrador seguir as diretrizes que lhe sejam de maior valia, na administração pública as diretrizes e instruções a serem seguidas estão dispostas em leis, regulamentos e atos especiais.

Com a finalidade de atender-se de forma única e exclusiva o bem comum da coletividade, este administrador público, orientando suas atividades segundo a Moral e o Direito administrativo, não deve afastar-se jamais dos princípios a seguir exemplificados, os quais são verdadeiros sustentáculos da atividade pública.

Conforme ensinamento de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 85), os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em “doze regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador: legalidade, moralidade, impessoalidade

ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público”.

A necessidade de observância desses princípios se mostra também no texto normativo da Carta Magna de 1988, onde em seu artigo 37, como já mencionado, lê-se:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

Observando-se que os demais princípios mencionados na citação de Hely Lopes Meirelles e não previstos no texto do citado artigo da Constituição Federal, são mencionados expressamente no artigo 2º da Lei Federal N.º 9.784/99:

A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Como o presente trabalho tem por objeto o estudo pormenorizado da anulação do ato administrativo e o seu reflexo na esfera do direito de terceiro, serão abordados os princípios intimamente ligados ao campo da extinção do ato administrativo.

O primeiro, e talvez mais importante princípio a ser observado pela Administração, é o princípio da legalidade. Este seria nas palavras de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 39) “uma exigência que decorre do Estado de Direito, ou seja, da submissão do Estado ao império da ordem jurídica”.

Diferentemente do que ocorre nas atividades decorrentes de relações privadas, aqui se observa o atendimento absoluto ao texto legal, ou seja, a própria vontade da Administração Pública decorre da lei.

Segundo entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 68), “em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende da lei”.

Assim, em observância ao objetivo maior da Administração Pública, qual seja o atendimento ao interesse da coletividade, Hely Lopes Meirelles (2002, p. 86) afirma:

O administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal.

Autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 72), englobam o estudo do princípio da presunção de legitimidade na esfera de estudo do próprio princípio da legalidade. Caracterizando-se aquele por uma presunção relativa (admitindo-se, portanto, prova em contrário) de que os atos administrativos seriam atos verdadeiros e legais (em decorrência do atendimento ao próprio princípio da legalidade). Essa presunção de legitimidade será abordada novamente no título 3.3 Atributos do ato administrativo.

O princípio da finalidade busca o atendimento precípua em todo ato do administrador público do interesse comum, além de conjuntamente com o princípio da legalidade a observância de um fim previsto em lei. Assim, elucida Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 104):

O princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, cumpre-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também a finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução.

Dessa forma, o princípio da finalidade vem a coibir a prática de atos pelo administrador público que venham a satisfazer exclusivamente interesses privados, sem atendimento ao bem comum ou à conveniência da Administração, caracterizando assim um desvio de finalidade, capaz de invalidar o ato administrativo praticado.

Partindo-se para a análise de outro importante princípio para o presente estudo, tem-se o princípio da moralidade, o qual, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 88), “a moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além de sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda a atividade pública será ilegítima”.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em observância ao princípio da moralidade, possui julgados no sentido de que a infringência à moralidade administrativa pode acarretar, por si só, a anulação do ato administrativo (*RJTJSP 135/31*) – “o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo”.

A idéia de imoralidade na atuação administrativa desenvolveu-se intimidamente ligada à idéia de desvio de poder, portanto estaria na intenção do agente. Posteriormente, entendeu-se que tal princípio deveria ser observado até mesmo pelo particular que atua com a Administração, de forma que se atenda, de certa forma, à moral comum na atividade administrativa.

Segundo conclusão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 79):

Sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Quanto ao princípio da motivação, entende-se como sendo aquele por meio do qual todo ato do administrador público deva ser justificado através da exposição dos fatos que ensejam o ato e a norma jurídica que o autoriza.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 97), “a motivação, portanto, deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda”.

Importante se faz mencionar a diferenciação feita por Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 51) entre motivo e motivação, onde o primeiro seria na verdade um elemento constitutivo do próprio ato administrativo, ou seja, a situação de fato ou de direito que permite a edição daquele ato, e o outro a exteriorização expressa desse requisito, a sua exposição por escrito.

Estudo controvertido entre os doutrinadores, a obrigatoriedade ou não da motivação em qualquer ato administrativo, principalmente no âmbito dos atos tidos por discricionários (aqueles praticados pela Administração com certa margem de liberdade, como

o que outorga o uso de imóvel público), onde a mesma estaria supostamente afastada, o fato é que “a motivação é obrigatória para o exame da legalidade, da finalidade e da moralidade do ato administrativo. A motivação é ainda obrigatória para assegurar a garantia da ampla defesa e do contraditório prevista no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988” (MEIRELLES, 2002, p. 97).

Por fim, necessário se faz o estudo do princípio da autotutela, o qual, embora não mencionado nos textos legais presentes neste tópico, encontra-se consolidado nas súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Súmula 346 – A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.

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

Logo, o referido princípio, que se trata de verdadeiro dever da Administração Pública, visa restaurar a legalidade à que esta se submete.

Diogenes Gasparini (2011, p. 72) dispõe do seguinte entendimento quanto ao princípio da autotutela:

Se, por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes a atividade do Poder Público desgarrar-se da lei, divorciar-se da moral, ou devia-se do bem comum, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, imoral ou ilegal.

E será este o princípio autorizador da anulação *ex officio* do ato administrativo e da apreciação da possível ilegalidade por provocação do Poder Judiciário na visão de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 47):

Este controle interno que a Administração Pública pode exercer sobre os seus próprios atos não é definitivo nem afasta o controle externo por parte de outros órgãos. Não é definitivo porque ainda pode ser contrastado judicialmente por quem se sentiu prejudicado com a revogação ou com a invalidação. Nem afasta o controle externo de outros órgãos porque o Judiciário e o Legislativo, este inclusive com auxílio do Tribunal de Contas, podem fazê-lo no exercício de suas atribuições constitucionais.

Essa possibilidade de reavaliação pelas vias judiciais por aquele que, de certa forma, sentiu-se lesado em seu direito pela invalidação do ato administrativo é o ponto central de estudo do presente trabalho.

3. ATO ADMINISTRATIVO

3.1 Conceito

Segundo diversos autores, para se ter uma definição de ato administrativo deve-se partir da idéia principal do que viria a ser o ato jurídico. Assim, necessário se faz realizar certas ponderações sobre o referido tema.

Conforme lição de Clóvis Beviláqua (1980, p. 210) acerca da conceituação do ato jurídico tem-se:

São as ações manifestadas pela vontade do agente e garantidas pela lei[...] que constituem os atos jurídicos, cuja característica está na combinação harmônica do querer individual com o reconhecimento da eficácia por parte do direito positivo.

Conforme a lei civil de 1916, em seu artigo 81, o ato jurídico seria todo aquele que tinha por finalidade imediata adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.

Dentre estes doutrinadores que fazem uso do conceito de ato jurídico como designação do ato administrativo em si mesmo, cita-se o doutrinador Cretella Júnior (1977, p. 19), que afirma ser o ato administrativo:

Manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata, criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2002, p. 145), pode-se conceituar o ato administrativo com os mesmos elementos fornecidos pela Teoria Geral do Direito, acrescentando-se apenas a finalidade pública, que é própria da espécie, e distinta do gênero do ato jurídico.

Assim, como os próprios atos jurídicos caracterizam-se como sendo as declarações, enunciados, a pronúncia sobre certa coisa ou situação dizendo como ela deverá ser, o ato administrativo no entender de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 355) é, portanto, um ato jurídico pois se trata de uma declaração que produz efeitos jurídicos”.

Diferindo-se, portanto, no entender de João Antunes dos Santos Neto (2004, p.93), dos chamados fatos jurídicos, os quais seriam “acontecimentos naturais, que independem da vontade do homem, mas que mesmo assim produzem efeitos na esfera jurídica”, como por exemplo, o próprio nascimento. Para o autor (2004, p. 111), “fatos jurídicos não são declarações, portanto, não são prescrições, não são falas, não pronunciam qualquer coisa; apenas ocorrem”.

Assim sendo, dentro da atividade administrativa é possível a prática de atos e fatos administrativos, sendo que o primeiro ocorre quando a Administração exprime uma declaração de natureza constitutiva, declaratória, modificativa ou extintiva e o segundo como sendo por meio do qual a Administração realiza materialmente alguma coisa.

Fato administrativo, segundo Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 112), é “atividade material do Estado que produz efeitos jurídicos administrativos (ex.: realização de obra pública), não sendo passível de anulação ou revogação”.

Ainda quanto ao estudo do conceito de ato administrativo importante se faz ressaltar a distinção deste com os chamados atos da Administração. Ou seja, não se deve necessariamente atribuir a idéia de ato administrativo à Administração, uma vez que nem todo ato desta é ato administrativo e nem sempre este ato é emanado pela Administração.

Assim, segundo a doutrina de Oswaldo Aranha Bandeira Mello (1979, p. 412), os motivos pelos quais os atos da Administração Pública não devem ser confundidos com os atos administrativos são:

Em primeiro lugar, a prática de diversos atos pela Administração que não interessa considerar como atos administrativos, como os atos regidos pelo Direito Privado; a ocorrência de atos denominados materiais, os quais não são sequer atos jurídicos e sim realizações materiais executadas pela administração (não expressando declarações jurídicas, como a realização de cirurgia por médico do Estado) e por último os atos de governo, como o indulto, por exemplo, correspondendo ao exercício da função política e não administrativa. (grifo do autor)

Ainda, existem claramente atos que não são praticados pela Administração Pública, mas que devem ser incluídos entre os atos administrativos, como por exemplo, os atos relativos à vida funcional dos servidores do Legislativo e do Judiciário.

Segundo lição de João Antunes dos Santos (2004, p. 96), “em relação aos atos da Administração, o ato administrativo colocar-se-ia como sendo tipo específico da forma genérica – ato da administração.”

Partindo-se para a própria conceituação do termo ato administrativo é flagrante a existência de uma gama de opiniões doutrinárias, uma vez que não havendo uma definição legal do mesmo, é possível que cada autor desenvolva sua própria conceituação.

Em um apanhado de opiniões doutrinárias quanto ao conceito de ato administrativo, parte-se de um conceito mais amplo enunciado pelo administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 368-369):

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça às 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.

Já Hely Lopes Meirelles (2002, p. 145) faz uso de uma conceituação mais restrita do conceito de ato administrativo:

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

Segundo entendimento de Maria Sylvia Zanela Di Pietro (2005, p. 188), diferentemente da afirmação de que seria o ato administrativo uma manifestação da vontade da Administração, para ela o termo a ser utilizado é declaração do Estado, “já que aquela pode não ser exteriorizada e assim o próprio silêncio poderia significar manifestação da vontade e gerar efeitos jurídicos, enquanto que declaração compreende sempre uma exteriorização da vontade”.

Assim, assevera a referida autora, através da observância de que o ato administrativo constitui declaração do Estado e que se submete à regime jurídico

administrativo e ao crivo do controle judicial, tem-se a diferenciação precisa entre este e os atos das funções legislativa e jurisdicional. E, ao afirmar ser este ato uma declaração de vontade que produz efeitos jurídicos, a autora passa a excluir dessa denominação os atos que contém declaração de opinião, como o parecer e de conhecimento, como a certidão.

Analisando-se, portanto, os elementos constitutivos dessa conceituação e fazendo uso dos ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 115) conclui-se que, primeiramente, o ato administrativo caracteriza-se por ser uma declaração jurídica, ou seja, produz efeitos de direito (criar, modificar, transferir, declarar ou extinguir direitos ou obrigações); emitida pelo Estado ou por quem age em seu nome, já que como a função administrativa é delegável, a concessionária e a permissionárias – particulares que prestam serviços públicos através da concessão e da permissão, respectivamente - também editam os atos administrativos; emitido no uso de prerrogativas públicas, ou seja, na posição de autoridade, sob a égide do Direito Público e com fundamento na supremacia do interesse público e por fim, sujeito ao exame de legitimidade por órgão jurisdicional, não possuindo assim definitividade perante o Direito.

Por fim, em uma visão doutrinária mais restrita e atual do referido termo, faz-se uso da lição de Celso Antônio Bandeira de Melo (2006, p. 370):

[...] declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. (grifo nosso)

Dessa forma, ao utilizar os termos concreção e unilateralidade, o autor veio à excluir os atos abstratos, como os regulamentos, e os atos bilaterias, como os contratos administrativos.

Ato administrativo, portanto, é espécie do gênero ato jurídico criado sob a égide do Direito Público, emitido pelo Estado ou por aquele que, por concessão ou permissão, age em seu nome, no uso de funções administrativas, a fim de declarar unilateralmente sua vontade, buscando atender ao interesse da coletividade.

3.2 Elementos do ato administrativo

Encontram-se atualmente na doutrina brasileira diversas terminologias para o referido tema. Por defensores do uso do termo “elementos do ato administrativo” tem-se os doutrinadores: Cretella Júnior, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Enquanto que Hely Lopes Meirelles e Diogenes Gasparini fazem uso da terminologia “requisitos do ato administrativo”.

Cretella Júnior (1977, p. 22) afirma que “os elementos dizem respeito à existência do ato administrativo e os requisitos seriam aqueles indispensáveis à sua validade, seriam assim, aqueles que lhe dariam condições de produzir efeitos jurídicos.”

Segundo ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello há na verdade uma diferenciação entre elementos e pressupostos do ato administrativo. Menciona o autor (2006, p. 374) que:

Os elementos são realidades intrínsecas do ato, ou seja, são componentes do ato administrativo, como o conteúdo e a forma. E já aqueles extrínsecos ao ato administrativo recebem a denominação de pressupostos, dividindo-se em pressupostos de existência (condicionam a sua existência) e pressupostos de validade (condicionam sua compatibilidade com a lei).

Quanto à quantidade desses elementos, parte da doutrina, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles e Seabra Fagundes, faz uso do disposto no artigo 2º da Lei n.º 4.717/65², enumerando os seguintes elementos: sujeito competente, forma prescrita em lei, objeto, motivo e finalidade pública

Mas, autores como Diogenes Gasparini ainda alegam a existência de mais dois elementos, quais sejam, o conteúdo e a causa.

² Art. 2º 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.

Independentemente da discussão acerca da terminologia utilizada para o tema, faz-se necessário elucidar que o importante é caracterizar esses elementos ou requisitos, de modo a delimitar-se o que possibilita a produção e a validade do ato administrativo.

Para o presente trabalho, portanto, serão estudados os cinco elementos previstos no artigo 2º da mencionada lei da ação popular, além do elemento denominado conteúdo, diante de sua importância para o estudo do instituto da anulação e utilizadas as terminologias elementos e requisitos como sinônimas, já que esta atitude em nada interfere o estudo do tema em foco.

O primeiro elemento do ato administrativo é o sujeito competente, e como o próprio nome diz, é aquele a quem a lei atribui competência para realizar o ato. Na acepção de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 379) este recebe a denominação de pressuposto de validade subjetivo.

Assim, a competência é um elemento vinculado, uma vez que sempre decorrerá da lei e é por ela delimitada. Esta partirá da repartição das funções administrativas e a sua ausência torna o ato inválido, configurando o chamado excesso de poder por parte do agente público que praticou o ato sem que houvesse competência para tal.

Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 196 - 197), “pode-se definir competência como o conjunto de atribuições de pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo”.

Ainda para a autora a competência decorrerá sempre da lei; será inderrogável, seja pela Administração ou por terceiros, uma vez que se busca o benefício do interesse coletivo, mas poderá ser objeto de delegação ou avocação, desde que a lei não estabeleça, de forma exclusiva, aquela competência a determinado órgão.

Em breve explanação quanto aos institutos da delegação e da avocação e em correspondência com os artigos 11, 13 e 14³ da Lei nº 9.784/99, tem-se que o primeiro caracteriza-se pela transferência temporária de parte das atribuições do delegante, o qual tem

³ Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos;

Art. 13. Não podem ser objeto de delegação:

I - a edição de atos de caráter normativo;

II - a decisão de recursos administrativos;

III - as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

Art. 14. O ato de delegação e sua revogação deverão ser publicados no meio oficial.

§ 1º O ato de delegação especificará as matérias e poderes transferidos, os limites da atuação do delegado, a duração e os objetivos da delegação e o recurso cabível, podendo conter ressalva de exercício da atribuição delegada.

a possibilidade de permanecer exercendo-a juntamente com o delegado ou de revogar esta delegação a qualquer tempo. Já a avocação seria o ato pelo qual o superior hierárquico traz para si o exercício temporário de determinada competência atribuída por lei a um subordinado, devendo ser medida excepcional e justificada.

Embora se afirme que a competência será sempre preestabelecida em lei, é certo que a fixação da competência para a prática de alguns atos podem não constar expressamente na norma jurídica, valendo assim, a regra geral de competência do Chefe do Poder Executivo para a prática desses atos. Com exceção para o disposto sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, conforme previsto no artigo 17 da Lei n.º 9.784/99 – “Inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.”

Diferentemente do que ocorre nas relações entre particulares, onde suas vontades podem manifestar-se livremente, a declaração da vontade do Estado, ou seja, o ato administrativo necessita de uma compatibilidade com a sua forma legal. Essa necessidade de observância da forma constitui verdadeira garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração, ela que posteriormente possibilitará o controle do ato administrativo.

A forma do ato administrativo constitui “verdadeiro elemento” para Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 377), ou seja, ela é intrínseca ao ato, faz parte do mesmo, sendo ela “o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência.” Assim, não há que se falar em ato sem forma, já que esta é o meio de exteriorização do ato e o Direito não se ocupa com de pensamentos ou intenções enquanto não exteriorizados.

Já na visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 200), existem na verdade duas concepções acerca da forma do ato administrativo, a primeira delas seria uma concepção restrita, onde se considera forma como a exteriorização do ato, possuindo este então forma escrita ou verbal, de decreto, de portaria e etc. Já a concepção ampla, inclui também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração.

Para a autora, seja a inobservância da forma como a do procedimento (concepção ampla de forma) tem-se a ilicitude do ato.

O elemento denominado objeto caracteriza-se como sendo aquilo sobre o que o ato dispõe, ou seja, a coisa ou a relação jurídica que sofrerá os efeitos jurídicos decorrentes do ato administrativo.

Assim, Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 126) faz uso dos seguintes exemplos de objeto de ato administrativo, “no ato declaratório de utilidade pública de um imóvel, para fins de desapropriação, o objeto do ato é o imóvel; na demissão de servidor público, o objeto é a relação funcional”.

Não há que se falar na existência de ato administrativo sem objeto material e juridicamente possível, assim dentro da classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, o objeto não seria um elemento do ato administrativo, já que não o integra, seria na verdade, um pressuposto de existência deste. O autor cita como exemplo de atos supostamente inexistentes pela falta de objeto, “intimação, por edital, de funcionário já falecido; licença outorgada à pessoa desconhecida”.

Alguns doutrinadores, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro fazem uso das terminologias objeto e conteúdo como sinônimas, já que para a autora (2005, p. 199), “o que interessa é considerar o segundo aspecto, ou seja, a produção dos efeitos jurídicos”. Mas, para autores como Celso Antônio Bandeira de Mello, Dirley da Cunha Júnior e Diogenes Gasparini, em correspondência aos ensinamentos de Zanobini, estas seriam duas realidades completamente distintas.

Assim, em conformidade com a opinião dos doutrinadores mencionados, e ainda que não previsto no artigo 2º da Lei N.º 4717/65, inicia-se o estudo do elemento denominado conteúdo.

Uma forma de se demonstrar o motivo pelo qual diversos doutrinadores optam por diferenciar os dois elementos é através do uso de exemplos, como o de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 127), já mencionado, do caso da desapropriação do imóvel. Segundo o autor, o objeto seria o imóvel e o conteúdo a própria desapropriação.

Conforme ensinamento de Diogenes Gasparini (2011, p. 119):

O conteúdo do ato administrativo vê-se, é aquilo para que o ato se preordena ou a que se destina. Em última análise, é a modificação do ordenamento jurídico. São exemplos de conteúdo: a outorga de uso, no ato de permissão de uso de bem

público; o desligamento do agente público, no ato de exoneração de funcionário ocupante de cargo de provimento em comissão.

No caso da outorga de uso, citada acima, o objeto, portanto, seria o imóvel, enquanto que o conteúdo seria a própria permissão de uso daquele objeto.

No que tange ao elemento motivo do ato administrativo é necessário que se tenha em mente primeiramente a diferenciação feita entre este e o princípio da motivação ao tópico 2.4 do presente trabalho.

O motivo seria então a razão que autoriza ou exige a criação do ato administrativo, e é assim determinado nas palavras de Diogenes Gasparini (2011, p. 117), “são ações ou omissões dos agentes públicos ou dos administrados ou, ainda, necessidades do próprio Poder Público que impellem a Administração Pública à expedição do ato administrativo”.

Quando da existência de um ato tido por vinculado, a sua prática dependerá da verdadeira ocorrência da situação prevista na lei, gerando-se, doutrinariamente, a divisão em motivo legal e motivo real, onde o primeiro seria a situação prevista na lei e o segundo a situação verificada em ocorrência no mundo real.

Caso essa situação autorizadora do ato administrativo não esteja estabelecida em lei, tem-se a possibilidade de execução dos atos chamados de “discricionários”, onde o administrador ao verificar uma situação de fato no mundo real poderá praticar o ato administrativo, desde que se demonstre, efetivamente, a existência daquele motivo ensejador.

A essa necessidade de comprovação efetiva da existência dos motivos que possibilitaram a prática do ato administrativo, como requisito de sua validade, originou-se, no entender de Diogenes Gasparini (2011, p. 117), a chamada “Teoria dos Motivos Determinantes”, onde só seria válido o ato se os motivos mencionados realmente se verificarem. Assim, a utilização de motivos falsos ou inexistentes vicia o ato praticado, mesmo que estes não fossem exigidos por lei.

Por último se tem o elemento denominado finalidade, ou seja, aquilo que a Administração Pública busca alcançar com a criação daquele ato administrativo. Como já estudado no item 2.4., a Administração Pública deve, precipuamente, pautar suas atividades com vistas ao atendimento do interesse da coletividade, diferentemente não poderia ser com seus atos, os quais devem ser praticados exclusivamente para um fim de bem comum.

Importante se faz destacar o artigo 2º, parágrafo único, alínea “e” da Lei N.º 4717/65, ao tratar dos casos em que se verificará a nulidade do ato administrativo, “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”. Ao utilizar o termo “regra de competência”, o legislador, segundo entendimento de Marcelo Alexandrino (2009, p. 439) refere-se, na verdade, à própria lei, uma vez que na alínea “a” do próprio dispositivo legal menciona-se a nulidade referente à competência.

Além dessa finalidade, tida por geral de qualquer ato administrativo, há que se falar também na existência de uma finalidade específica de cada ato, sendo esta sempre prevista em texto legal (vinculada), não cabe ao agente público determinar a finalidade que se busca com sua atuação.

Quanto à essa divisão doutrinária do elemento finalidade, cita-se a obra de Marcelo Alexandrino (2009, p. 438):

Podemos identificar nos atos administrativos:

- a) uma finalidade geral ou mediata, que é sempre a mesma, expressa ou implicitamente estabelecida na lei: a satisfação do interesse público;
- b) uma finalidade específica, imediata, que é o objetivo direito, o resultado específico a ser alcançado, previsto na lei, e que deve determinar a prática do ato.

No entendimento de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 123), “se o fim visado não for aquele previsto para o ato editado haverá o desvio específico de finalidade expondo o ato à invalidação”. Doutrinariamente, esse desvio da finalidade do ato administrativo, seja da finalidade geral (interesse público) ou da finalidade específica (o ato é condizente com o interesse público, mas a lei não prevê aquela finalidade para aquele determinado ato) há o chamado desvio de poder – uma das modalidades de abuso do poder.

Cita-se como exemplo de nulidade referente à falta de observância ao elemento finalidade, o caso em que o ato visa a remoção de funcionário público com o a finalidade de puní-lo. Ora, o ato de remoção não tem finalidade punitiva e sim apenas de transferência motivada (conveniência e interesse público) do funcionário. Caso se busque a sua punição, deve-se utilizar outro ato que não o de remoção.

Assim, embora o entendimento quanto aos elementos ou requisitos do ato administrativo não seja verdadeira unanimidade entre os doutrinadores, o que se buscou no presente estudo foi a caracterização dos componentes que o ato deve possuir para tornar-se válido para posterior dissertação acerca da possibilidade de extinção do ato administrativo.

3.3 Atributos do Ato Administrativo

Diferentemente dos elementos do ato administrativo, os quais constituem, como já visto, condições a serem observadas para a validação do ato, os atributos são características inerentes a este, ou seja, quando da edição de um ato administrativo válido, estas qualidades poderão estar presentes.

O estudo do presente tópico é de suma importância para, posteriormente, ao tratar-se da situação da anulação do ato administrativo, já se ter em mente o que aquele ato já desencadeou desde sua edição, e assim a forma com que a sua extinção afeta o interesse do terceiro de boa-fé.

Mencionou-se acima a possibilidade da presença dessas qualidades nos atos administrativos válidos, pelo fato de que alguns atributos não são inerentes à todos os atos administrativos. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 400):

[...] certos atributos, evidentemente, não comparecem nos chamados atos ampliativos, em que o Poder Público simplesmente defere aos administrados a fruição de algo que lhes amplia a esfera jurídica e em geral atende ao que foi pretendido pelos administrados (concessões, licenças, autorizações, permissões, outorgas de prêmios etc).

Assim, dá-se início ao estudo dos atributos do ato administrativo por aqueles inerentes à todo e qualquer ato administrativo válido (presunção de legitimidade e tipicidade).

A chamada presunção de legitimidade, já mencionada quando do estudo do princípio da legalidade, no item 2.4. – Princípios norteadores da função administrativa – do presente trabalho, refere-se a uma presunção *juris tantum* (ou seja, que possibilita prova em

contrário) de que o ato administrativo editado encontra-se em conformidade com a norma legal.

Em uma conjugação entre o princípio da legalidade, que adverte que “o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode afastar ou desviar” (item 2.4. – Princípios norteadores da função administrativa), e a necessidade de agilidade no exercício das atribuições do Poder Público, alcança-se o fundamento para esta presunção de legitimidade do ato administrativo.

Quanto ao primeiro, explica-se essa presunção de legitimidade do ato administrativo, uma vez que a Administração Pública encontra-se sujeita à lei em todas as suas atividades (princípio da legalidade). E com relação ao segundo fundamento mencionado, a necessidade de agilidade, basea-se no fato de que o poder público, tendo em vista o atendimento ao interesse da coletividade, necessita que suas atividades sejam realizadas com rapidez, o que não seria possível caso a Administração dependesse de manifestação prévia do Poder Judiciário quanto à validade de todos os seus atos.

Importante frisar-se o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 191) quanto ao referido tema, uma vez que a autora diferencia presunção de legalidade de presunção de veracidade:

Embora se fale em presunção de legitimidade ou de veracidade como se fossem expressões com o mesmo significado, as duas podem ser desdobradas por abrangerem situações diferentes:

- a)- presunção de legitimidade, significando que a interpretação e a aplicação da norma jurídica pela administração foram corretas;
- b)- presunção de veracidade, significando que os fatos alegados pela Administração existem, ocorreram, são verdadeiros.

Para o presente trabalho, acolhendo-se a opinião de doutrinadores como Diogenes Gasparini e Celso Antônio Bandeira de Mello, será adotada a denominação presunção de legitimidade, tão somente.

Em decorrência dessa presunção relativa de legitimidade dos atos administrativos, o que se observa juridicamente é uma inversão no ônus da prova da existência de vício no ato. Assim, quem deve provar a ocorrência de um vício no ato administrativo perante o Judiciário é o administrado.

Ainda em decorrência do princípio da legalidade nasce o atributo tipicidade dos atos administrativos, segundo o qual se impede a Administração de praticar atos sem que haja uma anterior previsão legal.

Dessa forma, nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 194):

Tipicidade é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei.

Sendo assim, diferentemente do que ocorre nas relações entre particulares, onde, pela autonomia da vontade, possibilita-se a prática de quaisquer atos, em relação aos atos unilaterais praticados pela Administração Pública necessita-se de expressa previsão legal. Dizem-se atos unilaterais, uma vez que não se verifica a presença desse atributo em relação aos chamados contratos administrativos, já que nesse caso depende-se da aceitação da vontade da Administração pelo particular.

O atributo da tipicidade dos atos administrativos representa uma garantia para o administrado, “já que impede que a administração pratique um ato, unilateral e coercitivo, sem prévia previsão legal e ainda afasta a possibilidade de ser praticado ato totalmente discricionário, pois se define em lei os limites dessa discricionariedade.” (DI PIETRO, 2004, p. 195).

Partindo-se para a caracterização de atributos existentes em apenas parte dos atos administrativos, tem-se a chamada imperatividade, que se manifesta em atos administrativos que impõem obrigações, excluindo-se assim atos como a autorização, a permissão, a licença, a admissão, a declaração, o parecer e a certidão, já que nesses casos os efeitos jurídicos do ato dependem exclusivamente do interesse do particular na sua utilização.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 401):

Decorre do que Renato Alessi chama de “poder extroverso”, que permite que ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações.

No momento de concretização desse ato administrativo já se verifica a existência desse atributo, independentemente da necessidade de declaração de sua validade. Dessa forma, todo ato dotado de imperatividade deve ser prontamente atendido enquanto não declarada sua possível revogação ou anulação.

Por fim, o último atributo dos atos administrativos à ser estudado, a executoriedade, é dividida por doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello em dois atributos distintos: a exigibilidade e a executoriedade. Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro este atributo é estudado apenas sob a denominação auto-executoriedade, uma vez que para a autora “o importante é ressaltar o fato de que, em ambas as hipóteses, a Administração pode auto-executar as suas decisões, com meios coercitivos próprios, sem necessitar do Poder Judiciário.” (DI PIETRO, 2004, p. 194).

Mas, em uma linha de entendimento já adotada em concordância com a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, necessário se faz elucidar a distinção entre estes institutos.

A executoriedade se mostra como a qualidade que permite à Administração Pública conferir imediata efetividade a seus atos administrativos que encerram obrigações. Esta possibilita que seja o administrado compelido materialmente à cumprir a obrigação imposta (imperatividade) e exigida (através da exigibilidade), sem se valer da intervenção do Poder Judiciário.

Logo, “a executoriedade não se confunde com a exigibilidade, pois esta não garante, só por si, a possibilidade de coação material, de execução do ato. Assim, há atos dotados de exigibilidade, mas que não possuem a executoriedade.” (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 401).

Na executoriedade, portanto, tem-se o emprego de meios diretos de coação ao cumprimento da obrigação pelo administrado, como por exemplo, demolição de uma obra irregular, incineramento de medicamentos cujo prazo de validade expirou, apreensão de mercadorias de porte ilícito, entre outros.

Vale lembrar que esta característica de auto-executoriedade de alguns atos administrativos não deixa o administrado totalmente à mercê da atuação da Administração, uma vez que, este pode sempre recorrer ao Poder Judiciário visando impedir preventivamente que se fira seus direitos. Essa medida de prevenção é possível através do mandado de

segurança preventivo ou repressivo (art. 5º, LXIX, da Constituição Federal) e do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, do mesmo texto normativo).

Por fim, após a análise dos atributos dos atos administrativos conclui-se que este, em decorrência da presunção de legitimidade, é presumido como legítimo, até que se prove o contrário; pela tipicidade, possui correspondência com figuras previstas em lei; cria para terceiro, independentemente de sua vontade, uma obrigação, em razão da imperatividade e pela executoriedade obriga o administrado à obediência por meio da coação direta aplicada pela Administração, independentemente de aquiescência do Poder Judiciário.

3.4 Vícios do Ato Administrativo

Relembrando-se do disposto no item 3.1., quanto ao conceito de ato administrativo, nota-se que, embora não sendo consentimento unânime entre os doutrinadores, o ato administrativo é tratado como espécie dos atos jurídicos de direito comum; obviamente, com certas características que lhe são próprias como já demonstrado no item anterior.

A matéria relativa aos vícios na esfera civil encontra-se disposta nos artigos 166 (nulidades absolutas) e 171 (nulidades relativas) do Código Civil de 2002⁴, referindo-se basicamente aos três elementos do ato jurídico - sujeito, objeto e forma.

Quando se confronta a matéria relativa às nulidades no Direito Civil e no Direito Administrativo, observa-se o posicionamento favorável de parte da doutrina ao acolhimento da distinção usual no Direito Privado em nulidades absolutas (atos nulos) ou

⁴ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

nulidades relativas (atos anuláveis) também para este ramo do Direito. O que, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 201), consiste em interpretação errônea, já que no “Direito Administrativo não há que se falar em nulidade relativa, uma vez que a legalidade impõe-se como condição de validade e eficácia do ato, em atendimento a exigência de legitimidade da atuação Pública”.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 235), defensora da corrente que admite a transposição da teoria das nulidades do Direito Civil ao Direito Administrativo, desde que atendidas suas particulares, doutrina a autora no sentido de que “quando o vício seja sanável ou convalidável, caracteriza-se a hipótese relativa; caso contrário, a nulidade é absoluta”.

Opiniões contrárias ou não, o que se tem por certeza é que os artigos acima dispostos, referentes à tal matéria no Direito Civil, não podem ser levados ao exame na esfera administrativa sem um estudo anterior das particularidades dos vícios referentes aos atos administrativos.

Primeiramente, algumas particularidades são encontradas quando se trata de ato administrativo, sendo em primeiro lugar que os vícios dos atos administrativos podem afetar interesses de terceiros ou até mesmo o interesse da coletividade, e assim exercendo seu poder de autotutela (item 2.4. – Princípios norteadores da função administrativa), incumbe à Administração declarar a nulidade do ato, independente da provocação de terceiro.

Dessa forma, conclui-se que, diferentemente do que ocorre quando da verificação da nulidade absoluta no Direito Civil, que pode ser decretada pelo juiz, de ofício ou mediante provocação do interessado ou do Ministério Público⁵, no Direito Administrativo, através do poder de autotutela da Administração Pública, esta não pode ficar aguardando provocação do interessado para decretar a nulidade.

De acordo com o disposto no texto normativo do artigo 2º da Lei nº. 4.717/65, o qual já anteriormente transcrito, os vícios podem atingir os cinco elementos do ato administrativo.

⁵ Art. 168. As nulidades dos artigos antecedentes podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir.

Parágrafo único. As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Em primeiro lugar encontram-se os vícios referentes ao sujeito, e sob este aspecto o ato administrativo pode apresentar vícios de duas modalidades: falta de capacidade e ausência de competência.

Os vícios referentes à falta de capacidade, além daqueles previstos nos artigos 3º e 4º do Código Civil⁶ e dos resultantes das condições de legítima manifestação da vontade do agente (dolo, erro, coação, simulação ou fraude), encontram respaldo em ainda outras duas possibilidades de verificação desta modalidade de vício, o impedimento e a suspeição do agente.

No entender de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 230), estas outras duas possibilidades de ocorrência do vício de falta de capacidade do sujeito para edição do ato administrativo possui fundamentação na Lei nº 9.784/99, que em seu artigo 18 determina estar impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade 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; III – esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Além disso, dispõe o artigo 20 do referido texto legal sobre a possibilidade de arguição de suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até terceiro grau.

Assim, o fundamento tanto do impedimento quanto da suspeição é a chamada imparcialidade do agente, e diferentemente do que ocorre no Direito Civil, onde o impedimento caracteriza uma nulidade absoluta e insanável, aqui ambos caracterizam uma nulidade relativa, já que passíveis de convalidação por agente que não se encontre nessa situação.

⁶ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Já quanto à ausência de competência, como já tratado no item 3.2. no tocante ao elemento “sujeito competente” do ato administrativo, a competência virá sempre definida em lei.

Logo, nos dizeres de João Antunes dos Santos Neto (2004, p. 127) “será ilegal o ato praticado por quem não tem, fixadas pelo ordenamento, atribuições para tanto, verificando-se da mesma forma o defeito invalidador do ato quando aquelas atribuições forem extrapoladas pelo agente”.

Verificam-se os seguintes vícios relativos à ausência de competência do sujeito para a prática do ato administrativo: “usurpação de poderes”, o “abuso” e a “invasão de poderes ou competência”. (MOREIRA NETO, 1989, p. 142).

A chamada “usurpação de poderes”, também denominada por autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro de “usurpação de função”, constitui ilícito penal previsto no artigo 328 do Código Penal⁷, caracterizando-se o delito pela prática de atos próprios de agente público por agente que não satisfaça ainda as exigências legais ou depois de perdê-las.

Para a autora, além dessa modalidade de vício de usurpação de função, existe ainda, quanto aos vícios referentes à competência, o excesso de poder e a função de fato.

Denominado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989, p. 143) apenas como “abuso”, o excesso de poder de que trata Di Pietro caracteriza-se pela extrapolação do limite de suas atribuições legais por parte do agente público. Assim, nessa hipótese, “o agente é legítimo, mas ultrapassou o limite do seu âmbito de atuação legal”.

Esta modalidade de vício conjuga-se com o vício quanto à finalidade denominado desvio de poder para caracterizar as espécies de abuso de poder. Dessa forma, o abuso de poder, na sua modalidade excesso ocorre quando o agente extrapola os limites de suas atribuições, enquanto que na modalidade desvio, este ocorre quando o agente pratica ato com finalidade diversa da que determina a lei.

Por fim, diferentemente do que ocorre no caso de excesso de poder, em que o agente é legítimo para a atuação pública, na chamada função de fato o sujeito que pratica o ato está irregularmente investido no cargo, emprego ou função, mas sua situação “tem toda aparência de legalidade.” (DI PIETRO, 2004, p. 230). E é esta “aparência de legalidade” que

⁷ Art. 328 - Usurpar o exercício de função pública:
Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

diferencia a figura do usurpador de função do funcionário de fato, onde o ato praticado por este é considerado válido em proteção ao direito do administrado.

De forma mais simplista, para verificação dos vícios referentes ao objeto basta observar-se que o objeto do ato administrativo deve ser lícito (não pode ser proibido por lei), possível (os efeitos pretendidos devem ser realizáveis de fato e de direito), moral e determinado (certo quanto aos destinatários, ao tempo, ao lugar).

Logo, se a lei determina o objeto de um ato administrativo, o agente não pode praticá-lo de forma diversa daquela predeterminada. Mas, autores como Moreira Neto (1989, p. 145), defendem a possibilidade de no caso de alteração quantitativa para mais ou para menos, apenas corrigir-se o ato de modo à adequá-lo ao previsto em lei. Assim, a alteração quantitativa para mais implicaria em anulação apenas do excesso do objeto, e se for para menos, o ato seria corrigido de forma a acrescentar-lhe o que faltar.

Facilmente detectado também, o vício quanto ao motivo, se manifesta sempre que o ato administrativo se fundamentar em matéria de fato ou de direito inexistente (artigo 2º, parágrafo único, alínea “d” da Lei nº 4.717/65) ou ainda no caso de falsidade do motivo. Assim, “se a Administração pune um funcionário, mas este não praticou qualquer infração, o motivo é inexistente; se ele praticou infração diversa, o motivo é falso.” (DI PIETRO, 2004, p. 232).

Em ambos os casos, seja de inexistência ou falsidade do motivo ensejador da prática do ato, tem-se a nulidade de pleno direito do ato administrativo.

O vício relativo à forma do ato administrativo é previsto no artigo 2º, parágrafo único, alínea “b”, da Lei nº. 4.717/65 - “o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato”.

Essa necessidade de observância dos requisitos extrínsecos previstos em lei para o ato específico pode ser essencial, onde a forma é considerada condição imprescindível (condição *sine qua non*) para a validade do ato administrativo; ou ocasional, onde a forma é considerada apenas como meio de melhorar a condição do ato administrativo, aclarar seu conteúdo.

Nos dizeres de João Antunes dos Santos Neto (2004, p. 130):

[...] a ausência de formalidade dita essencial gera a nulidade do ato administrativo, ao passo que falta de formalidade ocasional irá consistir em regra de anulabilidade ou de mera irregularidade, incapaz de fulminar a sua validade (do ato), caso tenha atingido seu objetivo.

Assim dispõe a Lei Federal nº 9784/99, em seu artigo 55, *in verbis*:

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.

Portanto, após a análise dos vícios referentes aos atos administrativos, conclui-se, em consonância com a doutrina majoritária atual, que, diferentemente do que afirma a teoria monista, defendida por Hely Lopes Meirelles, os atos administrativos, na verdade, podem ser nulos, quando se nota a existência de um vício tido por insanável, e anuláveis, os quais, por apresentarem um vício de menor gravidade, podem ser objeto da chamada convalidação, onde o ato é corrigido ou regularizado para o atendimento do interesse público.

Sendo de entendimento pacífico a possibilidade de convalidação quanto ao vício relativo à competência, quando esta não for exclusiva, e quanto à forma, quando esta não for elemento essencial do ato.

4. DA EXTINÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

4.1 Formas de Extinção do Ato Administrativo

Embora o tema do tópico em questão se refira ao ato administrativo, preferiu-se pela sua explanação em item apartado, uma vez que o presente trabalho visa debruçar-se sobre esta questão, em específico quanto à modalidade de anulação do ato administrativo e suas consequências na esfera do direito adquirido por terceiro.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 425), “diversas são as causas que determinam a extinção dos atos administrativos ou de seus efeitos. Duas delas são mais comuns e mais importantes: a revogação e a anulação”.

Importante destacar-se que alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, João Antunes dos Santos Neto e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, utilizam a denominação invalidação como sinônimo de anulação e para outros, como Hely Lopes Meirelles, esta denominação vale como designação, na verdade, de extinção dos atos administrativos, englobando assim as modalidades de revogação e anulação.

Independentemente da designação do termo invalidação, no presente trabalho será utilizado o termo extinção do ato administrativo e suas consequentes modalidades, revogação e anulação. Dessa forma, o que se busca é a análise aprofundada de uma das modalidades em destaque da extinção do ato administrativo, qual seja a sua anulação, que será sintetizada em tópico separado, sendo apresentado a seguir apenas um panorama das demais formas de extinção do ato administrativo.

Primeiramente, na esfera de extinção do ato administrativo capaz de produzir seus efeitos próprios (ato administrativo eficaz), esta pode se dar “pelo cumprimento de seus efeitos, desaparecimento do sujeito ou do objeto, retirada do ato e renúncia”. (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 426).

Em referência à modalidade que engloba as formas de extinção mais importantes doutrinariamente (revogação, anulação, cassação, caducidade e contraposição), inicia-se a análise da chamada “retirada do ato”.

No entender de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 426), acolhido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 226), a retirada do ato administrativo ocorre quando o Poder Público emite um ato concreto com efeito extintivo sobre o anterior.

A chamada cassação do ato administrativo se dá no caso de desatendimento, por parte do destinatário do ato, das condições previstas neste para a continuidade da situação jurídica criada. Para este tipo de retirada do ato administrativo cita-se o exemplo dado pelo autor de cassação de licença para funcionamento de hotel por haver se convertido em casa de tolerância.

Já a caducidade ocorre “porque sobreveio norma jurídica que tornou inadmissível a situação antes permitida pelo direito e outorgada pelo ato precedente”. (DI PIETRO, 2004, p. 226). É o caso, por exemplo, da retirada da permissão para exploração de parque de diversões em local que, em face da nova lei de zoneamento, tornou-se incompatível com aquele tipo de uso.

Com relação à contraposição, explica o autor que esta se dá como no caso de exoneração de funcionário, onde se denotam efeitos contrapostos ao da nomeação. Assim, esse tipo de retirada do ato administrativo ocorre porque foi emitido ato com fundamento em competência diversa que gerou o ato anterior, mas seus efeitos são contrapostos aos anteriormente verificados. Logo, verifica-se a existência de um novo ato administrativo em contraposição à ato já existente, possibilitando-se assim a sua retirada da esfera de produção de efeitos jurídicos.

Com relação à hipótese de retirada do ato administrativo legítimo, pela própria Administração Pública, quando este é considerado não mais conveniente ou oportuno para o atendimento do interesse público, se tem a chamada revogação do ato administrativo.

Os institutos da revogação e da anulação do ato administrativo possuem previsão sumulada pela Suprema Corte, conforme já demonstrado no item 2.4 com a transcrição da Súmula nº 473⁸.

A revogação do ato administrativo, é conceituada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 428) como “a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro

⁸ STF Súmula nº 473 - Administração Pública - Anulação ou Revogação dos Seus Próprios Atos
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.

ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes”.

Já no entedimento de Hely Lopes Meirelles (2003, p. 195), esta “é a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração – e somente por ela – por não mais lhe convir sua existência”.

Em análise destrinchada das referidas conceituações pode-se concluir que, primeiramente, esta modalidade de extinção é exercida por uma autoridade no exercício da competência administrativa, cujo objeto é um ato administrativo ou uma relação jurídica válida, onde, através de sua posterior reapreciação, constatou-se a sua “inadequação” ao interesse público atual.

Essa extinção do ato administrativo opera sob o chamado efeito *ex nunc*, ou seja, da data extinção do ato administrativo em diante. Assim, os efeitos jurídicos decorrentes da edição daquele ato até a data de sua revogação permanecem intactos; são válidos, portanto, de pleno direito.

Adentrando-se à esfera das consequências causadas pela revogação no âmbito dos direitos de terceiro, Hely Lopes Meirelles (2003, p. 196) assim assevera:

Em princípio, todo ato administrativo é revogável, mas motivos óbvios de interesse na estabilidade das relações jurídicas e de respeito aos direitos adquiridos pelos particulares afetados pelas atividades do Poder Público impõem certos limites e restrições a essa faculdade da Administração.

Os limites da revogação mencionados pelo autor, caracterizam-se pela existência de atos administrativos que não podem ser revogados, sendo eles: o ato já exaurido, o ato que gera direito adquirido, o ato vinculado, já que é calcado na lei, não havendo liberalidade da Administração para tal e, por fim, o ato com conteúdo meramente enunciativo (certidões, pareceres, atestados).

Primeiramente destaca-se a existência dos atos administrativos denominados por Hely Lopes Meirelles (2002, p. 159) de “atos gerais, editados sem que haja uma destinação específica, possuindo apenas uma finalidade normativa, atingindo todo o contingente de sujeitos que se encontram na situação de fato mencionada em seus preceitos”. Assim, esses atos não objetivando situações pessoais, não geram, normalmente, direitos

subjetivos individuais, motivo pelo qual os particulares não podem opor-se à sua revogação, já que ficam mantidos os efeitos jurídicos antes produzidos.

Já quando se tem um ato administrativo denominado individual, que possui destinatário certo, criando-lhe uma situação jurídica particular, vindo à gerar direito adquirido por terceiro, entende-se que este ato viria a se tornar, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 437), irrevogável.

Assunto de grande repercussão entre os doutrinadores, a revogação do ato administrativo, dito irrevogável, por tornar-se inconveniente ao interesse público, quando esta extinção acaba por atingir direito adquirido por terceiro, já encontra-se majoritariamente consolidado no sentido da necessidade de indenização do beneficiário atingido pela revogação.

Segundo entendimento de doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e Seabra Fagundes, pode-se falar em supressão do ato mediante indenização completa dos prejuízos suportados pelo seu beneficiário.

Utilizando-se da denominação expropriação para a situação em que, inexistindo o poder de revogar da Administração, esta o faz para atendimento de um interesse público, Daniele Coutinho Talamini, em sua monografia “Revogação do Ato Administrativo” (Malheiros Editores, 2002, p. 232 e ss), menciona que tal instituto deveria ser utilizado quando fosse inevitável o choque entre este interesse público e um direito do administrado.

E utilizando-se da terminologia desapropriação em referência ao instituto mencionado pela autora, Celso Antônio de Mello (2006, p. 438), cita como “fórmula”, para que se componha o interesse público e o direito do administrado nesse caso, a previsão disposta no artigo 5º, XXIV, da Constituição Federal:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

Concluindo então o autor:

Por isso é absurdo supor-se possa a Administração aniquilar um direito de alguém sem prévia indenização, a título de “revogar” e invocando um “interesse público”. Vai nisso evidente confusão entre os planos do Direito e da Ciência da Administração.

Logo, se não é permitido ao particular que mantenha a prática de ato prejudicial ao interesse público, também não seria lícito ao Poder Público suprimir direitos legitimamente adquiridos por este. Assim, a necessidade de indenização quando da revogação do ato administrativo dito individual e supostamente irrevogável, determina-se como imprescindível, não cabendo a Administração simplesmente operar a revogação e remeter o lesado às vias judiciais, já que esta seria via menos conveniente para ele, necessitando-se, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 438), de uma indenização “prévia, justa e em dinheiro”.

4.1 Anulação do ato administrativo

Designada por alguns autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello como invalidação do ato administrativo, essa forma de extinção do ato administrativo, diferentemente do observado na revogação, ocorre quando verificada a ilegalidade ou ilegitimidade do ato editado.

Na concepção de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 197), a denominação é mesma de “anulação do ato administrativo, sendo esta uma declaração de invalidação feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário”.

O autor menciona a existência da modalidade de anulação denominada cassação, observada quando da edição de um ato administrativo legítimo em sua origem e formação, mas que vem a se tornar ilegal na sua execução. Esta cassação do ato administrativo é comumente observada nos casos de alvará de licença para construir, que expedido legalmente, vem a ser descumprido na execução da obra.

Já Diogenes Gasparini (2011, p. 166) faz uso de ambas as denominações, sendo utilizado o termo invalidação, “quando essa modalidade de extinção é realizada pela

própria Administração, já que haveria a necessidade de um ato administrativo que declarasse a invalidade e retirasse o ato assim declarado do ordenamento jurídico”, e anulação, “quando a retirada do ato administrativo é feita pelo Poder Judiciário”.

Nos dizeres do autor (2011, p. 163), a invalidação seria a “retirada retroativa, parcial ou total, de um ato administrativo, praticado em desconformidade com o ordenamento jurídico, por outro ato administrativo”.

Essa desconformidade com o ordenamento jurídico não se caracteriza unicamente pela afronta ao disposto na norma jurídica, mas também pela desconformidade deste com todos os preceitos e princípios que regem a administração pública. Assim, é preciso que se observem os fatos e as provas que deram origem à prática daquele ato passível de anulação.

Conforme esclarecido no item 2.4 – Princípios norteadores da função administrativa – a atividade administrativa deve pautar-se pela observância das normas legais, e, por conseguinte, gera-se uma presunção de legitimidade de seus atos. Assim, logo que se observe a manutenção de um ato administrativo em desconformidade com o texto legal ou com os princípios da função administrativa, deve-se proceder à obediência à legalidade, restaurando-a o quanto antes, através da anulação daquele ato administrativo.

Como já mencionado na conceituação de Hely Lopes Meirelles, a anulação tem por sujeitos ativos a Administração Pública, que atua através da provocação de terceiro interessado ou espontaneamente, e o Poder Judiciário, através da sua função de determinar o Direito aplicável no caso concreto.

Esse controle judicial dos atos administrativos é possível uma vez que, segundo norma prevista pela própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXV, “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”, além também do disposto nos incisos LXIX e LXX do mesmo normativo, quanto ao mandado de segurança.

No entender de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 203):

Quaisquer que sejam a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito a apreciação judicial, exatamente para que a Justiça diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesse da coletividade.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula nº 346 estabeleceu que “a administração pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”.

A essa possibilidade de anular seus atos administrativos ilegais, cita-se o entendimento de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 201):

A anulação dos atos administrativos pela própria Administração constitui a forma normal de invalidação da atividade ilegítima do Poder Público. Essa faculdade assenta no poder de autotutela do Estado. É uma justiça interna, exercida pelas autoridades administrativas em defesa da instituição e da legalidade de seus atos. (grifo nosso)

Essa atuação da Administração através do princípio da autotutela, visando à anulação do ato administrativo, não é feita pura e simplesmente ao gosto da Administração sem que, no caso de terceiro interessado, este venha à ser ouvido na defesa de seu direito. Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 444), em defesa dessa teoria, faz uso do disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, referente ao processo administrativo e judicial, de acordo com o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa”.

Este tema será suscitantemente abordado no item 4.3., quando ao estudo da anulação e o direito de terceiro.

Para parte da doutrina, como Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o que existe, na verdade, é um dever da Administração de invalidar esses atos administrativos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. Assim como o disposto no artigo 53 da Lei Federal nº 9.784/99, *in verbis*:

A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Esse poder-dever da Administração de rever e, se for o caso, anular o ato administrativo tido por ilegal, pode ser realizado a qualquer tempo, salvo no caso da chamada *prescrição*, matéria que gera controvérsias entre os doutrinadores.

Quanto à observância da prescrição para a declaração da nulidade do ato administrativo, cita-se o entendimento de Diogenes Gasparini (2011, p. 167-168):

Nada justifica a possibilidade de um ato administrativo vir a ser declarado inválido depois de um longo tempo de sua edição. A entender-se isso factível, estar-se-ia pondo em risco a necessária estabilidade das relações jurídicas após certo tempo de vigência. Destarte, decorrido determinado prazo, o ato ilegal, firma-se, estabiliza-se, não podendo mais ser invalidado pela Administração Pública ou anulado pelo Judiciário.

De acordo com o disposto no artigo 1º do Decreto Federal nº 20.910/32, “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originar”. Como não se menciona a natureza da ação judicial (pessoal ou real), no entender de Diogenes Gasparini (2011, p. 168), “qualquer dessas medidas pode ser interposta contra atos da Administração Pública, dentro desse quinquênio”.

Quanto à esfera administrativa, para o referido autor, o combate ao ato inválido deve ser consubstanciado no texto legal do artigo 6º do mesmo Decreto: “o direito à reclamação administrativa, que não tiver prazo fixado em disposição de lei para ser formulada, prescreve em um ano a contar da data do ato ou fato do qual a mesma se originar”. E assim, se transcorrido o prazo prescricional de um ano perante a Administração, pode o interessado promover a anulação pelas vias judiciais, onde o prazo prescricional é maior.

Já para Hely Lopes Meirelles (2002, p. 201), “como entre nós as ações pessoais contra a Fazenda Pública prescrevem em cinco anos e as reais em vinte, nesses prazos é que podem ser invalidados os respectivos atos administrativos”.

A propósito, em precedente jurisprudencial importante, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, proferiu entendimento quanto ao instituto da prescrição em matéria administrativa:

PRESCRIÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE APONTADA POR PARTICULAR. DECURSO DO PRAZO DE CINCO ANOS. RECONHECIMENTO DA CAUSA EXTINTIVA DE ACIONAR. 1 – O Decreto nº 20.910, de 06/01/32, ao determinar a prescrição quinquenária de qualquer ação contra ato administrativo não fez qualquer distinção entre nulidade e anulabilidade. O prazo da prescrição incide em relação a quaisquer direitos pessoais, como o são os decorrentes de relação de serviço público. 2 - A prescrição quinquenal referida abrange qualquer direito ou ação. 3 – Se é certo que o ato

administrativo ilegítimo não se torna válido pelo tempo decorrido, qualquer que seja o período de sua duração, pois, o que é vicioso sempre continua vicioso. Certo, também, é que prescreverá, no prazo de 5 (cinco) anos a ação do interessado para invalidar, por não se justificar a instabilidade jurídica, mesmo que potencial, por todo e sempre. 4 – Em consequência, se o interessado não agiu dentro dos cinco anos autorizados pelo ordenamento positivo, o ato, mesmo inválido, firma-se, estabiliza-se, não podendo ser mais anulado, quer por meio administrativo, quer por decisão judicial. 5 – Sentença reformada. Provimento do Recurso. (TRF – 5º Região, Ae 195-SE, julgado em 3/8/89, i n RDA 194:309).

Autores como João Antunes dos Santos Neto, afirmam que o limite à ação invalidatória de ofício por decurso de tempo só se opera pela caducidade, uma vez que a prescrição se refere a perda da ação atribuída a um direito, e a Administração não precisa recorrer ao Poder Judiciário para promover a anulação de seus atos ilegais. O autor faz menção ao artigo 54, §1º, da Lei Federal nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, afirmando que esta veio para solucionar parte dessa controvérsia:

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.

§ 1º - No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

O que se pode fixar definitivamente é a existência do lapso quinquenário para o termo final até o qual a anulação pode positivar-se.

Após o reconhecimento e a declaração de nulidade do ato administrativo, seja pela Administração ou pelo Judiciário, os efeitos dessa anulação alcançam o ato administrativo desde o seu nascimento (efeitos *ex tunc*), ou seja, retorna-se ao estado anterior à edição do ato, desfazendo-se todos os vínculos entre as partes. Mas, aqui se insere a problemática à ser sintetizada no próximo item, referente ao terceiro de boa-fé, que fora atingido pelos efeitos desse ato anulado.

4.2 Direito Subjetivo do Administrado

Para proceder-se à análise pormenorizada das consequências da anulação de um ato administrativo na esfera do direito adquirido por terceiro, necessário tecer algumas ponderações acerca do tema do presente tópico.

Segundo Vicente Ráo (1991, p. 198), “dentro do conjunto sistemático de normas destinadas a disciplinar a conduta dos homens na convivência social, asseguradas pela proteção-coerção a cargo do Estado, ou seja, do dentro do direito positivo, existe a distinção entre a norma considerada em si e a faculdade que ela confere às pessoas singulares ou coletivas, de procederem segundo o seu preceito, isto é, entre a norma que disciplina a ação (*norma agendi*) e a faculdade de agir de conformidade com o que ela dispõe (*facultas agendi*)”.

A chamada *norma agendi*, ou seja, a norma em si mesma determina-se como verdadeira diretriz, vivendo fora da pessoa do seu destinatário, constituindo o direito objetivo. Este nada mais é do que o conjunto de normas criadas com vistas à regulamentação do comportamento humano.

Já a *facultas agendi*, que se realiza na pessoa de seu titular, é a faculdade decorrente do próprio direito objetivo, colocada à disposição do indivíduo para que faça valer o regulado pela *norma agendi*, formando assim o chamado direito subjetivo.

Para o referido autor (1991, p. 198), “quando uma norma prescreve, por exemplo, que os atos jurídicos são anuláveis por dolo, em sendo este a sua causa, ela atribui, sem dúvida, ao prejudicado, a faculdade de se eximir dos efeitos do ato viciado, promovendo-lhe a anulação”.

Já no entendimento de Goffredo Telles Junior (2002, p. 264-265), “direitos subjetivos são as permissões dadas por meio de normas jurídicas”. Ou seja:

Quem tiver permissão jurídica, permissão dada por meio de norma jurídica, para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter alguma coisa, possui o direito (o direito subjetivo) de fazê-la ou não fazê-la, de tê-la ou não tê-la.

No entender do autor, os direitos subjetivos não são faculdades, são permissões para o uso das faculdades humanas.

Sendo assim, não se buscando com o presente trabalho destrinchar-se o tema referente à definição de direito subjetivo, mas sim o que este representa no mundo jurídico ante a aquisição por terceiro de um direito, em decorrência da edição de determinado ato administrativo, acolhe-se, assim como Luis Roberto Gomes, em distinto *paper* elaborado pelo

autor (2007), a definição proposta por Miguel Reale (2005, p. 260) para quem direito subjetivo é “a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”.

E, em decorrência da existência desse direito subjetivo, nasce a figura do preceito constitucionalmente protegido de direito adquirido: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (artigo 5º, XXXVI). Previsto também no artigo 6º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, *in verbis*:

Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém que por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Assim, o que se busca é a proteção desse direito subjetivo, que uma vez incorporado à pessoa de seu titular, não pode ser afastado, quer seja pela edição de lei posterior em contrário, uma vez que este veio à tornar-se um direito adquirido por aquele terceiro de boa-fé.

Com relação à existência de um ato administrativo capaz de gerar direitos subjetivos à seu destinatário, entende-se por direito subjetivo aquela situação decorrente do ato válido e exequível que coloca de um lado alguém obrigado a dar, prestar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa e de outro lado alguém que possa exigir essa ação ou abstenção, no seu interesse próprio, por meios judiciais.

Visando-se proteger o direito subjetivo de terceiro, a Suprema Corte já proferiu o seguinte entendimento, quando do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança 21.959-4: “Irregularidades formais, sanadas por outro meio, ou irrelevantes por sua natureza, não anulam o ato que já criou direito subjetivo de terceiro”.

Esse direito subjetivo se verifica, por exemplo, quando da nomeação (ato jurídico individual) de terceiro à provimento em cargo público, mediante aprovação em concurso público. Nesse diapasão, se tem importante precedente jurisprudencial, onde a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso em Mandado de Segurança nº. 21.323/SP, proferiu o seguinte entendimento:

[...] tendo em vista os princípios da lealdade, da boa-fé administrativa e da segurança jurídica, bem como o fato de que a criação de cargos depende de prévia

dotação orçamentária, o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame, consideradas as desistências dos candidatos melhor classificados, não tem mera expectativa de direito, mas verdadeiro direito subjetivo à nomeação. (RMS 21.323/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 21/06/2010)

Inúmeros são os casos no Brasil, de candidatos, que aprovados regularmente em concurso público, não conseguem ingressar na carreira pública, embora este lhe seja um direito legalmente constituído. Em sentido contrário, diversos são os casos de candidatos que são nomeados sem o devido procedimento legal, o que posteriormente resulta em anulação daquela nomeação.

Embora, em tese, autores como João Antunes dos Santos Neto (2004, p. 165) afirmem que “dos atos administrativos tidos por ilegais não se resultam direitos de qualquer espécie”, existe a possibilidade daquele beneficiário da situação criada agir exclusivamente com boa-fé, e ausente a má-fé por parte da Administração com a edição daquele ato, pode-se falar na existência de direitos oponíveis.

Portanto, após sistematização da possibilidade de aquisição de direitos pela edição de atos administrativos, procede-se à análise das consequências da anulação desses atos na esfera do direito subjetivo de terceiro.

4.3 Anulação do Ato Administrativo e o Direito Subjetivo de Terceiro

O Estado, através do exercício de sua atividade administrativa, pratica atos, que em decorrência do poder de supremacia estatal ante os particulares, produzem efeitos que transcendem seus âmbitos e invadem a esfera de direitos de terceiros, impondo-lhes obrigações.

Em decorrência desta “supremacia” da atividade da Administração Pública nas suas relações com os particulares, juntamente com a necessidade de atendimento ao princípio da legalidade, é que se diz que os atos administrativos possuem atributos que lhe são próprios; como a chamada presunção de legitimidade e a auto-executoriedade.

Conforme já demonstrado, essa presunção de legitimidade dos atos administrativos refere-se a uma presunção relativa (*juris tantum*) de legalidade, admitindo-se prova em contrário. Assim, se busca evitar a manutenção de um ato administrativo ilegal através da atividade *ex officio* da Administração ou mediante apreciação da suposta ilegalidade pelo Poder Público.

Logo, assim que se reconhece que a Administração praticou ato contrário à norma vigente, cumpre a esta anulá-lo o quanto antes, para que se reestabeleça a legalidade administrativa.

Mas, necessário salientar-se que, nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 202), “o ato nulo não vincula as partes, mas pode produzir efeitos válidos com relação a terceiro de boa-fé”. E estes efeitos não podem ser simplesmente afastados pela Administração, uma vez que, pela própria presunção de legitimidade, levou-se o administrado à confiar na legalidade de seus atos.

Quanto ao tema, vale ressaltar, acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança de 27/10/1993, publicado na Revista do Superior Tribunal de Justiça (*RevSTJ*) 53/405, cuja ementa cosignou:

Ato administrativo. Declaração de nulidade pela Administração. Abuso de direito. Retomada de inquérito declarado nulo. 1. A faculdade de a Administração declarar a nulidade de seus próprios atos não pode conduzir a abusos. 2. É defeso ao Estado, após declarar, por ato próprio, a nulidade de procedimento disciplinar, anular o ato que declarava a nulidade e, automaticamente, demitir o ex-indiciado.

De acordo com a obra monográfica de Mônica Toscano Simões (2004, p. 160-161) sobre o referido tema:

[...] não deve a Administração proceder, de imediato, à invalidação do ato. Com efeito, entre a constatação do vício e a invalidação deve transcorrer o chamado procedimento administrativo invalidador. Quer-se com isto dizer que a invalidação dos atos administrativos, mesmo quando pronunciada pela própria Administração Pública, deve observar o devido processo legal, sob pena de ofensa frontal ao sistema constitucional brasileiro.

Em um Estado Democrático de Direito, princípios como o da ampla defesa e do contraditório são inafastáveis e formas garantidoras da igualdade. Assim, o Brasil em seu texto normativo os prevê no artigo 5º, LV, da Constituição Federal:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

No âmbito do Direito Administrativo, segundo Diogenes Gasparini (2011, p. 1092) o princípio da ampla defesa “consiste em reconhecer ao acusado o direito de saber que está e por que está sendo processado; de ter vista do processo administrativo para apresentação de sua defesa preliminar; de indicar e produzir as provas que entender necessárias à sua defesa”. Enquanto o princípio do contraditório para o autor é aquele que “exige que em cada passo do processo as partes tenham a oportunidade de apresentar suas razões e suas provas, implicando, pois, a igualdade entre as partes”.

Entretanto, essa exigência de atendimento ao princípio do contraditório e da ampla defesa quando da anulação do ato administrativo encontra entendimento diverso dentre os doutrinadores. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 552), se a “ilegalidade ocorre no curso do certame, a Administração pode invalidar o procedimento sem que esteja assegurado qualquer direito de defesa aos participantes contra a anulação.” Assim, para o autor, em entendimento claramente oposto ao do Superior Tribunal de Justiça (RMS 21.323/SP) tanto quanto aos participantes, como quanto aos aprovados ainda não investidos na carreira pública, o que existe é mera expectativa de direito quanto aos atos de investidura.

Em importante entendimento jurisprudencial, embora utilizada de forma equivocada a denominação revogação do ato ilegal, proferiu-se entendimento no sentido da obrigatória observação do devido processo administrativo:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DO PODER DE AUTOTUTELA ESTATAL. REVISÃO DE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO E DE QUINQUÊNIOS DE SERVIDORA PÚBLICA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de

regular processo administrativo. 2. Ordem de revisão de contagem de tempo de serviço, de cancelamento de quinquênios e de devolução de valores tidos por indevidamente recebidos apenas pode ser imposta ao servidor depois de submetida a questão ao devido processo administrativo, em que se mostra de obrigatória observância o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. 3. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 596542 RG / DF - DISTRITO FEDERAL - REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - Relator(a): Min. MINISTRO PRESIDENTE - Julgamento: 16/06/2011 - Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 15-09-2011 PUBLIC 16-09-2011)

Entendimento à favor da necessidade de observância desses princípios também foi o estabelecido em distinta decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Recurso em Mandado de Segurança (*RevSTJ – 36/165*), cujo relator foi o Ministro Pedro Aciole:

Não se nega à Administração o poder revisional de seus atos, todavia tal poder deve restringir-se ao universo de não ferimento dos direitos a outros concedidos, pelo próprio ato revisando. Ao empossar, mediante aprovação em concurso público, a servidores, a Administração contrai responsabilidades junto aos empossados, só podendo desfazer o ato de posse mediante a aplicação do princípio da ampla defesa, não cabendo a simples anulação do concurso, em face do desrespeito aos direitos dos empossados.

Nesse sentido preconiza a Lei Estadual de São Paulo nº10.177/98 (artigo 22, parágrafos 1º e 2º) e a Lei Federal nº 9.784/99 (artigo 2º, *caput*, incisos VIII e X), positivando pelos limites à anulação *ex officio* dos atos administrativos, atentando-se para os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal no processo anulatório, *in verbis*:

Artigo 22 - Nos procedimentos administrativos observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência de publicidade, do contraditório, da ampla defesa e, quando for o caso, do despacho ou decisão motivados.

§1º- Para atendimento dos princípios previstos neste artigo, serão assegurados às partes o direito de emitir manifestação, de oferecer provas e acompanhar sua produção, de obter vista e de recorrer.

§2º-Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único, Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio. (grifo nosso)

Dessa forma, nota-se clara tendência do legislador com a edição de ambas as leis de submeter a autoridade à observância do contraditório e da ampla defesa na atividade anulatória *ex officio* do ato administrativo ilegal, com vistas à garantia do direito do particular.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se chegar a algumas conclusões quanto ao presente tema.

Primeiramente, em sendo o ato administrativo uma manifestação de vontade do Estado, com vistas ao atendimento do chamado bem comum de uma sociedade, prescinde o mesmo de uma compatibilidade com os princípios que regem a atividade administrativa.

A relação da Administração Pública com o administrado é pautada pela supremacia desta em relação ao particular, o que, pela própria auto-executoriedade dos atos administrativos, é capaz de gerar obrigações sem a anuência daquele.

Ora, se em uma relação entre particulares, é colocado à disposição das partes, a livre iniciativa e a liberdade de escolha para o atendimento de seus interesses, em uma relação em que o particular não manifesta sua concordância com a obrigação que lhe é imposta, imprescindível se faz a observância dos meios de “proteção do administrado” propostos pelo Direito Administrativo ante a ilegalidade e abusividade desses atos.

Embora os atos administrativos possuam uma presunção de compatibilidade com a lei, decorrente esta dos próprios princípios aos quais a atividade administrativa se submete (com destaque ao princípio da legalidade), muitas vezes o que se observa é a manifestação de um defeito de legalidade deste ato, decorrente da ausência ou invalidade de elemento que lhe seja essencial.

Diante dessa possibilidade de edição de um ato ilegal, revestido de uma auto-executoriedade característica dos atos administrativos, é que se promove o instituto da anulação, para que se interrompa a suposta produção de efeitos jurídicos deste ato administrativo.

Para que se recomponha a legalidade à qual se submete, a Administração Pública tem o dever de proceder à anulação *ex officio* do ato administrativo assim que o detectar, uma vez que não se pode falar em interesse público que transcenda o ordenamento jurídico.

Embora se confira certa discricionariedade à Administração para a prática de determinados atos, não se observa jamais a opção da Administração Pública pela

conveniência do que é legal ou ilegal. Sua conduta deve pautar-se pela total observância da lei, não sendo legítima a prática de atos que padecem de vício de ilegalidade.

Resta cristalino o entendimento de que, em situações excepcionais, o ato administrativo, posteriormente admitido como ilegal, é capaz de gerar direitos individuais, e, sendo assim, não poderia a Administração proceder à atividade anulatória pura e simplesmente.

Por fim, através do presente estudo pode-se falar em certa desatualização das Súmulas n^os 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal que tratam da anulação do ato administrativo, já que ante todo o entendimento doutrinário e jurisprudencial atual, estas deveriam transmitir a obrigatoriedade da integração da atividade anulatória com princípios também essenciais ao Estado Democrático de Direito, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Dessa forma, seriam asseguradas aos administrados garantias básicas contra o poder e o livre arbítrio dos entes estatais quando da edição de atos administrativos viciosos.

Eis o presente trabalho.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17ª ed.; rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARANHA, Márcio Iório. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos direitos fundamentais**. 2ª ed.; São Paulo: Atlas, 2000.

ARRUDA, José Jobson de A. **História Antiga e Medieval**. 17ª ed.; São Paulo: Ática, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. V. I. 2ª ed.; 1979. (achar a editora)

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4ª ed.; Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Direito Internacional Público: O Estado em Direito das Gentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei n.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm> > Acesso em: 14 de abril de 2012.

BRASIL. Código Penal (1940). Lei n.º 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Disponível em: < http://www.amperj.org.br/store/legislacao/codigos/cp_DL2848.pdf > Acesso em: 23 de março de 2012.

BRASIL. Lei n.º 4.717, de 29 de Junho de 1965. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm > Acesso em: 12 de abril de 2012.

BRASIL. Lei n.º 9.784, de 29 de Janeiro de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm > Acesso em: 25 de março de 2012.

BRASIL. Lei n.º 7.596, de 10 de Abril de 1987. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7596.htm > Acesso em: 02 de março de 2012.

BRASIL. Lei n.º 10.177, de 12 de Janeiro de 2001. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10177.htm > Acesso em: 10 de março de 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 5ª Região. Prescrição. Ato administrativo. Nulidade apontada por particular. Decurso do prazo de cinco anos. Reconhecimento da causa extinta de acionar. Parecer n.º GQ-10/93 julgado em 03 de março de 1989. Disponível em:
<http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/prescricao_intercorrente.pdf >. Acesso em 15 de abril de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário. Mandado de segurança. Interesse processual. Existência. Concurso público. Aprovação dentro do número de vagas previsto no edital, consideradas as desistências. Direito subjetivo à nomeação. Precedentes. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 01 de junho de 2010. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200600220681&pv=010000000000&tp=51>>.

CARNOY, Martin. **Estado e Teoria Política**. 4. ed.; São Paulo: Papyrus, 1994.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do ato administrativo**. São Paulo: Bushatsky, 1977.

_____. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed.; Bahia: Juspodivm, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18ª ed.; São Paulo: Atlas, 2004.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 16ª ed.; atualizada por Fabricio Motta. São Paulo: Saraiva, 2011.

GORDILLO, Agustin A. **Princípios gerais de direito público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GUIMARÃES, Guilherme Cintra. **O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor**. Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira (Org.). Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GOMES, Luís Roberto. **Direito subjetivo e de dever jurídico: seleção de temas e de conceitos doutrinários e comentários pessoais sobre o tema**. 2007. Paper elaborado como instrumento de avaliação da disciplina Teoria Geral do Direito.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30ª ed.; São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27ª ed.; São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22ª ed.; São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 14ª ed.; rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Legitimidade e discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Reforma administrativa: o Estado, o Serviço Público e o Servidor**. 2ª ed.; rev. e ampl. – Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3ª ed.; São Paulo: RT, 1991.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SIMÕES, Mônica Toscano. **O Processo Administrativo e a Invalidação de atos viciados**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

TALAMI, Daniele Coutinho. **Revogação do Ato Administrativo**. 1ª ed.; São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. 2ª ed.; São Paulo: Saraiva, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3ª ed.; São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Martin Claret – Bb, 1998.