

**LUÍS AFONSO FALCIM GRIGOLON FRÉ**

**ATOS ADMINISTRATIVOS QUESTIONADOS EM JUÍZO  
E HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO**

*Monografia apresentada à Escola Paulista da Magistratura, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação “Lato Sensu” – Especialização em Direito Público.*

Orientador: **DR. RENATO SIQUEIRA DE PRETTO**

**São Paulo**

**2009**

**LUÍS AFONSO FALCIM GRIGOLON FRÉ**

**ATOS ADMINISTRATIVOS QUESTIONADOS EM JUÍZO  
E HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO**

*Monografia apresentada à Escola Paulista da Magistratura, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação “Lato Sensu” – Especialização em Direito Público.*

**Data de Aprovação:** \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

**Examinador (es):** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

## **Dedicatória**

Aos meus pais, José Osmar e Maria do Carmo, que se empenharam para possibilitar meus estudos.

Aos meus irmãos, Beto e Fernando, como incentivo a alcançarem a formação acadêmica e prosseguirem na busca do conhecimento, útil e necessário a todos.

## **Agradecimentos**

Agradeço a Deus, por me dar perseverança e oportunidade de tantas conquistas.

Aos meus professores do Curso de Pós-Graduação e aos amigos que me motivaram para este trabalho.

*"Toda a grandeza, toda a força, todo o poder é relativo. É necessário ter bem presente que, ao procurar aumentar a grandeza real, se não diminua o verdadeiro poder."*

Montesquieu

*"Nos casos árduos e dificultosos, devem andar unidas a ponderação e a operosidade."*

Miguel de Cervantes

## RESUMO

Esta monografia tem como objeto o estudo das hipóteses de revogação dos atos administrativos, mais especificamente a possibilidade ou não de a Administração Pública revogar seus atos que estejam sob apreciação do Poder Judiciário. O tema desenvolvido insere-se, precipuamente, no ramo do Direito Administrativo, sendo bastante controverso e atualmente discutido. Numa primeira etapa, é analisado o ato administrativo - seu conceito, elementos, atributos -, bem como as formas de seu desfazimento, notadamente a anulação e a revogação, bem como suas notas características. Nesse ponto, não são abordados aspectos polêmicos sobre a matéria, limitando-se a um panorama geral, para fixação das premissas sobre as quais se assentaram o trabalho. Em uma segunda etapa, é investigado o problema específico do ato administrativo sob controle jurisdicional. São analisados os limites desse controle e, também, as implicações do ato *sub judice* no que concerne à presunção de legalidade, ao poder-dever de anular e à disponibilidade atual de competência do administrador. Por fim, verifica-se objetivamente a possibilidade ou não de revogação do ato administrativo *sub judice*, abordando-se os fundamentos jurídicos que lhe servem de suporte, em especial os princípios da moralidade administrativa, da supremacia do interesse público, da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, da razoabilidade e da motivação. Pelo estudo realizado, conclui-se que a possibilidade de a Administração Pública desfazer seus próprios atos tem estreita relação com os limites da discricionariedade aos quais está adstrita, bem como com o poder-dever de anulação de atos ilegais, ou que transbordem os limites da discricionariedade mencionada. A hipótese de revogação torna-se ainda mais problemática quando o ato administrativo é judicialmente impugnado. A doutrina, em regra, tem defendido a impossibilidade de revogação do ato que se encontre sob discussão judicial. A Administração, por outro lado, não se intimida em fazê-lo mesmo nessa circunstância, posição que vem sendo acolhida pela jurisprudência recente.

Palavras-chaves: ato administrativo; questão *sub judice*; revogação pela Administração; possibilidade.

## ABSTRACT

The object of this paper is the study of the administrative acts revocation hypotheses, more specifically the possibility of not that the Public Administration revokes its acts that are being appreciated by the Legal Branch. The subject developed is mainly inserted within the branch of the Administrative Law, being very controversial and largely debated. At first, the administrative act is analyzed – its concept, elements, characteristics -, as well as how it can be undone, in special annulment and revocation, as well as their distinguished characteristics. At that moment, polemic aspects regarding the matter are not approached, restricting itself to a general scenario, to establish the ideas that provide grounds to this paper. Secondly, the specific problem of the administrative act under jurisdictional control is investigated. The boundaries of that control are analyzed, as well as the implication of the *sub judice* act concerning the presumption of legality, to the possibility of annulment and the current availability of the administrator's competence. Finally, it is objectively verified the possibility or not of revocation of the *sub judice* administrative act, approaching the legal bases that support it, in special the principles of the administrative morality, the supremacy of the public interest, the impossibility of removing the jurisdictional appreciation, the reasonability and the motivation. Through the study carried out, it is concluded that the possibility of the Public Administration to undo its acts is strictly related to the discretion limits to which it is restricted, as well as the possibility of annulment of illegal acts, or which go beyond the limits of said discretion. The revocation hypothesis becomes even more problematic when the administrative act is legally impeached. The doctrine, as a matter of fact, has defended the impossibility of revoking the act that is under legal discussion. On the other hand, the Administration does so even under these circumstances, a point of view that is being accepted by recent jurisprudence.

Key words: administrative act; *sub judice* matter; revocation by the Administration; possibility.

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	8
2 DESENVOLVIMENTO	
2.1 Atos administrativos: aspectos gerais .....	10
2.1.1 Definição .....	10
2.1.2 Condições de existência e validade .....	12
2.1.3 Atributos .....	16
2.1.4 Discricionariedade .....	17
2.1.5 Formas de extinção .....	21
2.1.5.1 Revogação .....	22
2.1.5.2 Anulação.....	26
2.2 Submissão dos atos administrativos à legalidade e ao controle	
jurisdicional.....	34
2.2.1 A submissão da função administrativa à legalidade.....	34
2.2.2 O papel dos princípios.....	35
2.2.3 Supraprincípios do regime jurídico administrativo .....	36
2.2.4 Aspectos do controle jurisdicional dos atos administrativos.....	38
2.3 O ato administrativo <i>sub judice</i> .....	42
2.3.1 A presunção de legalidade e de legitimidade .....	42
2.3.2 O poder-dever de anular .....	44
2.3.3 A disponibilidade atual de competência .....	48
2.4 Revogação de atos administrativos <i>sub judice</i> .....	51
2.4.1 Óbices .....	51
2.4.2 Motivos autorizadores .....	54
2.4.3 Solução possível: motivação .....	58
3 CONCLUSÃO.....	60
4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	62

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a postura da Administração Pública em relação a atos administrativos questionados em juízo, mais especificamente a possibilidade ou não de o Poder Público revogar atos administrativos que estejam sob apreciação do Poder Judiciário.

Não são raras as ocasiões em que o administrador público depara-se com tal situação e, premido pela necessidade imperativa de atender com presteza o interesse público, busca um embasamento que lhe possa orientar na tomada da melhor decisão. Há de se indagar, portanto, se a revogação do ato é logo possível ou se deve aguardar o pronunciamento judicial da questão em litígio.

À partida, será exposta uma análise sumária no que concerne ao ato administrativo - seu conceito, condições de existência e validade, atributos e discricionariedade -, bem como das formas de seu desfazimento, mais especificamente a revogação e a invalidação e suas notas características. Não serão abordados aspectos polêmicos de tais matérias, limitando-se a um panorama geral, para fixação das premissas sobre as quais se assentarão o trabalho.

Em uma segunda etapa, será investigado o problema específico do ato administrativo sob apreciação judicial. Inicialmente, será feita uma abordagem sobre a subsunção da função administrativa à legalidade e os limites do controle jurisdicional sobre o ato administrativo. Em um momento posterior, serão investigadas as implicações que a submissão do ato administrativo ao controle judicial podem surtir na sua presunção de legalidade e de legitimidade, no poder-dever de anular e na disponibilidade atual de competência do administrador e suas repercussões no poder de revogação por parte do Poder Público.

Por fim, procurar-se-á verificar objetivamente a possibilidade ou não de revogação do ato administrativo *sub judice* e identificar os fundamentos jurídicos que servem de suporte à conclusão obtida, em especial os princípios da moralidade administrativa, da supremacia do interesse público, da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, da razoabilidade e da motivação.

Sem pretender, enfim, dar um tratamento inusitado ao tema, esse trabalho tem o desígnio de investigar detalhadamente a questão, tanto sob o aspecto doutrinário quanto sob a ótica da jurisprudência pátria, com uma reflexão crítica que se deseja compartilhar com o leitor.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 Atos administrativos: aspectos gerais

#### 2.1.1 Definição

Como ponto de partida do presente trabalho, conceituar-se-á o ato administrativo, de forma breve, como um ato jurídico por meio do qual o Estado exerce sua função administrativa.

A ressalva é necessária, pois não há um conceito unívoco de ato administrativo formulado pela doutrina. A título de exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello, de modo sintético e com propriedade técnica, define o ato administrativo como

a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (2008, p. 378).

Por outro lado, os doutrinadores entendem, de forma mais ou menos convergente, que o ato administrativo possui determinadas características que permitem apartá-lo das demais categorias de atos jurídicos, assim como dos fatos jurídicos.

Tais características seriam, em resumo:

1) *Manifestação ou declaração de vontade apta a produzir efeitos jurídicos*, o que permite identificar o ato administrativo como ato jurídico e apartá-lo como categoria própria em relação ao fato jurídico. Este, na definição de Celso

Antônio Bandeira de Mello, pode ser “um evento material ou uma conduta humana, voluntária ou involuntária, preordenada ou não a interferir na ordem jurídica” (2008, p. 366), do qual o ato jurídico – inclusive o administrativo – é uma espécie. Entretanto, sem nos deter em uma análise mais aprofundada sobre a divergência, em vista dos objetivos do presente trabalho, merece nota o entendimento de outros doutrinadores, que veem no fato jurídico uma categoria completamente distinta do ato jurídico. Hely Lopes Meirelles (2006, p. 150), por exemplo, entende o fato jurídico administrativo como uma atividade pública material, desprovida de conteúdo de direito, normalmente resultante do ato administrativo que o determina. De qualquer forma, há um certo consenso de que há distinção entre fatos e atos jurídicos e ela repousa *na existência ou não de declaração de vontade preordenada a um fim*.

2) *Unilateralidade da manifestação ou declaração de vontade*, o que permite desdobrar os atos administrativos, tomados em sentido amplo, *em atos administrativos propriamente ditos* e *em contratos administrativos*, esses sujeitos a regime próprio.

3) *Praticado pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, no uso da supremacia, ou exercício de prerrogativas públicas*, o que implica distinguir os atos administrativos dos *atos da Administração*, praticados pelo Estado sem que esteja revestido dessa qualidade e, por essa razão, sujeitos ao regime de direito privado.

4) *Expedido no exercício da função administrativa e, como tal, sujeito ao regime público*. Essa característica torna possível distinguir os atos administrativos dos demais atos praticados pelo Estado no exercício das outras funções que lhe são inerentes, a saber, a legislativa e a judiciária. É preciso recordar, entretanto, que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário também podem praticar atos administrativos, quando exercem de forma atípica a função administrativa.

É também em razão da função administrativa que materializam, que os atos administrativos *têm como objetivo atender a uma finalidade pública* e *estão sujeitos à legalidade* – e, em consequência, ao controle judicial – , características que os doutrinadores também recordam como inerentes ao objeto de nosso estudo, e que serão oportunamente analisadas.

5) *Preenchimento de determinadas condições de existência e validade*, que adiante serão abordadas.

### 2.1.2 Condições de existência e validade

A doutrina é pacífica quanto à exigência de que o ato administrativo preencha certas condições não só para ser qualificado como tal, mas para ser reputado existente, perfeito e válido. Não há, porém, consenso quanto à sistematização dessas condições.

Hely Lopes Meirelles (2006, p. 150-151) fala em *requisitos* de validade do ato, de forma que a ausência daqueles levaria à invalidade deste.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 382-386) separa as condições em *elementos* e *pressupostos* de existência e validade. Para ele, o termo *elemento* sugere parte integrante de um todo e, portanto, somente as condições realmente intrínsecas ao ato seriam elementos, em contraposição às condições externas de existência e validade, as quais denomina de pressupostos. Para o autor, a ausência dos elementos levaria à inexistência do ato e, dos pressupostos, à sua invalidade ou ineficácia.

Em razão das divergências apontadas, no presente trabalho resolveu-se optar por *condições de existência e validade*, anotando-se, entretanto, que a escolha não pretende antecipar qualquer orientação teórica, mas apenas acolher os diversos ensinamentos sobre o tema de forma mais ampla possível.

As condições de existência e validade tradicionalmente citadas são:

1) *Objeto ou conteúdo* - corresponde à disposição jurídica expressada pelo ato.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 386) alerta que o uso indiscriminado dos termos *objeto* e *conteúdo* é inadequado, porque esse seria a

própria declaração, a coisa sobre o que o ato dispõe, que seria, esta sim, o objeto do ato, o núcleo da declaração.

Hely Lopes Meirelles (2006, p. 154) aponta o objeto como requisito do ato e define-o como seu conteúdo, não divergindo, nesse ponto, do entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Themístocles Brandão Cavalcanti (1973, p. 70-72), para quem os elementos dos atos administrativos são os mesmos dos atos jurídicos, mas com peculiaridades próprias, ressalta que, como em qualquer ato jurídico, o objeto deve ser lícito e física e juridicamente possível, sendo um elemento intrínseco do ato, cuja ausência levaria à sua inexistência.

Nesse mesmo sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Sem objeto – material e juridicamente possível – não pode surgir ato jurídico algum, seja ele administrativo ou de qualquer outra tipologia. Um ato, isto é, um conteúdo exteriorizado, que incida sobre um objeto inexistente é um ato inexistente, um não-ato. Vale dizer: pode ter existência material, apenas, ou, então, apresentar-se como mero fato. Juridicamente relevante, mas ato jurídico não será. Logo, não poderá ser ato administrativo (2008, p. 388).

De outro lado, o entendimento de Régis Fernandes de Oliveira:

O objeto, no entanto, não é elemento nem condição de validade do ato administrativo, uma vez que se não for lícito, possível, física e juridicamente, certo e determinado, razoável e moral, a nulidade alcança o próprio conteúdo do ato. O vício não será em decorrência do objeto, mas sim em virtude da prescrição estar viciada, porque recai sobre objeto indevido (2001, p. 66).

De qualquer modo, é de se ressaltar que, no caso específico do ato administrativo, o objeto deve ser determinado por lei, em vista do princípio da legalidade que fundamenta o exercício da função administrativa.

2) *Forma* - corresponde ao revestimento material do ato, ao modo como ele se exterioriza. A forma pode ou não ser determinada em lei e decorre da

necessidade do ato ser aferido pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, quanto ao atendimento da legalidade.

A forma não deve ser confundida com a *formalização*, que é a observância da formalidade prevista em lei.

3) *Sujeito competente, ou competência* - todo ato jurídico exige o sujeito como um dos seus elementos, mas o ato administrativo não prescinde de um qualificativo, que é a *competência*, ou poder definido e delimitado em lei para desempenho específico da função administrativa.

Régis Fernandes de Oliveira (2001, p. 64) recorda que, para a prática de atos discricionários, em que o agente terá de escolher uma das opções previamente validadas pela norma, além da competência, ele deve ter capacidade para se expressar, pois sua vontade psicológica interfere na emissão do ato.

De qualquer forma, como ressalta Hely Lopes Meirelles, “todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido”, porque lhe falta o elemento do poder jurídico de manifestar a vontade da Administração (2006, p. 151).

4) *Finalidade* - corresponde ao bem jurídico objetivado pelo ato, que é sempre a realização do interesse público, razão da própria existência do Estado.

A doutrina costuma apartar a finalidade do *fim*, que é o resultado prático a ser atingido com o ato. Em razão do princípio da tipicidade, corolário da legalidade, cada ato tem definido seu fim em lei.

A alteração da finalidade ou do fim caracteriza *desvio de poder*, restando viciado o ato tanto na situação em que não atinge o interesse público, como quando não respeita a tipicidade, mediante a utilização do ato para um fim que não lhe é próprio. O desvio de poder é um vício objetivo, que independe da intenção do agente para se configurar.

5) *Motivo* - corresponde à situação fática (e, para Hely Lopes Meirelles, também à situação de direito) que autoriza ou exige a prática do ato.

Pode estar expresso em lei ou disposto ao critério do administrador.

No primeiro caso, o agente pode – e deve – realizar o ato somente se a situação ocorrer.

No segundo, o administrador tem certa liberdade de escolha da situação em razão da qual editará o ato. Mas a escolha não é ampla: ela está implicitamente delimitada por lei, exigindo-se pertinência lógica entre o motivo legal e o motivo do ato (e valoração compatível do motivo legal), bem como entre motivo e conteúdo do ato (causa).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 401), o *motivo* não deve ser confundido com a *causa*. Esta é a pertinência lógica entre o motivo e o conteúdo e deve ter relação com a finalidade perseguida. Para o autor, a causa também é pressuposto lógico de validade e é o exame desse elemento que revela a razoabilidade e a proporcionalidade do ato, mormente quando os motivos que legitimam a prática deste não são enunciados.

O motivo não deve ser confundido, também, com a motivação ou o móvel.

*Motivação* é a exteriorização das razões de fato e de direito que levaram o órgão a editar o ato. A motivação, segundo Régis Fernandes de Oliveira (2001, p. 68), é uma formalidade *em regra* exigível, mormente com o advento da Lei n. 9.784/99. Há atos que não exigem motivação (por exemplo, a exoneração *ad nutum*), mas se o motivo for revelado, deverá ser cumprido, ficando condicionada a validade do ato à existência do motivo enunciado, conforme preceitua a teoria dos motivos determinantes, aceita pela maior parte da doutrina.

A relevância da motivação, no que diz respeito aos atos discricionários, foi bem explicitada por Celso Antônio Bandeira de Mello, razão pela qual importa transcrever seus ensinamentos:

Entretanto, *se se tratar de ato praticado no exercício de competência discricionária, salvo alguma hipótese excepcional*, há de se entender que o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, ‘fabricar’ razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato. Contudo, *nos casos em que a lei exija motivação*, não se pode,

consoante dito, descartar alguma hipótese excepcional em que seja possível à Administração demonstrar e de maneira absolutamente inquestionável que (a) o motivo extemporaneamente alegado preexistia; (b) que era idôneo para justificar o ato e (c) que tal motivo foi a razão determinante da prática do ato. Se estes três fatores concorrem há de se entender, igualmente, que o ato se convalida com a motivação ulterior (2008, p. 395).

Quanto ao *móvel*, corresponde à intenção do agente e só tem relevância nos atos discricionários, configurando motivo de invalidação do ato se não tiver correspondência com a finalidade da lei.

### **2.1.3 Atributos**

Os atos administrativos são expedidos no exercício da função administrativa, que está sujeita a regime peculiar, com ônus e restrições de um lado, e prerrogativas de outro, em vista do interesse público que persegue. Os atos administrativos gozam de determinados atributos justamente para que esse fim possa ser alcançado e apenas nessa medida eles justificam-se.

São atributos dos atos administrativos:

1) *Presunção de legitimidade e legalidade* - qualidade de que se revestem os atos administrativos de se reputarem conformes o Direito até prova em contrário.

A doutrina não diverge quanto ao entendimento de que esse atributo decorre do princípio da legalidade e de que suas consequências são a imediata produção de efeitos, mesmo que arguidos vícios ou defeitos, e a transferência do ônus da prova para quem invoca a invalidade.

2) *Imperatividade* - qualidade em razão da qual os atos administrativos impõem-se a terceiros, independentemente da concordância destes.

3) *Exigibilidade e executoriedade* - qualidades de que se revestem o ato administrativo, mediante as quais este pode ter sua observância exigida de terceiros pela própria Administração, sem necessidade de socorro ao Poder Judiciário, por meios indiretos ou diretos, respectivamente.

Para a maior parte da doutrina, tais atributos, em especial a executoriedade, só se verificam quando previstos em lei, ou nos casos de urgência ditada pelo interesse público envolvido.

Para Hely Lopes Meirelles (2006, p. 161-163), ao contrário, todos os atos tipicamente administrativos podem ser exigidos e executados imediatamente pela Administração, mas alerta que essa exigência ou executoriedade deve ser precedida de notificação e auto circunstanciado, para que o interessado possa tomar as medidas judiciais convenientes, ou para comprovar a legalidade da atuação.

#### **2.1.4 Discricionariedade**

Ao conceituar o ato administrativo, verificou-se que uma de suas características é a sujeição à legalidade, por ser expressão do exercício da função administrativa, também submetida aos parâmetros da lei. A vinculação da atividade administrativa à legislação não significa, entretanto, engessamento da Administração ou sua redução a uma mera executora de atos.

Régis Fernandes de Oliveira (2001, p. 79-80) apresenta três justificativas para a impossibilidade total de vinculação dos atos administrativos: 1) *de ordem material*, por ser impossível ao legislador prever todas as hipóteses possíveis de ocorrência fática dentro das normas; 2) *de ordem lógica*, por ser impossível ao legislador transmitir comandos precisos e indubiosos aos administrados, em face do uso de conceitos que, embora possuam um mínimo de significação e compreensão, na maior parte das vezes são vagos, exigindo do agente a escolha da interpretação possível mais adequada; e 3) *de ordem jurídica*, pois ainda que

fosse possível ao legislador prever todos os comportamentos ou situações fáticas possíveis e descer a minúcias nas normas expedidas, estar-se-ia substituindo ao administrador, o que configuraria violação ao princípio da separação dos poderes.

As razões enumeradas pelo referido autor justificariam a existência do chamado poder (ou competência) discricionário (a), em contraposição ao poder (ou competência) vinculado (a), em que a atividade administrativa encontra-se totalmente delimitada pela lei, não se afigurando possível à Administração outro comportamento que não aquele fixado pela norma.

Para compreender melhor o tema da discricionariedade, fundamental para os objetivos do presente estudo, partiremos do conceito formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Discricionariedade é a margem de 'liberdade' que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente (2008, p. 957).

Pelas razões anteriormente expostas, a lei pode conferir certa margem de "liberdade" ao administrador para que, diante de cada caso concreto, exerça um juízo subjetivo com o fim de aplicar a norma e atingir a finalidade por ela objetivada. A discricionariedade, como se constata, resulta da lei e é por ela delimitada.

Como consequência, não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Esta corresponde a um agir fora dos limites legais, razão pela qual o ato praticado nessa circunstância é ilícito. Ao agir discricionariamente, ao contrário, o agente estará cumprindo a determinação normativa de escolher o melhor meio de dar satisfação ao interesse público, por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado em face do caso concreto.

O primeiro aspecto a ser examinado quanto à discricionariedade é se há norma jurídica que fundamente a existência dessa "liberdade" e em que medida ela

é conferida ao administrador.

Os autores pátrios, em regra, afirmam que a discricionariedade pode ser encontrada na hipótese de incidência da norma ou em seu mandamento. A respeito da estrutura de uma norma jurídica, convém recordar que é composta de dois enunciados dispostos entre si como um juízo condicional: o primeiro enunciado – antecedente ou hipótese de incidência – faz referência a um fato de possível ocorrência no mundo fenomênico; o segundo – consequente – aloja o mandamento a ser cumprido em caso de verificar-se a ocorrência do fato descrito no enunciado anterior. A discricionariedade pode defluir dos pressupostos de fato enunciados pela norma ou de seu mandamento, com uso dos chamados *conceitos indeterminados* – palavras vagas ou imprecisas cujo conteúdo deve ser fixado diante de cada caso concreto pelo administrador – ou não – por exemplo, quando a norma facultar um comportamento em vez de exigí-lo, ou quando confere ao administrador o encargo de decidir, segundo um juízo de conveniência e oportunidade em face do interesse público, a providência a ser tomada.

A propósito do uso dos conceitos indeterminados, cumpre anotar a divergência doutrinária assinalada por Régis Fernandes de Oliveira (2001, p. 84), quanto à diferença entre interpretação e discricionariedade. Recorda o autor que parte da doutrina entende que a fixação do conteúdo normativo configura processo de interpretação, não exercício de discricionariedade. Todavia, entende o citado professor que não se confundem as duas operações. A interpretação levar-nos-ia a uma só solução e a única possível, valendo-se de dados concretos e objetivos. E conclui que a partir do momento em que não se têm dados objetivos para determinação do sentido da norma, ingressa-se no campo da discricionariedade.

Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que pode haver certa discricionariedade também quanto ao fim, em razão do uso dos conceitos indeterminados. Sobre o tema, assim se manifestou o autor:

Embora seja indiscutível que o fim do ato administrativo deva ser sempre e necessariamente um interesse público, sob pena de invalidade, na maior parte das vezes a apreciação do que é o interesse público depende, *em certa medida*, de uma apreciação *subjetiva*, isto é, de uma investigação insuscetível de se reduzir a uma *objetividade absoluta*. Preferimos dizer que o fim é *sempre*

*vinculante* (como, aliás, todos os elementos da norma), de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público; porém, a qualificação do interesse público comporta *certa margem*, delimitada, é certo, de juízo discricionário (2008, p. 423).

Quanto às demais condições de existência e validade do ato administrativo, é relevante anotar que o sujeito competente apresentar-se-á sempre vinculado - o que enseja alguns autores a negar a existência de ato discricionário e a refutar essa nomenclatura. Régis Fernandes de Oliveira (2001, p. 76) ressalta que a expressão é usada para designar o ato administrativo em que é possível identificar uma esfera de discricionariedade que remanesce à Administração e é nesse sentido que ela será utilizada no presente estudo, em contraposição aos atos totalmente vinculados.

Mas não basta a existência de discricção na norma jurídica para ser ela invocada no caso concreto: é preciso que as circunstâncias fáticas justifiquem o exercício, por parte do administrador, de um juízo subjetivo autorizado por lei. Isso porque, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...), a discricionariedade existe, por definição, *única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima*, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo. Logo, para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discricção, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto. Esta esfera de decisão legítima compreende apenas e tão-somente o campo dentro do qual ninguém poderá dizer com indisputável objetividade qual é a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável. Fora daí não há discricção (2008, p. 428).

Pertinente recordar que à Administração Pública foi incumbido o exercício da função administrativa - e ela realiza-se por intermédio da expedição de atos administrativos -, cuja finalidade é atender ao interesse público. Esse é o fim que, em última análise, justifica a existência da discricionariedade administrativa e é

para seu melhor atendimento que deve ser exercida pela Administração. Como corolário do exercício da função administrativa, a discricionariedade é ela própria *um dever*, e não uma mera faculdade: a Administração está obrigada a integrar a norma jurídica com seu juízo subjetivo quando presentes as hipóteses normativa e fática que o justifiquem, da mesma forma que, sendo cabível uma única solução possível, seja por expressa disposição legal, seja pelas circunstâncias fáticas, deverá adotá-la, ainda que ao administrador seja conferida por lei uma margem de escolha.

Por fim, o legítimo exercício da competência discricionária é limitado, também, pela razoabilidade da escolha em face do caso concreto, em especial quando o ato não for motivado. A razoabilidade é um princípio do sistema normativo, segundo o qual a Administração deve-se pautar em sua atuação em compatibilidade com o bom senso, utilizando-se dos meios em sintonia com a finalidade perseguida. Como princípio normativo, deve ser observado pelo Poder Público no exercício da função administrativa, sendo passível de controle pelo Poder Judiciário, como guardião do ordenamento jurídico.

### **2.1.5 Formas de extinção**

São diversas as causas que determinam a extinção dos atos administrativos ou de seus efeitos. De acordo com a doutrina clássica, as principais espécies de extinção do ato administrativo compreendem: a) anulação; b) revogação; c) cassação; d) caducidade; e) contraposição.

Em vista dos objetivos do presente trabalho, a análise será limitada a apenas duas delas: a *revogação* e a *anulação*.

### 2.1.5.1 Revogação

A revogação é uma das formas de extinção do ato administrativo mediante sua retirada do ordenamento jurídico, no caso, por outro ato administrativo, por razões de conveniência e oportunidade em face do interesse público.

A doutrina clássica não fazia uma nítida distinção entre revogação e invalidação. Para Themístocles Brandão Cavalcanti (1973, p. 197), revogar um direito seria o mesmo que desfazer, invalidar, anular. Para o autor, verificada ou a inconveniência, ou a nulidade de um ato administrativo, a conduta formal da Administração para sua retirada seria a revogação. Os efeitos seriam diferentes, mas a forma do ato de exclusão, idêntica.

Mesmo entre os doutrinadores considerados clássicos, entretanto, houve quem bem distinguisse as figuras da invalidação e da revogação. Hely Lopes Meirelles definiu a revogação como “supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração, por não mais lhe convir a sua existência. Toda revogação pressupõe, portanto, um ato legal e perfeito, mas inconveniente ao interesse público” (1963, p. 31), apartando-a da anulação, que o autor define como “declaração de invalidade de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário”, por razões de ilegitimidade e ilegalidade.

Por sua vez, Miguel Reale entende que a revogação é uma “expressão de discricionariedade no processamento positivo das funções da Administração”, em contraposição ao anulamento, que deriva do interesse público de refazimento da ordem jurídica (1980, p. 44).

Oportuno ressaltar que a evolução doutrinária permitiu uma perfeita distinção entre as figuras da revogação e da invalidação (anulação ou anulamento, para alguns), sendo hoje praticamente incontroverso que a revogação é a retirada do ordenamento jurídico de um ato administrativo *válido*, porém, inconveniente ao interesse público, ao passo que a invalidação tem por objeto um ato *inválido*, ou seja, contrário ao ordenamento jurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua revogação como “a extinção do ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuado por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes” (2008, p. 439).

A revogação, portanto, é um ato administrativo e, conseqüentemente, está sujeita às mesmas condições de existência e validade já arroladas em tópico anterior.

O sujeito da revogação é, como nos demais atos administrativos, uma autoridade no exercício de uma função administrativa nos limites de sua competência. Agentes públicos integrantes de órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário podem expedir atos revocatórios, mas somente em relação aos atos expedidos no exercício atípico de uma função administrativa, e não podem revogar atos administrativos oriundos de órgãos integrantes de Poder diverso, sob pena de violação do postulado da Separação de Poderes – uma das razões, aliás, pelas quais o Poder Judiciário não pode revogar atos administrativos expedidos pela Administração.

Para expedir um ato revocatório, exige-se competência conferida, em regra, à mesma autoridade que expediu o ato, ou ao seu superior hierárquico, ou, ainda, à outra autoridade fora da linha hierárquica, desde que haja previsão legal. Referida competência, afirmam os doutrinadores, deve ser *atual*, ou seja, verificada no momento da revogação, e é *discricionária*, não se falando, em princípio, em um poder-dever de revogação, como ocorreria em relação à invalidação. Isso porque, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “a revogação se funda no poder discricionário de que dispõe a Administração para rever a sua atividade interna e encaminhá-la adequadamente à realização de seus fins específicos” (1963, p. 31), faculdade essa inerente à função administrativa. Cumpre ressaltar, entretanto, que a revogação, como ato discricionário, pode revelar-se um dever quando, em face do caso concreto, mostrar-se a única solução possível em atendimento ao interesse público envolvido.

A revogação tem como objeto um ato administrativo (ou uma relação jurídica dele decorrente) *válido* - pois na revogação não se busca restaurar a legalidade violada, mas atender a uma conveniência administrativa – e

*discricionário* - visto que, nos atos vinculados, não há margem para apreciação da conveniência e oportunidade de sua expedição, pois estritamente sujeitos à lei. A esse propósito, permita-se transcrever o escólio de Walter Campaz:

Mas é verdade que, havendo discricionariedade na escolha do conteúdo do ato a ser editado, sobre ele se projeta o poder de revogar. Trata-se de disponibilidade sobre os efeitos do ato revogando, eis que estes foram escolhidos dentro das fronteiras da regra de competência. Mesmo porque, não há discricionariedade sobre os efeitos quando sejam legais estes, e não volitivos (1983, p. 77-78).

Os motivos justificadores da revogação são a conveniência e a oportunidade em face do interesse público, analisadas no momento em que expedido o ato revocatório, tendo em vista que, para a doutrina, a revogação só pode ser determinada pela ocorrência de fatos posteriores à emanção da providência.

A respeito desse aspecto, vale transcrever a lição de Miguel Reale:

O certo é que, no processo incessante de concretização direta de valores de conveniência, o Estado vê-se na contingência ou na necessidade de rever as suas decisões e procedimentos, reconsiderando 'providências' e 'medidas' regularmente emanadas, quer pela superveniência de novos elementos *de fato*, quer pela vigência de novos processos *normativos*, quer pela pressão de novos critérios *valorativos*, visto ser dever da Administração ajustar continuamente os seus atos à determinação substancial da lei, a qual, mesmo quando formalmente inalterada, sofre o impacto natural de fatores fático-axiológicos que atenuam ou tornam mais vivas certas exigências legais, dão sentido novo a determinados preceitos, ou infundem no conteúdo das normas valências imprevistas.

Ora, nesse processo *ativo* ou *positivo* de realização de fins próprios, a *revogação* dos atos administrativos pelo Estado insere-se como um momento natural: representa um elo no fluir normal da ação administrativa, não diferindo, no fundo, das medidas que visam à produção de resultados positivos no plano dos bens e dos serviços, sem suscitar qualquer problema de validade, *mas antes partindo do pressuposto de tratar-se de ato válido ou legítimo*, mas contrário ao bem comum.

Do exposto resulta que a revogação é uma expressão de *discricionariedade* no processamento *positivo* das funções da Administração: o seu fundamento último, como o de todo ato administrativo, é o interesse público, o seu fundamento imediato é a liberdade, ou melhor, a *discrção* administrativa, por não estar a decisão vinculada a um dos elementos de fim e de mediação acima já discriminados.

É por essa razão que o Poder Judiciário não pode revogar atos administrativos que não sejam de sua economia interna (...) (1980, p. 30-31).

O referido autor conclui que a revogação somente pode ser determinada pela ocorrência de fatos posteriores, pois, se originariamente inoportuno o ato, cuidar-se-ia de nulidade por vício de mérito (1980, p. 52-53).

A revogação, portanto, decorre de uma competência *atual* para a prática do ato, competência essa que, para os doutrinadores, só se justificaria em face de fatos supervenientes. Conforme leciona Carlos Ari Sundfeld:

Não se pode, com efeito, supor que a lei preservasse ao agente o poder de corrigir algo que ela própria define correto. Segue-se que a decisão tomada pela autoridade no exercício da apreciação discricionária e que se atenha a seus justos limites, é recebida pelo Direito como a solução que melhor atende concretamente à vontade da lei. Por isto é irreatável, enquanto mantida a situação fática que a criou. Este é o entendimento que, além de lógico, melhor se coaduna com o princípio da segurança e estabilidade das relações jurídicas (1990, p. 36).

Finalmente, convém recordar que a revogação, por retirar do ordenamento jurídico ato que validamente produziu efeitos, opera-se *ex nunc*. E, em regra, não gera direito à indenização, justamente por preservar os efeitos produzidos e por não implicar recomposição de legalidade. Entretanto, o artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal de 1988 consagrou a responsabilização do Estado por danos causados aos administrados da forma mais ampla possível, para abarcar, também, os danos causados por atos *lícitos*, de sorte que a Administração Pública não estará, necessariamente, dispensada de responder pelos danos

causados pelo ato revogado ou pelo revocatório, ainda que legítimos.

Nesse aspecto, também há de se observar que a revogação encontra limite na proteção constitucional aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, de forma que o instituto, como ressalta Vitor Rhein Schirato, “tem como barreira conata a impossibilidade de lesão a direitos devidamente constituídos de particulares” (2007, p. 198).

### **2.1.5.2 Anulação**

O ato administrativo, para ser válido, deve apresentar os cinco elementos ou requisitos de validade (competência, finalidade, forma, motivo e objeto) simultaneamente e isentos de vícios. Caso um desses elementos esteja em desacordo com a lei, o ato será *nulo*.

Anulação é, portanto, a retirada do ordenamento jurídico de ato administrativo *inválido*, feita pela Administração (controle interno) ou pelo Poder Judiciário (controle externo). Seu fundamento é a desconformidade do ato com a ordem jurídica e seu objetivo é a eliminação do ato do sistema normativo, com restabelecimento da situação jurídica anterior, razão pela qual opera efeitos *ex tunc*.

A invalidação do ato por via judicial dependerá de provocação do interessado. Já a atuação pela via administrativa resulta do poder de autotutela do Estado, que deve extinguir o ato que contenha vício de legalidade.

Com efeito, os atos administrativos devem ser anulados pela Administração Pública quando ficar constatado vício relativo à sua legitimidade ou legalidade. Dessa forma, a anulação do ato consiste na declaração de sua invalidação, diferentemente da revogação, que é baseada em fatores de conveniência e oportunidade. Destacam-se, nesse sentido, as lições de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, que representam o entendimento predominante sobre o

assunto:

E a anulação pode também ser feita pelo Poder Judiciário, mediante provocação dos interessados, que poderão utilizar, para esse fim, quer as ações ordinárias e especiais previstas na legislação processual, quer os remédios constitucionais de controle judicial da Administração Pública. A anulação feita pela própria Administração independe de provocação do interessado uma vez que, estando vinculada ao princípio da legalidade, ela tem o poder-dever de zelar pela sua observância (2008, p. 190-191).

Por outro lado, existem vícios dos atos administrativos que se apresentam sanáveis. Nessas hipóteses, a Administração pode convalidá-los, providenciando os elementos necessários a suprir a ilegalidade que macula o ato, conformando-o às exigências da lei.

Oportuno registrar que a doutrina diverge a respeito da sistematização das invalidades no Direito Administrativo. Muitos estudiosos baseiam-se na teoria das nulidades existente no Direito Civil para enquadrar os atos administrativos inválidos em nulos e anuláveis.

No ensinamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

A distinção entre atos nulos e anuláveis, embora objeto de sistematização pelos civilistas, não envolve matéria de Direito Privado, mas de Teoria Geral do Direito, pertinente à ilegitimidade dos atos jurídicos, e, portanto, perfeitamente aplicável ao Direito Público, especialmente, ao Direito Administrativo. Não se trata, por conseguinte, de transplantação imprópria da teoria do direito privado para o direito público, inconciliável com os princípios informadores do ato administrativo.

Os atos administrativos ora padecem de vícios que os tornam juridicamente insanáveis – e, destarte, não se admite sua convalidação -, ora de vícios sanáveis – e, então, suscetíveis de convalidação. Por outro lado, há atos administrativos cuja nulidade pode ser declarada de ofício pelo juiz em processo judicial submetido à sua apreciação pelas partes litigantes, e outros em que tal decretação só pode dar-se se arguida pelas partes (2007, p. 656-657).

Seabra Fagundes (1979, p. 46-47), por seu turno, entende aplicável a teoria das nulidades do Direito Civil ao Direito Administrativo, mas com as necessárias adaptações, notadamente de maneira a observar os princípios gerais e especiais do Direito Administrativo, dando-se destaque à diversidade dos objetos tutelados e ao interesse público envolvido.

Hely Lopes Meirelles (1963, p. 31), de outro lado, nega a existência de atos anuláveis, sustentando que o princípio da legalidade, ao qual submetida a função administrativa, exigiria, sempre, a invalidação de um ato viciado, não sendo admitida sequer a convalidação, regra que, para o autor, só seria atenuada pelo princípio da boa-fé e da presunção de legitimidade relativamente a terceiros atingidos.

Régis Fernandes de Oliveira (2001, p. 127-128) também não admite a existência de atos anuláveis. Para o autor, seja o ato total ou parcialmente desconforme com a norma, a supressão dele do mundo jurídico produziria os mesmos efeitos. O professor também recusa a possibilidade de convalidação de um ato inválido, afirmando que o que ocorre é a outorga de enquadramento jurídico posterior a alguns efeitos do ato, porque as consequências dele poderiam, se validamente emitido, ser admitidas pelo sistema.

No mesmo sentido é o posicionamento de Carlos Ari Sundfeld (1990, p. 44), que critica a Lei n. 4.717/65 (regente da Ação Popular), ao pretender fazer a distinção entre atos nulos e anuláveis, mas atribuindo a cada uma dessas classes de atos inválidos os mesmos efeitos. A título de esclarecimento, observa-se que a lei, no artigo 2º, parágrafo único, prescreve os vícios que importam na ilegalidade de um ato administrativo: incompetência do agente, ilegalidade do objeto, defeito de forma, inexistência dos motivos e desvio de finalidade.

Para outros autores, é justamente a possibilidade ou não de convalidação de atos administrativos inválidos que permite a distinção deles em atos nulos e anuláveis. Com efeito, a partir desse entendimento desenvolveu-se o conceito da convalidação, aplicável para os atos administrativos cuja ilegalidade não seja de grande relevância.

Acerca do tema, permita-se transcrever a orientação de Celso Antônio

Bandeira de Mello:

Não há graus na invalidade. Ato algum em Direito é mais inválido do que o outro. Todavia, pode haver e há reações do Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade. Ou seja: a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo, destarte, uma gradação de repúdio a eles.

É precisamente esta diferença quanto à intensidade da repulsa que o Direito estabelece perante atos inválidos o que determina um *discrímen* entre atos nulos e atos anuláveis ou outras distinções que mencionam atos simplesmente irregulares ou que referem os chamados atos inexistentes (2008, p. 451).

Para o referido autor (2008, p. 462), o grau de intolerância em relação aos atos inválidos deve ser compassado com o tipo de ilegitimidade, afirmando que, se o ato é suscetível de ser sanado (ato anulável), recusar-lhe essa possibilidade seria renegar a satisfação do interesse público em várias hipóteses.

Clarissa Sampaio Silva (2001, p. 48-50), em estudo sobre os limites à invalidação dos atos administrativos, assevera que a classificação das nulidades do Direito Civil não deve, de forma alguma, ser transposta diretamente para o Direito Público, em virtude da diversidade dos interesses tutelados. E explica que, no Direito brasileiro, a sistematização civilista da teoria das nulidades, abrangendo disposições tanto de direito material como de direito processual, fez-se viável pelo fato de a União ser titular da competência para legislar sobre o Direito Civil e também sobre o Processual. O mesmo não seria possível no Direito Administrativo, em relação ao qual a competência legislativa é concorrente. E acrescenta que, mais importante que estabelecer uma classificação rígida das nulidades em Direito Público é avaliar quais são as consequências decorrentes e os problemas que surgem da prática de atos viciados.

Vladimir da Rocha França (2007, p. 797) também defende que os regimes jurídicos de invalidação estabelecidos no Código Civil não são aplicáveis aos atos administrativos, salvo de modo subsidiário, quando não existem normas jurídicas sobre a matéria e, principalmente, se não atentarem os preceitos civis contra os cânones máximos do regime jurídico-administrativo. A propósito, conclui o

autor:

A majestade do Código Civil não reina no Direito Público, salvo quando este o permite. A inveja que a bela sistematização que o legislador ofertou para o Direito Civil não pode seduzir o administrativista a ponto de esquecer que nem sempre as categorias do Código Civil são aplicáveis a todo o Direito Positivo (2007, p. 802).

Dentre os inúmeros vícios que podem apresentar os atos administrativos, importa para o presente estudo verificar aqueles relativos ao mérito dos atos expedidos no exercício de uma competência discricionária. *Mérito do ato* é o campo de “liberdade” conferido ao administrador por lei para que, em vista do caso concreto, adote uma das soluções possíveis, mediante critérios de conveniência e oportunidade em face do interesse público. Esse campo de “liberdade” - como já se observou ao estudar o tema da discricionariedade -, é limitado pelo sistema normativo, tendo em vista que a discricionariedade é expressão do exercício da função administrativa e, como tal, tem a natureza jurídica de um poder, limitada e sujeita a controle.

Nesses termos, pode-se afirmar que ocorrerá vício de mérito quando o exercício da discricionariedade transbordar os limites traçados pelo ordenamento jurídico, que pode ocorrer nas seguintes situações:

1) A autoridade administrativa utiliza-se de sua competência para atingir finalidade diversa daquela estabelecida por lei, hipótese em que ocorrerá o chamado *desvio de poder*. Nas palavras de Régis Fernandes de Oliveira:

Toda autoridade administrativa deve utilizar sua competência para atingir a finalidade traçada no sistema. Caso se desvirtue dela, manifestamente, ou seja, se não tem competência para a prática de determinado ato, ou o pratica de modo viciado, teremos o vício de ilegalidade dos atos administrativos. Caso, entretanto, se utilize da mesma competência para finalidade diversa daquela que lhe foi outorgada, teremos desvio de poder (2001, p. 89).

Haverá desvio de poder tanto na situação em que o agente utiliza-se de sua competência para perseguir fim desvinculado do interesse público, como

quando persegue um fim estranho àquele contemplado na norma. Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 964) alerta tratar-se de “um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou.”

Com efeito, embora pareça de difícil apuração a intenção do agente, a análise objetiva da competência outorgada e do fim ou finalidade atingidos pode demonstrar a ocorrência do desvio de poder, vício esse de legalidade, que torna o ato passível de invalidação, não de revogação.

2) A autoridade administrativa confere aos conceitos indeterminados um sentido que não é comportado em sua esfera de significação, forjando um motivo ou uma finalidade que justificaria a prática do ato. Já se observou que a lei confere certa margem de “liberdade” ao administrador para integrar a norma com seu juízo subjetivo mediante o uso de conceitos indeterminados, tanto na fixação dos pressupostos de fato, como no mandamento legal ou na finalidade fixada. Entretanto, todo conceito tem um conteúdo mínimo de significação, sujeito a controle mediante processo de interpretação. Por mais vagas e fluidas que sejam as noções manipuladas pela lei, há sempre referenciais que permitem circunscrever o âmbito da significação delas, e ao Poder Judiciário cabe verificar se esse foi respeitado pelo administrador. Interpretação e discricionariedade não se confundem, e aquela é perfeitamente passível de controle.

3) A autoridade administrativa toma solução diversa daquela que, em vista do caso concreto, mostrava-se a *única* pertinente. Já tivemos oportunidade de assinalar que a discricionariedade é conferida pela lei, mas só existe em face do caso concreto, que delimita o campo de “liberdade” e pode eliminá-lo por completo. Se o exame do caso concreto revelar que uma única solução seria a pertinente, a discricionariedade é eliminada e a atuação do administrador torna-se vinculada. Logo, se outra solução for adotada, o ato restará irremediavelmente viciado.

Carlos Ari Sundfeld (1990, p. 34), ao conceituar a discricionariedade como “dever-poder de o administrador, após um trabalho de interpretação e de racional confronto da norma com os fatos – apreciação objetiva, sempre controlável –, e sendo ainda impossível, com base nele, descobrir qual a melhor decisão para o caso concreto, fazer uma apreciação volitiva para determiná-la”, previu o problema

mencionado, asseverando que só há discricionariedade naquela margem em que não se pode dizer que a escolha feita foi melhor ou pior, sendo possível, *a contrario sensu*, demonstrar racionalmente a inconveniência ou inoportunidade do ato e, como consequência, provocar sua invalidação.

Configurado o vício de mérito, o ato é ilegal e sua retirada do ordenamento jurídico só pode ser feita por invalidação, não por revogação.

A esse propósito, Hely Lopes Meirelles afirma que a anulação baseia-se em razões de ilegalidade e ilegitimidade, aferíveis não só pela violação frontal da lei, mas também pelo excesso, abuso ou desvio de poder:

A ilegitimidade, como toda fraude à lei, vem quase sempre dissimulada sob as vestes da legalidade. Em tais casos é preciso que a Administração ou o Judiciário desçam ao exame dos motivos, dissequem os fatos e vasculhem as provas que deram origem à prática do ato inquinado de nulidade. Não vai nessa atitude qualquer exame de mérito administrativo, porque não se apreciam a conveniência, a oportunidade ou a justiça do ato impugnado, mas unicamente a sua conformação, formal e ideológica com a lei em sentido amplo, isto é, com todos os preceitos normativos que condicionam a atividade pública (1963, p. 31).

No mesmo sentido é a orientação de Miguel Reale, para quem o vício de mérito é vício de legalidade, pois a escolha do administrador está limitada pela lei, e sua não observância acarreta nulidade, não revogabilidade:

A Administração, em suma, *revoga por novos motivos de mérito*, quando, em virtude de razões supervenientes, muda o entendimento dos fatos e do direito, optando por outra via mais conveniente, renunciando, assim, à anterior, *embora igualmente válida*; mas *anula por vício de legitimidade*, quando verifica a ilicitude da via originalmente escolhida, por sua infidelidade aos fins da lei: no primeiro caso, a revogação opera *ex nunc*; no segundo, a anulação produz efeitos *ex tunc* (1980, p. 98-99).

Por oportuno, também vale transcrever o posicionamento de Régis Fernandes de Oliveira:

Quando a própria Administração, reexaminando o mérito do ato administrativo, revalorando, portanto, o interesse público, num segundo exame (uma vez que se nega o vício de mérito originário) e revoga o ato, fá-lo por questões de mérito e não mais de ilegalidade. Nada obstante, retira o ato por questão de desvio de poder, e, portanto, por vício de ilegalidade, anula-o, tanto quanto o faz o Poder Judiciário (2001, p. 92).

A insistência no tema é necessária, tendo em vista os objetivos do presente estudo. Afinal, se o vício originário de mérito configura uma ilegalidade, ao mesmo tempo constitui uma barreira ao poder de revogar o ato administrativo, porquanto não se revogam atos inválidos.

## **2.2 Submissão dos atos administrativos à legalidade e ao controle jurisdicional**

### **2.2.1 A submissão da função administrativa à legalidade**

O ato administrativo, conforme se infere do seu próprio conceito, trata-se de expressão da função administrativa do Estado e, como tal, está sujeito à legalidade.

Importa examinar, nesse aspecto, qual a amplitude dessa extensão. Se estaria o administrador autorizado a agir somente diante da existência de uma regra expressa, ou se poderia decidir em face do sistema jurídico como um todo.

Analisando a subsunção da função administrativa à lei, Weida Zancaner (1993, p. 17) identificou três correntes doutrinárias, a saber: 1) *restritiva*, segundo a qual a Administração, para cumprir o interesse público, só não poderia infringir a lei; 2) *eclética*, para a qual a Administração estaria absolutamente jungida à lei em certas situações e, em outras, a atividade exercida seria simplesmente lícita, como no exercício dos poderes discricionários; e 3) *ampliativa*, para a qual a ação administrativa estaria totalmente submetida à lei, cabendo ao Estado fazer somente o que determinado. Para a autora mencionada, o princípio da legalidade, em vista do sistema jurídico positivo brasileiro, exige a fiel subsunção da ação administrativa à lei, como meio mais seguro de atingir o fim atribuído à Administração, qual seja, atender ao interesse público. Importante salientar que a maior parte da doutrina pátria não diverge dessa orientação.

Adotando-se como premissa o posicionamento em referência, quanto à fiel subsunção da função administrativa à legalidade, ainda não obteremos resposta definitiva à questão formulada: a função administrativa é exercida com base apenas em regras expressas, ou em vista de todo o sistema normativo?

A noção de sistema jurídico como um conjunto de normas organizadas entre si segundo determinados critérios aglutinadores, que lhe conferem racionalidade, leva-nos a afirmar que a submissão da função administrativa à

legalidade deve considerar não só as regras expressas, mas todo o sistema normativo, em especial seus princípios norteadores.

### 2.2.2 O papel dos princípios

Em atenção aos princípios, Paulo de Barros Carvalho (2005, p. 145) identifica diferentes conteúdos para o termo: norma jurídica, valor a ser perseguido e critério ou limite objetivo posto para atingir determinados fins. E acrescenta que, qualquer que seja a significação adotada, os princípios *sempre* aparecem como fatores de agregação do sistema jurídico, como os “vetores” aos quais as normas jurídicas convergem, o que imprime racionalidade ao sistema.

Nesse mesmo sentido, o escólio de J. J. Gomes Canotilho:

(...) em virtude de sua ‘referência’ a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da ‘justiça’, da ‘idéia de direito’, dos ‘fins de uma comunidade’), os princípios têm uma *função normogénética* e uma *função sistémica*: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma *idoneidade imediata* que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional (1993, p. 169).

Para esse autor, a idéia do sistema jurídico como um sistema de regras e princípios fornece suporte para solucionar problemas metódicos, como o conflito entre direitos fundamentais, e permite, nas suas palavras, “respirar, legitimar, enraizar e caminhar o próprio sistema” (1993, p. 170).

Quanto à submissão dos atos administrativos aos princípios fundamentais, Juarez Freitas (1999, p. 19-24) analisou o tema e concluiu que não vigora, atualmente, a observância à legalidade estrita de outrora. Para o autor, a Administração deve pautar os seus atos não só em sintonia com a lei, mas, acima disso, com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, em especial do regime jurídico administrativo, considerando que foram concebidos com o único fim

de viabilizar e de dar atendimento ao interesse público, finalidade em face da qual se legitima o exercício da função administrativa.

Em síntese, não há como negar que, sendo os princípios vetores aglutinadores do sistema jurídico, para os quais convergem todas as normas, a submissão da função administrativa à legalidade implica, também, a observância desses princípios, mormente para identificação e realização do interesse público existente no caso concreto.

### **2.2.3 Supraprincípios do regime jurídico administrativo**

Ainda a respeito dos princípios, J. J. Gomes Canotilho (1993, p. 167-168) adverte que, como constituem uma “exigência de otimização”, comportam diferentes graus de concretização, conforme os valores e interesses envolvidos, razão pela qual, ainda que convivam harmoniosamente no sistema, podem, diante de um caso concreto, entrar em conflito uns com os outros, forçando o intérprete ou o aplicador do Direito a sopesá-los para identificar qual deles há de prevalecer na situação.

Alguns princípios, como o da justiça e da segurança jurídica, são apontados pela doutrina como supraprincípios, que sempre devem prevalecer sobre os demais.

O regime jurídico administrativo tem como supraprincípios, sobre os quais se estrutura, a *supremacia do interesse público sobre o particular* e a *indisponibilidade do interesse público*. Todos os demais princípios norteadores do regime jurídico administrativo foram concebidos a partir desses dois pilares e, por essa razão, eles devem prevalecer ou servir de parâmetro para solução dos conflitos que se apresentarem.

Para melhor fixar o conteúdo dos supraprincípios do regime jurídico administrativo, é preciso delimitar a extensão da noção de *interesse público*. Ainda

que de difícil compreensão, a doutrina tem procurado delimitar a significação do conceito subdividindo-o em *interesse público primário* e *interesse público secundário*, correspondentes, respectivamente, ao interesse da coletividade como um todo e do Estado como pessoa jurídica. É no sentido de *interesse público primário* que os princípios da supremacia e da indisponibilidade devem ser entendidos e observados.

Pondere-se, a propósito, que há autores, como Gustavo Binbenbom, que bem preconizam uma nova visão do interesse público como princípio, resultante da aplicação da proporcionalidade no atendimento dos interesses individuais e coletivos, constitucionalmente assegurados.

Em conclusão, registra o autor:

Na verdade, o conceito de interesse público é daqueles ditos juridicamente indeterminados, que só ganham maior concretude a partir da disposição constitucional dos direitos fundamentais em um sistema que contempla e pressupõe restrições ao seu exercício em prol de outros direitos, bem como de metas e aspirações da coletividade de caráter metaindividual, igualmente estampadas na Constituição. Ao Estado Legislador e ao Estado Administrador incumbe atuar como intérpretes e concretizadores de tal sistema, realizando as ponderações entre interesses conflitantes, guiados pelo postulado da proporcionalidade.

Assim, o melhor *interesse público* só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade (2007, p. 166-167).

Nesse contexto, a proposta é de que o interesse público seja apreendido como supraprincípio decorrente da ponderação entre os direitos constitucionais individuais e coletivos, de maneira que seja possível realizá-los ao máximo.

## 2.2.4 Aspectos do controle jurisdicional dos atos administrativos

Um dos princípios de nosso sistema jurídico, que também é garantia individual assegurada constitucionalmente, é a *inafastabilidade da apreciação de ameaça ou lesão a direito pelo Poder Judiciário* (art. 5º, XXXV, da CF de 1988). Qualquer ato que cause lesão ou ameaça a direito pode ser submetido ao aparelho judicial para o fim de ser fulminado, se o caso – e os atos administrativos não estão imunes a esse controle.

Aos órgãos integrantes do Poder Judiciário cabe o exercício da função jurisdicional que, em última análise, objetiva garantir a higidez do ordenamento jurídico. Ao resolver os litígios com força de coisa julgada, o julgador estará aplicando o Direito e, ao mesmo tempo, zelando para que seja ele observado. O controle judicial dos atos administrativos é, como consequência, *um controle de legalidade*: ao Poder Judiciário cabe verificar se o ato administrativo impugnado, ou seus efeitos, estão ou não em conformidade com o ordenamento jurídico como um todo. Daí porque a doutrina é uníssona quanto à possibilidade de o Poder Judiciário anular atos administrativos inválidos, mas não de revogar atos administrativos válidos, já que a revogação é um ato administrativo expedido no exercício da função administrativa, não judicante. A jurisprudência não discrepa desse entendimento, consubstanciado na Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

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.

Sendo de legalidade o controle exercido pelo Poder Judiciário quanto aos atos administrativos, indiscutível a possibilidade de exercê-lo relativamente aos atos vinculados, expedidos mediante a fiel aplicação da lei ao caso concreto. Mas a questão primordial refere-se aos atos discricionários: se teria, ou não, o Poder Judiciário competência para invalidá-los.

Se apresentarem vícios de legalidade, essa possibilidade é indiscutível, como se verificou anteriormente. Um ato discricionário que, por exemplo, não apresente a forma legalmente prevista, é um ato inválido e, como tal, pode ser anulado pelo Poder Judiciário.

A dúvida quanto à extensão do controle judicial sobre os atos discricionários diz respeito ao seu mérito, ou seja, o campo de “liberdade” delimitado em lei em que o administrador escolhe a solução mais adequada ao atendimento da finalidade legal segundo critérios de conveniência e oportunidade. Pode o Poder Judiciário exercer o controle dessa “liberdade”?

A doutrina mais tradicional negava a possibilidade de o Judiciário exercer controle sobre o mérito dos atos administrativos. Seabra Fagundes foi categórico ao afirmar que “ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o *mérito* dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da *legalidade*. Este é o limite do controle, quanto à sua extensão” (1979, p. 145).

Esclarece o referido autor:

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo.

Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo.

Esses aspectos, muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles interesses e não direitos. Ao Judiciário não se submetem os interesses que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo (...). Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional (1979, p. 146-147).

Por seu turno, Themístocles Brandão Cavalcanti, ao analisar os atos discricionários, sustentou que

a ação discricionária exerce-se dentro daquela esfera de ação constitucionalmente demarcada a cada um dos poderes, e é apenas na maneira de realizar a sua finalidade, na apreciação da oportunidade e na conveniência do ato que a ação de cada Poder é soberana, inacessível à atuação de outro Poder (1973, p. 112).

Mas reconheceu o autor que, em todo ato discricionário, há uma faixa de legalidade que limita o poder em qualquer regime de direito e o sujeita ao controle do Poder Judiciário. Concluiu, assim, que os atos discricionários seriam passíveis de controle judicial em razão da ausência de competência ou de não conformidade ao ordenamento jurídico por desvio de poder, pois, para ele, a competência e a legalidade são condições essenciais à validade dos atos administrativos.

Miguel Reale (1980, p. 90-93) também reconhece a possibilidade de o Poder Judiciário examinar os atos discricionários não quanto à conveniência e oportunidade da escolha exercida pelo administrador, mas quanto ao âmbito da competência da autoridade emanadora, a fim de expungir os casos de abuso de poder, ou verificar se não houve desvio de poder, pela prática de ato sem observância das finalidades da lei. O Poder Judiciário, para o autor, pode exercer o controle sobre o mérito do ato discricionário, mas esse controle será de legalidade, cabendo ao juiz a análise do ato em seu conteúdo ou concreção, para verificar se efetivamente a lei foi atendida nos fins que constituem a razão de sua vigência.

A doutrina moderna orienta-se no mesmo sentido traçado há décadas pelo citado autor, quanto à possibilidade de o controle judicial ter como objeto o mérito dos atos discricionários, no que diz respeito ao atendimento dos ditames legais na escolha exercida.

Quanto aos possíveis vícios de mérito, eles já foram analisados no tópico que trata da invalidação dos atos administrativos. Em todas aquelas situações não há como negar a possibilidade de controle por parte do Poder Judiciário, porque não estaria assumindo o papel de administrador, mas examinando se a atuação deste se conteve nos limites traçados pela lei que lhe conferiu liberdade de agir –

exame esse de legalidade.

Cabe registrar, a propósito, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Finalmente, este proceder do Judiciário não elimina a discricionariedade e nem pode fazê-lo, pena de agravo à própria lei. Deveras: à perquirição judicial nunca assistirá ir além dos limites de significação objetivamente desentranháveis da norma legal, conquanto valendo-se desassombradamente das vias mencionadas.

O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluído e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, a invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior (2008, p. 976).

Do exposto até então, pode-se afirmar que:

1) O controle judicial é de legalidade em sentido amplo. Os órgãos judicantes têm o dever de analisar a conformidade do ato em relação a todo o ordenamento jurídico, incluindo leis e princípios norteadores do sistema.

2) Atos administrativos que contenham vício de mérito são ilegais e, como tal, são passíveis de invalidação pelo Poder Judiciário.

3) A revogação, como ato discricionário, também é passível de controle judicial quanto ao mérito, de forma que eventual revogação de ato administrativo *sub judice* pode ser judicialmente impugnada quanto aos seus reais motivos e invalidada, se o caso.

## 2.3 O ato administrativo *sub judice*

### 2.3.1 A presunção de legalidade e de legitimidade

Um dos atributos dos atos administrativos é a presunção de legalidade e de legitimidade de que se revestem e da qual decorre, como consequência, a inversão do *onus probandi*: reputado conforme o Direito o ato administrativo, compete a prova de eventual vício àquele que o alegar.

Para a doutrina clássica, referido atributo decorre do princípio da legalidade e é indispensável para o exercício da função administrativa, sem o qual esta poderia restar inviabilizada. Juan Carlos Cassagne (1981, p. 328) afirma que se não existisse esse princípio, toda a atividade administrativa seria diretamente questionável, ainda que sua legitimidade fosse patente, comprometendo-se o cumprimento dos fins públicos ao contrapor-se um interesse individual ao coletivo. Com efeito, o administrador não poderia bem exercer seu mister se, a cada ato expedido, tivesse esse sua eficácia comprometida por eventual alegação de vício, mormente quando fosse deduzido perante o Poder Judiciário. Em face do atributo sob análise, a inconformidade de um ato administrativo somente restaria caracterizada após decisão definitiva a respeito, administrativa ou judicial.

Mais modernamente, a presunção de legalidade e de legitimidade dos atos administrativos é vista com alguma restrição.

Augustín Gordillo (1969, p. 120) se opõe à existência dessa presunção que, para ele, representa um pensamento político estadista e autoritário. Para o autor, é contraditório afirmar que um ato deva ou possa presumir-se lícito quando manifestamente viciado, ou quando a pessoa que a ele se opõe o faz sob o argumento de não ser legítimo. Entende o autor que é irracional, e até mesmo inconstitucional, norma que estabeleça a referida presunção para atos não regulares. E conclui que admitir a presunção de legalidade e de legitimidade dos atos administrativos de forma ampla implica proteger a arbitrariedade administrativa, facilitar o excesso e dificultar a efetiva observância dos direitos

individuais.

Paulo de Barros Carvalho (1998, p. 104) entende que o ato administrativo, como qualquer ato jurídico, vale até prova em contrário. E afirma que, com a evolução da doutrina, não se acredita mais na inversão do ônus da prova por força da presunção de legitimidade dos atos administrativos e tampouco se pensa que esse atributo exonera o administrador de provar as ocorrências que se afirma terem existido, acrescentando que “se levarmos em consideração os valores máximos albergados por nosso Texto Constitucional, principalmente em termos de tributação – *segurança e certeza* – que respaldam os cânones da legalidade e da tipicidade, torna-se extremamente problemático captar a figura da presunção, sempre fértil para suscitar imprecisão, dubiedade e incerteza” (1998, p. 104). O exame transcrito teve por objeto a atividade da tributação, mas vale igualmente para qualquer atividade administrativa, sujeita aos mesmos cânones de segurança e certeza por ele mencionados, em especial para o exercício da discricionariedade, também contida na lei e por ela delimitada.

Na mesma linha de doutrina, Vladimir da Rocha França sustenta que

O ato administrativo válido somente passa para o inválido quando há expedição de um ato judicial ou de outro ato administrativo, enquadrando o provimento dentro da moldura das invalidades prescritas pelo Direito Positivo. Conforme já dissemos:

“Sem a manifestação normativa competente, o ato administrativo portador de vício permanece no sistema. Embora o ato implique em atentado à ordem jurídica, a restauração da juridicidade ferida depende da expedição de outro ato administrativo. A invalidação e a convalidação são meios estabelecidos pelo próprio regime jurídico-administrativo para a eliminação **material do vício, preservando a segurança jurídica e a integridade dos princípios que regem essa parcela do sistema do Direito Positivo**. Se assim não fosse, bastaria confiarmos no administrador, e o controle da administração pública, por conseguinte, seria algo inútil.

Se a Administração não convalida, o ato se torna passível de invalidação pelo Poder Judiciário, se, é claro, este for provocado para fazê-lo. O mesmo serve para a hipótese da Administração se abster de invalidar quando deveria tê-lo feito.” (2007, p. 791).

Do exposto, pode-se concluir que, para essa corrente doutrinária mais moderna, a impugnação judicial de um ato administrativo abala o atributo da presunção de legalidade e de legitimidade. Logo, é de se indagar se remanesce ao administrador o poder de revogar um ato judicialmente contestado, se ele já não mais pode ser reputado válido, até prova em contrário.

### **2.3.2 O poder-dever de anular**

No estudo da invalidação (anulação) dos atos administrativos viciados, verificou-se que essa modalidade de desfazimento tem como sujeitos ativos a própria Administração Pública e o Poder Judiciário.

Para a maior parte da doutrina, o fundamento da invalidação operada pela própria Administração repousa no princípio da autotutela do Estado. O Supremo Tribunal Federal reconheceu esse poder, pacificando seu entendimento por meio da Súmula n. 473. Do ponto de vista do Direito positivo, esse poder está expressamente previsto na Lei n. 9.784/99 - a qual regula o processo administrativo no âmbito federal -, notadamente no artigo 53, que dispõe: “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.”

Nesse aspecto, cumpre indagar qual seria a natureza jurídica da invalidação operada pela própria Administração. Os doutrinadores divergem a respeito, alguns afirmando tratar-se de mera faculdade, outros, de um poder-dever.

Para os que defendem o dever de anular, o fundamento encontra-se no princípio da estrita legalidade, enquanto que os que advogam em favor da faculdade de anular apegam-se ao princípio da predominância do interesse público sobre o particular.

José Sérgio Monte Alegre (1980, p. 153) entende que a invalidação dos atos administrativos pela própria Administração – que ele intitula de “anulação de

ofício” – tem a natureza de faculdade, de discricção administrativa, condicionada no seu exercício a valorações do interesse coletivo. O autor explica que, em contraposição à noção de um dever, há um direito subjetivo. No exercício da função administrativa, segundo ele, nem sempre há em contraposição um direito, mas um interesse legítimo, não diretamente relacionado ao indivíduo, afetado somente como parte da coletividade. E, se não há direito subjetivo, não há que se falar em dever, mas em faculdade, em especial quando se consideram como fatores de limitação à anulação de ofício a estabilidade e a certeza das relações jurídicas. Tais valores, conclui o citado autor, poderiam restar comprometidos se os atos viciados, pela presunção abstrata de nocividade, tivessem sempre de ser anulados pela Administração, sem considerações sobre a sua repercussão na vida coletiva.

Miguel Reale considera que, quanto ao anulamento, são circunstâncias de fato e de ordem normativa que ora concedem à Administração a faculdade de anular, ora lhe impõem o dever de anulamento:

No Direito Administrativo, em suma, é necessário o trato da matéria com critérios especiais: as nulidades de pleno direito configuram-se *objetivamente*, mas a Administração, desde que se não firam legítimos interesses de terceiros ou do Estado e inexistam dolo, pode deixar de proferi-la, ou, então, optar por sua validade, praticando ato novo: a sanatória excepcional do nulo, *retroagindo os seus efeitos até a data da constituição do ato inquinado de vício*, pode ser uma exigência do interesse público, que nem sempre coincide com o restabelecimento da ordem legal estrita (1980, p. 63).

O autor ainda ressalta que, se no campo do Direito Privado o nulo não pode ser sanado ou produzir efeitos, na esfera do Direito Administrativo a questão põe-se com menos rigorismo formal, em virtude da supremacia do interesse público. Mas reconhece os riscos de deixar à Administração a apreciação da conveniência em anular atos viciados, concluindo parecer difícil caracterizar como simples faculdade o ato de anulamento.

Em outro extremo, Weida Zancaner (1993, p. 47-48), em estudo sobre a invalidação dos atos administrativos, conclui não ser possível categorizá-la como faculdade. Para a autora, não há discricionariedade no que tange à teoria da

invalidação, pois não há norma legal que confira à Administração um jurídico poder de decidir, por um critério subjetivo, se entende conveniente ou não invalidar um ato viciado. Também entende que o interesse público não estaria protegido com essa margem discricionária em invalidar ou não os atos viciados.

Por outro lado, a autora frisa que nem sempre se mostra obrigatória a invalidação de atos viciados, pois a restauração da ordem jurídica tanto se faz pela fulminação de um ato viciado, quanto pela correção de seu vício. Para ela, nos casos de atos viciados, ou a Administração Pública estaria diante da obrigação de invalidar, ou da obrigação de convalidar, exceto em caso de vício de competência, em que a Administração teria discricionariedade para escolher entre a invalidação ou a convalidação, porque, nessa circunstância, o agente competente poderia entender que o ato respondeu, ou não, ao interesse público e que tomaria, ou não, a mesma decisão tomada pelo agente incompetente. Segundo a professora, essa solução é ditada pelos princípios da legalidade e da segurança jurídica, além de ser mais consentânea com o interesse público.

Nessa mesma linha, Carlos Ari Sundfeld (1990, p. 82) afirma que a invalidação é um dever, porque a Administração está sujeita à legalidade, não se podendo conceber interesse público que justifique a manutenção de uma situação de ilegalidade. Para o autor, entretanto, pode haver discricionariedade na forma de recomposição da legalidade, se pela invalidação ou pela convalidação; ao contrário de Weida Zancaner, que entende que há poder-dever em convalidar ou em invalidar se presentes as hipóteses que justifiquem uma ou outra solução.

Clarissa Sampaio Viana, em seu estudo sobre os limites à invalidação dos atos administrativos, abordou com muita propriedade o tema, razão pela qual nos permitiremos transcrever suas considerações:

Quanto ao administrador público, tem este a obrigação de agir sob os auspícios do princípio da legalidade, bem como de perseguir sempre o interesse público e, acaso se defronte com ato violador das normas jurídicas, em qualquer aspecto, não pode se furtar à obrigação de desconstituí-lo e de tornar insubsistentes seus efeitos.

Demais disso, a indisponibilidade do interesse público, ao estabelecer as finalidades a serem atingidas com os atos administrativos, e ao traçar os caminhos a ser seguidos pelos

agentes públicos, torna a invalidação dos atos viciados um verdadeiro dever.

Se houvesse possibilidade de o administrador, a seu talante, recompor a legalidade violada em virtude de atos que apresentem os multicitados vícios estudados anteriormente, poder-se-ia perfeitamente afirmar que livre seria a edição de atos maculados pelo Direito. Assim, a invalidação dos atos administrativos somente deixará de ser um dever quando se verificarem as barreiras à invalidação (...) (2001, p. 79).

Com efeito, não nos parece que a invalidação de atos administrativos pela própria Administração possa ser tida como uma mera faculdade, não só em face do princípio da legalidade, mas também pelo fato de a Administração exercer uma função administrativa que, como se notou, é um poder-dever, estando a invalidação inserida dentre as atividades exercidas como decorrência dessa função.

Desse modo, diante de um ato viciado, e pressupondo não existirem óbices à invalidação (como uma hipótese justificadora da convalidação), a Administração está obrigada a invalidá-lo, não lhe sendo autorizada outra solução para retirada do ato do ordenamento jurídico, como forma de sua recomposição.

Assim, estando um ato administrativo em discussão judicial, não poderia a Administração, *em princípio*, revogá-lo, por estar ele em litígio justamente sob o aspecto de sua conformidade ou não com o ordenamento jurídico. Registra-se *em princípio* porque o ato administrativo poderia estar sendo impugnado sob a alegação de um vício que, na prática, não existe; logo, o ato seria legítimo e passível de revogação.

A discussão é importante, pois, concebendo-se a invalidação como um poder-dever, é de se concluir que a Administração Pública é obrigada a reconhecer a ilegalidade ou ilegitimidade de sua atuação, não lhe sendo lícito revogar um ato administrativo *sub judice* pelo simples fato de ele estar sendo judicialmente contestado; ou a pretexto de um interesse público que não se sobrepõe àquele referente à integridade do ordenamento jurídico, pela qual a Administração também tem o dever de zelar.

### 2.3.3 A disponibilidade atual de competência

Ao longo do presente estudo, temos ressaltado que os atos administrativos são expedidos pela Administração no exercício da função administrativa, e é justamente o exercício dessa função que justificaria a revogação para parte da doutrina.

Miguel Reale (1980, p. 75-76) sustenta que a Administração pode prescindir de título especial para legitimar seu ato revocatório, por ser este inerente à função de governo. E, como consequência, defende a existência de um princípio da revogabilidade, estando a Administração autorizada, desde que sem ofensa a direitos adquiridos, a rever os próprios atos em função do interesse público.

No mesmo sentido, leciona Themístocles Brandão Cavalcanti (1973, p. 191), para quem todo ato administrativo é, por natureza, revogável, desde que se verifique qualquer vício.

Régis Fernandes de Oliveira (2001, p. 104-105), por seu turno, não concorda com a existência de um princípio de revogabilidade dos atos administrativos, afirmando que atos expedidos no exercício de uma função administrativa destinam-se a durar. E, com base na doutrina de Renato Alessi, sustenta que a revogabilidade de um ato depende da *disponibilidade atual de competência*. Para que ocorra, juridicamente, a possibilidade de revogação, arrola o autor os seguintes requisitos: 1) que o agente público continue com a mesma competência, aquela de que se utilizou quando da emanção do ato revogando; 2) que seja ele titular da relação jurídica e tenha tido o poder de iniciativa; 3) que a relação seja de caráter continuado; e 4) que o ato tenha sido praticado mediante vontade da Administração Pública.

Analisando cada um dos requisitos mencionados, Régis Fernandes de Oliveira explica que, tendo sido o ato validamente expedido pela Administração no exercício de um poder discricionário, se o agente permanece com o poder de alterar a relação jurídica dele decorrente, terá ele o poder de revogar o ato. Se, entretanto, a Administração perdeu esse poder – por exemplo, na prática de um ato de efeito instantâneo -, o ato é irrevogável por ausência de disponibilidade atual de

competência. Como consequência, o autor critica a posição doutrinária que defende a possibilidade de revogação de atos vinculados, mesmo em caso de alteração da ordem jurídica:

É evidente que, uma vez alterada a ordem jurídica, com o advento da nova legislação que torne discricionário um ato então vinculado, teremos a impossibilidade da revogação, uma vez que o agente não mais possui a disponibilidade atual da competência e não mais será o titular atual da relação jurídica. É que, se o ato era vinculado, não havia possibilidade de outro comportamento possível, e apenas um era legítimo. Se se pratica o único comportamento admitido, esgotou o agente sua competência. Não mais a possui para revogar (2001, p. 117).

Na mesma acepção, Carlos Ari Sundfeld (1990, p. 29), para quem a competência para revogar decorre da própria regra que autoriza a emanação do ato, desde que a prática deste não esgote aquela, caso em que o ato se torna indisponível para a autoridade e impossível de ser validamente revogado. O autor também concorda que, nos atos vinculados, a constatação da ocorrência dos pressupostos descritos pela norma e autorizadores de sua produção esgota a competência. E acrescenta que, se o ato foi validamente realizado, desde que mantidas todas as condições que o produziram, não mais poderá ser revogado sob o argumento de que não era o mais adequado, pois, nessa circunstância, a competência para a prática do ato, ou para sua revisão, também se exauriu.

Walter Campaz (1983, p. 58), em seu estudo sobre a revogação dos atos administrativos, igualmente se filiou à doutrina de Renato Alessi, para sustentar que o poder de revogar é paralelo ao poder de emanar e que o fundamento da revogação só pode ser encontrado no poder consequente da regra de competência, não na natureza e nas consequências do ato revogando.

Afirma o referido autor que “se é certo que o ato revogador é um ato de administração ativa, fundado em poder paralelo ao que sustenta a emanação do ato revogando, serão necessariamente irrevogáveis todos os atos que não se contenham nesse conceito” (1983, p. 58), apontando, como decorrência, algumas condicionantes da revogabilidade, de ordem lógica (por exemplo, como a revogação suprime a possibilidade de o ato produzir efeitos futuros, são

logicamente irrevogáveis os atos que não tenham efeitos continuados) e de ordem jurídica – essas, de iniciativa (“quem não pode, na atualidade, emanar ato independentemente de impulso externo, não pode, por consequência, rever, na atualidade, a continuação de produção de efeitos do ato pretérito”<sup>1</sup>), de disponibilidade de competência e de disponibilidade sobre os efeitos do ato (por exemplo, nas situações em que a lei declare a irrevogabilidade de um ato, ou determine a ocorrência de determinados efeitos independentemente de ato de vontade da Administração, porque a autoridade apenas tem disponibilidade sobre os efeitos volitivos, e nunca sobre os efeitos meramente legais).

Por oportuno, nesse momento cumpre examinar se, ao ser judicialmente questionado um ato administrativo, permaneceria a Administração com a disponibilidade da competência para revogá-lo.

O levantamento das opiniões doutrinárias citadas teve como propósito enfrentar essa questão. E a resposta não é dada de forma taxativa pela doutrina. Mas, pelos apontamentos transcritos, não parece que a impugnação judicial de um ato administrativo afete a disponibilidade de competência, constituindo barreira, por si só, à revogação do ato administrativo *sub judice*. Considerando-se o pressuposto de que o ato administrativo é válido e expedido no exercício de uma competência discricionária, bem como que a relação dele decorrente seja de caráter continuado, o agente público, em princípio, manteria a mesma competência que fundamentou a prática do ato, o que justificaria a sua revogação, desde que presente uma causa superveniente de interesse público. Aplicando-se a doutrina de Renato Alessi, defendida pelos autores supracitados, a impugnação judicial de um ato administrativo não constituiria óbice à sua revogação, desde que, por evidente, essa impugnação não constitua a razão para a revogação do ato *sub judice*, porque não se trata de um motivo de interesse público a justificar a extinção do próprio.

---

<sup>1</sup> 1983, p. 69.

## 2.4 Revogação de atos administrativos *sub judice*

### 2.4.1 Óbices

Em tópicos anteriores, tivemos oportunidade de analisar mais detalhadamente que a revogação constitui um ato administrativo, sujeito à legalidade ampla e ao controle judicial, expedido no exercício de uma competência discricionária e, como tal, submetido à previsão legal de uma margem de “liberdade” de escolha e à efetiva verificação desta em face do caso concreto. A revogação tem por objeto atos discricionários válidos e exige, além dos requisitos acima mencionados, a disponibilidade atual de competência e a existência de um interesse público superveniente em razão do qual não mais se justifica a manutenção do ato revogando.

Nesse contexto, presentes tais requisitos em determinada hipótese, estaria o administrador impedido de revogar o ato administrativo se judicialmente contestado?

A impugnação judicial de um ato discricionário, em princípio, não constitui por si só óbice à revogação pela autoridade administrativa competente. Não há uma norma no sistema jurídico brasileiro que desautorize a revogação de atos administrativos judicialmente contestados. Presentes, no caso concreto, os requisitos para a revogação, esta poderia ser operada independentemente de estar o ato administrativo *sub judice*.

Importante considerar, entretanto, que a impugnação judicial de um ato administrativo surte alguns efeitos que atingem o poder de revogação por parte da Administração Pública, tornando, ao menos, desaconselhável seu exercício.

Um desses efeitos repercute na presunção de legalidade e de legitimidade do ato administrativo. Já tivemos oportunidade de observar que referido atributo não é visto pela doutrina mais moderna em termos absolutos, restando comprometido quando a legalidade do ato é discutida judicialmente, ainda que apenas quanto ao seu mérito, considerando-se que este também pode

apresentar vícios. É por essa razão que alguns juristas, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 411), afirmam que a presunção de legalidade e de legitimidade só existe até o ato ser questionado em juízo. Com efeito, invocada judicialmente a ilegalidade de um ato administrativo, sua revogação mostrar-se-ia, em princípio, irregular, pois aparentemente não teria por objeto um ato lícito, ou, pelo menos, assim presumido.

Outro efeito provocado pela impugnação judicial de um ato administrativo reflete na questão da responsabilização da Administração Pública e do agente emanador do ato.

Uma das distinções entre revogação e invalidação de um ato administrativo é que aquela tem eficácia *ex nunc*, preservando-se os efeitos já produzidos, enquanto esta opera retroativamente, desconstituindo efeitos passados. Além disso, na invalidação, a Administração Pública está admitindo uma infração à ordem jurídica que procura sanar, o que não ocorre na revogação, que tem como objeto atos administrativos lícitos. Por esses fundamentos, a responsabilização da Administração por danos causados aos administrados, bem como do agente que expediu o ato, é muito mais evidente e indiscutível na invalidação do que na revogação de um ato administrativo. A revogação, se legítima, não dá margem à indenização, *exceto na ofensa a direitos dos administrados*, haja vista que a responsabilização do Estado por danos consagrada no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição de 1988 é ampla e abarca, também, os danos oriundos de atos lícitos.

O ato judicialmente contestado tem sua legalidade colocada sob questionamento. Se a ilegalidade apontada for efetivamente confirmada pelo Poder Judiciário, à Administração cabe responsabilizar-se pelos danos causados, assim como responsabilizar o agente emissor do ato declarado ilegal, motivo pelo qual, não raro, opta pelo desfazimento do ato questionado mediante revogação, procurando evitar tais consequências.

Importa considerar, por tal análise, que a Administração não pode socorrer-se da revogação como forma de recompor a ordem jurídica, sob pena de utilizar-se de um instituto jurídico com má-fé ou para um fim ao qual não se destina, o que, na lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, configura abuso de direito,

passível de invalidação. Com efeito, nesse sentido, o autor bem argumenta que

o poder de revogar só pode ser exercido condicionado pelo interesse público. Destarte, não se tolera seu exercício abusivo, em que se configura o abuso de direito, revogando ou reformando o ato administrativo com má-fé ou desnaturamento do instituto jurídico a que se refere. Por isso, o fundamento da revogação deve ser da mesma natureza do ato revogado, ou de ordem superior, quanto ao valor, em face do interesse público (2007, p. 638).

A Administração tem o poder-dever de anular atos viciados e o não exercício dessa função ocasionará a responsabilização que o administrador procurou evitar ao optar pela revogação de um ato que deveria ser invalidado por vício.

É certo que a impugnação judicial de um ato administrativo, em regra, afeta sua operatividade e, em consequência, o atendimento do fim em razão do qual foi expedido. Mas essa situação não constitui motivo relevante de interesse público a prevalecer sobre a integridade do ordenamento jurídico e a fundamentar a revogação do ato impugnado. Na ausência de outro interesse público relevante e superveniente à edição do ato revogando, cabe à Administração, se o caso, anular o ato questionado.

Como se não bastassem os motivos anteriormente expostos, a revogação de atos administrativos *sub judice* pode implicar a violação dos princípios da moralidade e da inafastabilidade da apreciação jurisdicional.

O princípio da moralidade está consagrado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 e exige, por parte do administrador, a atuação em conformidade com padrões éticos, como lealdade e boa-fé. Por força desse princípio, espera-se do administrador que exerça seus deveres conforme as circunstâncias do caso concreto. A utilização do instituto da revogação da forma desvirtuada, como ora mencionado, não se mostra condizente com o princípio da moralidade, ensejando a invalidade do ato que revoga outro pelo simples fato de encontrar-se sob discussão judicial, sem qualquer outra razão relevante de interesse público.

A revogação de um ato administrativo *sub judice* também pode amesquinhar o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Maior como direito fundamental do indivíduo. A doutrina tem sustentado que o referido princípio deve ser entendido da forma mais ampla possível, não só como direito de acessar os órgãos integrantes do Poder Judiciário, mas, também, de obter um provimento satisfativo do direito que o indivíduo procura tutelar ao procurar as vias judiciais. A revogação de um ato administrativo retira-o do ordenamento jurídico, importando para o processo judicial a perda de seu objeto, por falta superveniente do interesse em obter um provimento declaratório da incompatibilidade do ato em face do sistema ao qual não mais pertence. Ao revogar um ato administrativo *sub judice*, a Administração evita a inconveniência de uma discussão judicial, mas, por outro lado, retira do indivíduo o direito de acesso ao Judiciário e de obter um provimento que reconheça, se o caso, a ilegalidade do ato, com todas as consequências inerentes – o que se mostrará ilegal se a revogação não tiver motivo legítimo.

#### **2.4.2 Motivos autorizadores**

A despeito de todos os argumentos contrários à revogação de atos administrativos que se encontrem sob apreciação judicial, sua possibilidade não está totalmente descartada.

Como se sabe, a revogação tem por objeto atos administrativos discricionários, que envolvem certa margem de “liberdade” de escolha por parte do administrador. A opção realizada no caso concreto, se efetuada dentro dos limites legais, não dá margem ao controle exercido pelo Poder Judiciário. Se, em princípio, um ato administrativo judicialmente contestado tem abalada sua presunção de legalidade e de legitimidade, nada impede que venha a provar-se lícito, ou que, sobre ele, não se possa exercer legitimamente o controle judicial, por estar sendo questionado não por vício de mérito, mas quanto à conveniência e à oportunidade da escolha legitimamente feita pelo administrador.

Além disso, já se verificou que as circunstâncias do caso concreto podem “afunilar” a margem de discricionariedade conferida ao administrador, a ponto de uma determinada escolha mostrar-se a única solução possível, situação em que a Administração tem o *dever* de praticar o ato. Nessas circunstâncias, havendo um interesse público relevante e superveniente que não mais justifique a manutenção de um ato administrativo, a Administração *deve* revogá-lo – desde que lícito, evidentemente, - mesmo estando *sub judice*.

Nas situações acima consideradas, a revogação do ato administrativo *sub judice* não só se mostra possível, como também justificada pelo sistema normativo, em especial pelos princípios da eficiência e da razoabilidade, porquanto a manutenção da discussão judicial, nessas circunstâncias, não se mostraria consentânea com o que se espera de uma boa administração.

Ademais, o interesse público existente no caso, em face de sua supremacia, sobrepor-se-ia ao direito do administrado à apreciação jurisdicional do ato revogando, sem que isso representasse afronta alguma, tendo em vista que o conflito entre princípios, como já se pôde analisar, é resolvida em face das circunstâncias do caso concreto e pela aplicação dos supraprincípios do sistema jurídico.

Em harmonia com esse entendimento, também se posicionou o Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a validade da revogação de procedimento licitatório enquanto o ato estava sob discussão judicial. Pertinente destacar o teor da ementa do acórdão:

AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ORDINÁRIO. REQUISITOS DA MEDIDA. *PERICULUM IN MORA*. *FUMUS BONI JURIS*. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ADMINISTRATIVO. REVOGAÇÃO DE PREGÃO.

(...)

2. Hipótese em que a requerente impetrou mandado de segurança, ora objeto de recurso ordinário ao qual pretende obter efeito suspensivo, contra ato que determinou a revogação do pregão eletrônico no qual tinha saído vencedora para fins de prestação de serviços de telefonia de longa distância nacional (LDN) e longa distância internacional (LDI) aos órgãos da Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul, que se deu sob o fundamento de que

o preço praticado pela BRASIL TELECOM quando da contratação emergencial era inferior àquele pelo qual a EMBRATEL tinha saído vencedora do certame.

(...)

4. Os motivos que ensejaram a revogação do Pregão, no qual a requerente havia sagrado-se vencedora, foi o de que após a realização do certame constatou-se que o preço oferecido pela requerente era superior ao praticado no mercado, motivo pelo qual, revela-se legítimo o ato revogatório porquanto fulcrado no art. 49, da Lei n.º 8.666/93 ("A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado (...)", o que evidencia a ausência de *fumus boni juris*.

5. Sob esse ângulo destaque-se, no sentido do parecer do Ministério Público Federal, que: "Com efeito, não errou o acórdão ao dizer que a revogação da licitação fora legal. Realmente, houve estrita observância do art. 49 da Lei n.º 8.666/934, pois o ato é discricionário, foi devidamente fundamentado e precedido de parecer da procuradoria estatal, que ordenou a realização de ampla pesquisa e consulta (fls. 212-215, 216-232, 233, 235-242), constatando a Administração que o preço oferecido pela EMBRATEL não correspondia ao preço de mercado, fato de que somente teve conhecimento posteriormente, apesar da pesquisa realizada durante a análise das propostas. Ademais, ainda que tivesse firmado o termo de registro de preços com a EMBRATEL naquele momento, não seria o ente público obrigado a contratá-la, eis que "a existência de preços registrados não obriga \_ Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições" (art. 15, § 4º, da Lei n.º 8.666/93)."

6. Deveras, a exegese do art. 49, da Lei n.º 8.666/93, não impede a Administração de revogar o ato e submeter-se à indenização correspectiva. A *ratio essendi* é a de que se houve revogação infundada a indenização é devida, hipótese que é afastada pelo fato superveniente motivador do ato revocatório (Marçal Justen Filho, in "Comentários à Lei de Licitações" p. 466, 10ª ed. Dialética, São Paulo, 2004).

7. Precedentes: RMS 18027 / MG; Rel.(a) Min. ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ de 06.06.2005; MS 8844 / DF; Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 04.08.2003; MS 4513 / DF; Rel. Min. VICENTE LEAL, CORTE ESPECIAL, DJ de

04.09.2000; MS 4482 / DF; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, DJ de 21.10.1996.

8. Destarte, consoante bem evidenciado pelo *Parquet*, do ângulo do *periculum in mora*:

"13. Ora, perigo de dano poderia haver se a Administração ainda não tivesse anulado o contrato e firmado o outro com a BRASIL TELECOM. Uma vez anulado, não há mais o que evitar, a essa altura, já tendo sido praticado o ato administrativo. Mas, ainda que não tivesse o contrato sido anulado, o argumento acerca da predisposição de "estrutura" dispendiosa não impressiona, *data venia*, uma vez que, entre os serviços usualmente prestados pela EMBRATEL se encontram os de telefonia de longa distância nacional e internacional para outros milhões de consumidores.

14. Ademais, se o pregão já havia sido revogado uma outra vez, por ocasião da tutela antecipada na ação declaratória ajuizada pela BRASIL TELECOM, concedida em 03.02.2005 (fls. 136-137), estava a requerente preparada para a pendenga judicial que dali viria. E, sendo já uma veterana no ramo das telecomunicações, não é crível que tenha gasto somas vultosas com uma licitação que ficou *sub judice*, até mesmo depois do contrato firmado, pois o mandado de segurança não havia sido julgado até então. Assim, mais uma vez, a insistente urgência da requerente, a ponto de tentar impedir que os autos viessem ao alvitre ministerial antes da análise preliminar do Relator, apenas demonstra a utilização de medida excepcional e extrema para garantir a satisfação de seu suposto direito, sem permitir ao Judiciário a apreciação da matéria na via oportuna e com a devida serenidade.

15. Por fim, o *fumus boni iuris*, como já afirmado, também não se encontra demonstrado, pois, se a Administração Pública estadual anulou o contrato firmado com a requerente, interpretando além do acórdão, e apesar de já ter concordado com o preço posteriormente oferecido pela EMBRATEL, o equívoco não foi do Tribunal de Justiça."

(...)

11. Assim é que, no exercício do poder geral de cautela que permite ao Juízo, à luz da controvérsia, dosar a extensão da cautelar, DEFIRO PARCIALMENTE A LIMINAR, tão somente para que, mantido o *status quo* inclusive com a revogação do presente pregão, permaneçam em vigor os demais contratos já firmados pelo impetrante, cujos procedimentos não foram revogados, até a decisão do Recurso Ordinário.

(STJ, MC n. 11055 / RS, Proc. n. 2006/0006931-6, Primeira Turma, Relator Ministro LUIZ FUX, DJ: 08/06/2006, p. 119).

Complemente-se, por oportuno, na conclusão de Vitor Rhein Schirato, que

sempre haverá a possibilidade de controle jurisdicional dos atos da Administração Pública que tenham preservado ou extinto os efeitos de atos viciados, sendo a incidência dos princípios abalizadores da discricionariedade administrativa o parâmetro da atuação corretiva do Poder Judiciário (2007, p. 218).

Dessa forma, a revogação de atos administrativos *sub judice* é possível e deve ser analisada em face das circunstâncias do episódio real. Somente os elementos de ordem fática poderão servir de critério para o sopesamento dos valores e princípios em conflito, devendo prevalecer, no caso concreto, a solução que melhor atender ao interesse público primário.

### **2.4.3 Solução possível: motivação**

Tomando-se em consideração que não se pode admitir a impugnação judicial como limite objetivo à revogação do ato administrativo *sub judice*, tendo em vista a real possibilidade de, diante do caso concreto, ela mostrar-se até necessária para realização do interesse público, deve-se propor o que fazer para evitar a revogação indiscriminada de atos judicialmente contestados, como meio de evitar as inconveniências de um litígio e suas consequências para a Administração Pública.

A resposta passa, mais uma vez, pela aplicação dos princípios norteadores do sistema jurídico administrativo. A meu ver, ainda que não haja expressa previsão legal para motivação de *todos* os atos administrativos, ela mostra-se imperativa nos casos de revogação de atos judicialmente contestados.

A motivação dos atos administrativos constitui também um princípio e sua importância, em especial quanto aos atos discricionários, já foi abordada no

capítulo inicial do presente trabalho.

A Administração Pública, em regra, não está obrigada a motivar seus atos, mas, em se tratando da revogação de atos administrativos *sub judice*, essa motivação torna-se obrigatória, sob pena de invalidade. A Administração deve demonstrar que o ato, ainda que judicialmente contestado, é lícito e que seu desfazimento ocorre por motivo de relevante interesse público primário. Isso porque a revogação de um ato administrativo *sub judice* pode configurar amesquinamento do direito ao controle judicial e somente por meio da motivação o Poder Público não apenas demonstraria que a revogação, no caso, não está sendo adotada como meio de fuga da discussão judicial e de suas implicações – o que representa interesse secundário da própria Administração -, como também não afastaria a possibilidade de acesso dos interessados ao Poder Judiciário para exercício do controle sobre os motivos expostos, em especial quanto à razoabilidade da medida como forma de atender o interesse público invocado – controle esse de legalidade, que pode e deve ser exercido pelo Judiciário.

É possível concluir, nesse contexto, que a motivação da revogação de um ato administrativo *sub judice* resolve o aparente conflito entre o interesse público existente no caso concreto (que o ato revocatório procura atender) e o interesse na observância da ordem jurídica. E, por dar concretização equilibrada aos princípios do sistema jurídico, é a solução mais consentânea com o supraprincípio da supremacia do interesse público, do qual retira seu fundamento e em razão do qual se afigura obrigatória na hipótese.

### 3 CONCLUSÃO

Na presente monografia, pretendeu-se desenvolver tema relativo à revogação de atos administrativos, abordando-se, de forma mais específica, a postura tomada pela Administração Pública frente aos atos que estejam sendo contestados judicialmente.

Conforme se pôde verificar, é certo que a Administração tem o poder-dever de anular atos inválidos, inclusive aqueles com vício de mérito, não podendo, segundo posicionamento dominante tanto na doutrina quanto na jurisprudência, utilizar da revogação como forma de recompor a legalidade do ato.

Importante ressaltar que os atos judicialmente impugnados não são necessariamente viciados. Eles podem provar-se lícitos, ou podem sofrer questionamentos quanto a aspectos de seu mérito que não estão sujeitos ao controle judicial, por se referirem à escolha que o administrador pode legitimamente realizar.

Foi observado ao longo dos estudos que a revogação é um ato administrativo com requisitos próprios, os quais, presentes no caso concreto, não só a autorizam, como também podem torná-la obrigatória para o administrador. Há de se concluir, nesse contexto, que a impugnação judicial de atos administrativos não constitui, por si só, óbice à revogação desses atos, por ausência de previsão legal e de incompatibilidade abstrata com os requisitos autorizadores da revogação.

Com efeito, a Administração Pública pode revogar atos administrativos que se encontrem sob apreciação judicial, mas deve, obrigatoriamente, motivar o ato revocatório, com o fim de demonstrar o preenchimento dos seus requisitos. Nesse particular, a Administração deve explicitar a licitude do ato revogando e a razoabilidade da medida como única forma de satisfação do interesse público no caso concreto, o que justifica o sacrifício do direito do administrado à análise do ato pelo Poder Judiciário.

Conquanto que, em princípio, a revogação de um ato administrativo *sub*

*judice* aparentemente viole o direito de acesso ao Judiciário, a motivação da revogação viabiliza o controle judicial, de forma que esse direito não é retirado do interessado. Em reforço, ainda que o processo judicial no qual se questiona o ato administrativo seja extinto sem resolução de mérito, em razão da superveniente falta de interesse processual ocasionada pela revogação do ato, o direito de ação do administrado não é suprimido, mas apenas deixa de ser exercido por ausência de condição da ação.

No que respeita à hipótese de ressarcimento pelo Poder Público, convém ponderar que a revogação de um ato administrativo *sub judice*, mesmo que legítima, não acarreta prejuízo a eventual responsabilização por danos, pois esta é ampla, alcançando também atos lícitos.

Enfim, o que deve orientar o administrador na tomada de sua decisão é a busca do interesse público, que há de ser compreendido como a realização do equilíbrio entre o atendimento dos interesses da coletividade e a preservação dos direitos dos particulares de boa-fé. Com isso, garante-se a segurança jurídica e obtém-se a harmonia do sistema de controle dos atos da Administração Pública.

#### 4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Conceito e Elementos do Ato Administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, n. 32, p. 36-42, 1974.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo, *in* Daniel Sarmiento (org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, p. 117-169, 2007.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 10<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CAMMAROSANO, Márcio. Decaimento e Extinção dos Atos Administrativos. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, n. 53/54, p. 161-172, 1980.

CAMPAZ, Walter. **Revogação dos Atos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6<sup>a</sup> ed. rev., 2<sup>a</sup> reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996.

CARLINI, Haydée Antunes. Invalidez dos Atos Administrativos. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7, n. 34, p. 24-33, 1975.

CARVALHO, Paulo de Barros. A Prova no Procedimento Administrativo Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, n. 34, p. 104-116, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Tributário**. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El Acto Administrativo**. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Teoria dos Atos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Classificação dos Atos Administrativos Inválidos no Direito Administrativo Brasileiro. **IDAF - Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal**. Curitiba: Zênite, n. 21, p. 788-802, abril 2003.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GORDILLO, Agustín. **El Acto Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. Revogação e Anulação de Ato Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo: FGV, n. 75, p. 31-35, jan./mar. 1963.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato Administrativo e Direito dos Administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed., 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3ª ed., v. I. São Paulo: Malheiros, 2007.

MONTE ALEGRE, José Sérgio. Estabilidade e Certeza das Relações Jurídicas como Fator de Limitação à Anulação de Ofício do Ato Administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 13, n. 53/54, p. 153-160, 1980.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Ato Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REALE, Miguel. **Revogação e Anulamento do Ato Administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Limitações à Possibilidade de Anulação dos Atos Administrativos. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, v. 02, n. 08, p. 195-219, out./dez. 2007.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à Invalidação dos Atos Administrativos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

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

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação do Ato Administrativo**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.