

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Caroline Presotto Franciosi

CONVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS:
PODER OU DEVER?

Casca
2016

Caroline Presotto Franciosi

CONVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS:
PODER OU DEVER?

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade de Passo Fundo, Campus Casca, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Giovani da Silva Corralo.

Casca
2016

À minha família...

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pelo dom da vida, por ser minha base, por nunca me deixar abalar, por estar sempre do meu lado, me concedendo a força e sabedoria necessárias para a confecção deste trabalho. Sem dúvidas, é o maior mestre que alguém pode ter.

À minha mãe Dinorá e a minha avó Theresinha, minhas heroínas, pelo amor incondicional, por estarem ao meu lado em toda e qualquer situação, sempre me apoiando e acreditando em mim. Obrigada pelas constantes orações e palavras de incentivo, nos momentos em que pensava em desistir. Sem esse apoio, essa conquista não seria possível. Amo vocês.

Ao meu avô Elírio (*in memoriam*) que é meu maior exemplo de vida e minha inspiração. De onde estiver, sei que ele sempre me envia forças para continuar a seguir o caminho correto. Saudades externas...

Aos meus padrinhos, Enio e Nara e, também, a minha família paterna, que sempre acreditaram no meu potencial e compreenderam minhas faltas nas reuniões de família.

Ao meu namorado Evandro, pelo amor, carinho, compreensão e, acima de tudo, por entender minha ausência durante esta jornada. Te amo.

Ao meu orientador Professor Doutor Giovani da Silva Corralo, por ter acreditado na possibilidade da realização desta pesquisa em tempo reduzido, pela sua dedicação, esforço, calma e atenção, além do conhecimento transmitido ao longo desse período, tão importantes para a conclusão deste trabalho. Muito obrigado.

Aos meus amigos, que, assim como minha família, estiveram comigo nas alegrias e tristezas, sempre acreditando em mim e compreendendo todas as vezes que recusava um convite para algum passeio. Amo vocês.

Aos colegas da turma 2011/1, pelos ótimos momentos compartilhados durante esta jornada acadêmica. Já sinto saudades.

Aos meus professores por todo conhecimento transmitido, não apenas racional, mas moral e pelo exemplo que quero seguir, o de nunca parar de estudar.

A todos, que, de uma forma ou outra, acreditaram em mim e contribuíram para esta grande vitória em minha vida.

Todos foram, são e continuarão sendo muito importantes pra mim.

"... a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém a está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado, para aqueles que dela esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça. Não a que se envolve em túnicas de teatro e nos confunde com flores de vã retórica judicialista, não a que permitiu que lhe vendassem os olhos e viciassem os pesos da balança, não a da espada que sempre corta mais para um lado que para o outro, mas uma justiça pedestre, uma justiça companheira quotidiana dos homens, uma justiça para quem o justo seria o mais exato e rigoroso sinônimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo..."

(JOSÉ SARAMAGO – Pensador Português)

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar o instituto jurídico da convalidação dos atos administrativos, que possibilita a Administração Pública, suprir eventual vício sanável existente em um ato administrativo, com a intenção de corrigi-lo, no todo ou em parte, produzindo efeitos retroativos. Objetiva-se estudar a convalidação à luz dos princípios norteadores da Administração Pública e, dessa forma, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, indaga-se a obrigatoriedade da convalidação nos casos em que o ato administrativo assim a comportar, com a única exceção, que é o caso do ato discricionário praticado por autoridade incompetente, em que caberá ao agente competente a análise discricionária para convalidar ou invalidar o ato viciado. Para isto, o estudo abordará temas fundamentais do Direito Administrativo, bem como suas eventuais divergências doutrinárias, partindo do conceito do próprio ato administrativo, passando por seus diversos atributos, elementos e suas possibilidades de extinção, bem como as diferenças entre atos administrativos discricionários e vinculados, até chegar ao instituto jurídico, objeto desta pesquisa, suas formas e limites de aplicação junto ao Direito Público, visto que estas conceituações são primordiais para a fundamentação e o entendimento acerca do tema estudado.

Palavras-chave: Ato administrativo. Discricionariedade administrativa. Convalidação. Vinculação.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ESTUDO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.	9
2.1	Conceito e requisitos	10
2.2	Extinção dos atos administrativos.....	17
2.3	Da diferença entre a vinculação e discricionariedade na produção do ato administrativo	23
3	O INSTITUTO JURÍDICO DA CONVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	30
3.1	Generalidades e requisitos da convalidação: análise do artigo 55 da Lei 9.784/199930	
3.2	Atos convalidáveis e inconvalidáveis	34
3.3	Convalidação: poder ou dever?.....	44
4	CONCLUSÃO.....	47
	REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o objetivo de analisar o instituto jurídico da convalidação dos atos administrativos, criado pela Lei nº 9.784/1999, a qual regula o processo administrativo no âmbito federal, observando se ele constitui um instrumento efetivo para alcançar a legalidade, eficiência e a segurança jurídica do ato administrativo, a fim de garantir direitos fundamentais e o conceito do bom administrador.

A escolha de dissertar sobre este tema justifica-se por ser um fato que ocorre constantemente no exercício da atividade pública. Quando um ato administrativo apresentar vício ou defeito sanável, que não conferir prejuízos a terceiros ou lesão ao interesse público, este poderá ser convalidado, ou seja, terá corrigido seus vícios ou defeitos, pela Administração Pública, total ou parcialmente, preservando os efeitos jurídicos ao qual se destinou, assim, tornando-o válido.

Resta saber, se a convalidação é um ato praticado com vinculação, isto é, aquele praticado de acordo com o que a lei estabelece, fixando todos os requisitos e forçando a Administração a agir somente de acordo com esta previsão, ou, se é um ato praticado com discricionariedade que confere, dentro de uma análise de oportunidade e conveniência, certa liberdade à Administração Pública na forma de agir.

Verifica-se que o tema apresenta profunda divergência entre os autores do ramo, principalmente no que diz respeito às formas e limites da convalidação. Porém, também concordam que a convalidação, se aplicada corretamente, sem desviar sua real finalidade, traz benefícios ao exercício do Poder Público. Assim, busca-se responder ao questionamento: a convalidação é um poder ou um dever?

Dessa forma, por tratar-se de uma pesquisa explicativa, o presente estudo, tem por finalidade a busca da melhor solução para a questão acima mencionada, e, para tanto, analisar-se-á os principais conceitos relativos ao Direito Administrativo, relacionados ao problema abordado e estruturados em dois capítulos, para auxiliar na explicação e compreensão do tema. A divisão se dá da seguinte forma: da Administração Pública: estudo dos atos administrativos e o instituto jurídico da convalidação dos atos administrativos.

Em princípio, na primeira parte do trabalho, será feita uma análise, ainda que superficial, da noção e dos requisitos que devem estar presentes quando da edição de um ato

administrativo. Além disso, em um primeiro momento, abordar-se-á os aspectos inerentes ao ato administrativo, tais como seus atributos e requisitos, apontando as principais divergências doutrinárias. Após essa linha introdutória básica, serão analisadas as formas de extinção do ato administrativo e suas peculiaridades na aplicação do direito público, e, por conseguinte, uma noção de quando se opera a revogação de um ato, bem como a aceitação da existência de atos administrativos nulos e anuláveis.

Por derradeiro, no segundo capítulo, a pesquisa examinará o instituto jurídico da convalidação dos atos administrativos, conceituando-o e tecendo suas principais generalidades. Na sequência, passa-se a estudar os vícios que podem macular um ato, tornando-o sanável ou insanável, bem como as barreiras que limitam a convalidação. Para, ao final, investigar se a convalidação é um poder vinculado ou discricionário da Administração Pública.

Devido ao tema abordado apresentar certa complexidade, o método adotado foi o hipotético-dedutivo, já que para a conclusão do trabalho, faz-se mister comprovar, a partir do estudo de seus aspectos, a (in) existência da discricionariedade na aplicação do instituto da convalidação dos atos administrativos.

Com o estudo, deseja-se proporcionar maior entendimento quanto à aplicação da convalidação, um instituto que há pouco está presente no ordenamento jurídico brasileiro, o qual, se utilizado com adequação e cautela, poderá auxiliar na eficiência, legalidade e segurança jurídica dos atos administrativos públicos e, conseqüentemente, da Administração Pública.

2 DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ESTUDO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A Administração Pública por meio da sua função executiva tem o poder de realizar atos jurídicos que recebem a nomenclatura especial de atos administrativos. Salienta-se que há diferença entre atos administrativos e atos advindos do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, já que possuem forma, natureza e conteúdo diferente em sua natureza.

A fim de se obter maior entendimento do conceito de atos administrativos, é importante diferenciá-lo dos atos da Administração. Os doutrinadores não chegam a um consenso comum para suas definições, divergindo em seu entendimento e adotando critérios diferentes.

Como evidencia Celso Antônio Bandeira de Mello, os dois conceitos não devem ser confundidos. Para tanto, exhibe sua diferença:

(...) a noção de ato administrativo não deve depender, isto é, não deve ser tributária, da noção de Administração Pública (conjunto de órgãos do Poder Executivo, autarquias e demais sujeitos da Administração indireta), porque, de um lado, nem todo ato da Administração é ato administrativo e, de outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública (2005, p. 356).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que com a divisão dos três Poderes do Estado, é possível dizer que “Todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração”. Dessa forma, o termo atos da administração tem sentido amplo e abarcam todos os atos realizados pela Administração Pública. Já os atos administrativos formam uma classe dos atos da administração, caracterizando-se como aqueles gerados no exercício da função administrativa (2010, p. 190).

A autora subdivide os atos da Administração, enumerando em sete atos distintos: os atos de direito privado, os atos materiais da Administração, os chamados atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor, os atos políticos, os contratos, os atos normativos da Administração e os atos administrativos propriamente ditos (DI PIETRO, 2010, p. 190-191).

E, por fim, ainda acrescenta que dependendo do critério usado para definir o ato administrativo, sendo ele mais ou menos amplo, “nele se incluirão ou não algumas dessas categorias de atos da Administração”. Para tanto, é indispensável conceituar o ato administrativo como uma categoria própria, onde integram-se todos os atos da Administração que possuam as mesmas particularidades, para então vincular-se ao mesmo regime jurídico (DI PIETRO, 2010, p. 191).

Assim sendo, a definição de ato da Administração não pode ser confundida com a de ato administrativo, uma vez que, quanto ao primeiro são considerados todos os atos praticados pelo Poder Público, sob amparo do direito privado e ao segundo são os atos gerados apenas do exercício da função administrativa. Ainda, ambos divergem entre o regime jurídico pelo qual se sujeitam.

Após esta breve discussão, passa-se a analisar detalhadamente a conceituação e requisitos de um ato administrativo, bem como, suas modalidades de extinção. Após este debate, ainda será analisado a diferenciação entre o ato administrativo vinculado e o discricionário.

2.1 Conceito e requisitos

Num primeiro momento, importa tecer alguns comentários acerca da noção de atos administrativos, quais são seus elementos e características e espécies existentes. Todavia, tendo em vista a legislação pátria não apresentar uma definição de ato administrativo, insta apresentar algumas noções lecionadas pelos doutrinadores.

Assim, pode-se dizer que ato administrativo é “toda a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria” (MEIRELLES, 2014, p. 165).

Em contrapartida, José dos Santos Carvalho Filho afirma que ato administrativo é a “exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”, e para tal afirmação observa três elementos principais: manifestação de vontade advinda da Administração Pública ou de alguém dotado de prerrogativas desta; efeitos jurídicos e regime jurídico de Direito Público (2009, p. 95).

De outra banda é necessário levar em consideração alguns aspectos para se definir um ato administrativo, quais sejam: a declaração do Estado, compreendendo a exteriorização de sua vontade; o regime jurídico administrativo, com todas as suas particularidades; a produção de efeitos imediatos; o controle jurisdicional; e, a sujeição a lei vigente e conclui que ato administrativo é a “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos

jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2010, p. 196).

Nesse sentido, tem-se que ato administrativo trata-se de uma declaração unilateral do Estado no exercício de função administrativa, consistente na aplicação da lei ao caso concreto, que se consubstancia em um mandamento de uma norma jurídica, isto é, em uma relação jurídica, cujos elementos são (i) sujeito ativo; (ii) sujeito passivo; (iii) objeto; (iv) direito subjetivo; e (v) encargo.

Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que

Em acepção estrita, pode-se conceituar ato administrativo com os mesmos termos utilizados, acrescentando as características: concreção e unilateralidade. Daí a seguinte noção: declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional” (2013, p. 390).

Cabe acrescentar o conceito de Vladimir da Rocha França que preceitua que “os atos administrativos são normas jurídicas concretas, postas por declarações unilaterais atribuídas ao Estado, que viabilizam a realização do interesse público no caso específico.”. Ele adiciona ao seu entendimento que os atos administrativos “São normas que encontram o seu fundamento de juridicidade nas leis e, excepcionalmente, logo de imediato nas normas constitucionais. Também estão sujeitas ao controle de juridicidade que compete ao Poder Judiciário” (2001, p. 129).

Para um ato administrativo se formar, ser válido e gerar efeitos, há necessidade de cumprir os requisitos ou elementos. A doutrina é divergente quanto a nomenclatura de requisitos e elementos e também diverge em sua quantidade.

Conforme declara Celso Antônio Bandeira de Mello o ato administrativo será válido “quando foi expedido em absoluta conformidade com as exigências do sistema normativo”, quer dizer, aquele que cumpriu todos os requisitos do sistema normativo. Será eficaz quando “está disponível para a produção de seus efeitos próprios”, ou seja, quando não precisa de nenhum outro evento posterior para apoiar-se. E, será perfeito “quando esgotadas as suas fases e produção”, isto é, quando completou seu ciclo de formação, passando a existir e estando apto para produção dos efeitos jurídicos (2005, p. 358-359).

Neste estudo será adotada a nomenclatura requisitos, bem como será estudada a competência do agente público, forma, conteúdo, objeto, motivo e finalidade, terminologias adotadas por Hely Lopes Meirelles, Odete Medauar e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Agente público competente ou sujeito é aquele a quem a lei confere atribuições específicas que o habilitam a edição do ato administrativo. Para tanto, ele deve ser competente para a prática deste ato e essa competência tem ligação direta com a validade do ato ocorrendo com base em três requisitos: questões relativas a matéria, o âmbito territorial e o limite de tempo. Se, por exemplo, um agente incompetente praticar um ato, embora ele possa produzir efeitos, poderá ser anulado por vício de competência. Em suma, como resume Hely Lopes Meirelles, “nenhum ato – discricionário ou vinculado – pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo” (MEIRELLES, 2014, p. 167).

Conforme conceitua Diogenes Gasparini a forma é “o modo pelo qual o ato aparece, revela sua existência”, ou seja, a exteriorização da vontade da Administração Pública para que seu ato produza efeitos, devendo ser devidamente assinado e publicado. Via de regra, no Direito Público, para um ato ser válido é preciso que ele seja escrito. Poderá haver, atos verbais, como a ordem de um superior imediato ou por sinais, como os de um agente de trânsito (2001, p. 59).

A Lei nº 9.784/1999 que regula o Processo Administrativo na esfera federal, positiva tal entendimento no *caput* seu artigo 22¹. Se a forma afrontar a Lei, o ato é considerado inválido. Hely Lopes Meirelles sintetiza que “a inobservância da forma vicia substancialmente o ato, tornando-o passível de invalidação, desde que necessária à sua perfeição e eficácia” (MEIRELLES, 2014, p. 169).

Para Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Odete Medauar, o objeto é o efeito que se deseja alcançar com a edição ou modificação do ato, devendo ser lícito, possível e moral. Alguns doutrinadores como Regis Fernandes de Oliveira, Diógenes Gasparini e Celso Antônio Bandeira de Mello afirmam que existe diferença entre objeto e conteúdo. Para eles o conteúdo é o que o ato dispõe ou para o que se destina e o objeto é aquele em que terá a incidência do ato administrativo.

O motivo diz respeito a situação que antecede ou provoca a edição do ato administrativo, ou seja, serve de fundamento para o ato. Como leciona Di Pietro “a ausência de motivo ou indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo”. Salienta-se ainda que

é vinculado o motivo expresso em lei e discricionário quando estiver a critério da Administração (2010, p. 210).

Outro conceito com relação ao motivo é a “situação de fato ou de direito que gera a vontade do agente quando pratica o ato administrativo” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 107).

Ainda, “a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam em nulidade”, ou seja, quando a motivação não for prevista em lei e mesmo assim a Administração Pública desejar motivar sua escolha, esta só será válida se os motivos expostos forem válidos. A Lei nº 9.784/1999, em seu artigo 50², descreve os atos cujas motivações são obrigatórias (DI PIETRO, 2010, p. 210).

Por último, a finalidade se caracteriza como o objetivo a ser atingido com o ato e deve ser praticado para o bem comum. Conforme Diógenes Gasparini “não há ato administrativo um fim público a sustentá-lo. O ato administrativo desinformado de um fim público e, por certo, informado por um fim de interesse privado, é nulo por desvio de finalidade (...)”. Fica a cargo do legislador definir a finalidade que quer alcançar com o ato administrativo. Após definida, não poderá a Administração utilizar o ato de forma diversa ao que se destina, sob pena de caracterização de desvio de poder (2001, p. 58).

Hely Lopes Meirelles também destaca outros dois elementos ligados a eficácia do ato administrativo que concorrem para sua formação e validade, o mérito administrativo e o procedimento administrativo. O primeiro se relaciona com os motivos e escolha do objeto para a satisfação do interesse público e o segundo com os atos intermediários que se unem para a obtenção ao ato principal (2014, p. 169).

Importante acrescentar que “A eficácia não se confunde com a efetividade, que diz respeito à observância espontânea ou imposta da prestação devida. Embora os efeitos sociais do ato não possam ser desconstituídos pelo direito positivo, são relevantes para fins de responsabilidade do Estado” (FRANÇA, 2001, p. 134).

¹Lei n. 9.784/99 – artigo 22: Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

²Lei n. 9.784/99 – artigo 50: Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo [...].

De mais a mais, com relação aos elementos do ato administrativo, Régis Fernandes de Oliveira observa que:

Não existem, efetivamente, elementos do ato administrativo, se o quisermos decompô-lo, em sua essência. Se entendermos elementos, como parte de um todo, apenas se poderá falar em conteúdo e forma. É que sempre o ato terá um conteúdo, sob pena de não ser ato. E, para ingressar no mundo jurídico deverá revestir-se de uma forma (2001, p. 61).

Importante saber que os atos administrativos têm atributos que lhes dão características próprias e condições peculiares, diferenciando-os dos atos jurídicos. Para Hely Lopes Meirelles e Diogenes Gasparini os atributos são: presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade e autoexecutoriedade. Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro inclui um quarto atributo, a tipicidade.

De acordo com Hely Lopes Meirelles “os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com presunção de legitimidade, independente do que a lei estabeleça”, ou seja, diz que presumem-se verdadeiros e válidos todos os atos realizados pela Administração Pública, estando intimamente ligada ao princípio da legalidade e as atividades de segurança e celeridade das atividades públicas (2014, p. 174).

É possível afirmar que com presunção de legitimidade tem por característica a inversão do ônus da prova, já que até prova em contrário, o ato administrativo é dotado de veracidade, como por exemplo a emissão de uma certidão de zoneamento que é dotada de fé pública.

Assim, “a presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos. Enquanto não houver anulação do ato, o mesmo tem eficácia. Decorre, em consequência, como outro efeito desse atributo, a autoexecutoriedade (MEIRELLES, 2014, p. 175).

A autoexecutoriedade ou somente executoriedade possibilita ao Poder Público a execução dos atos administrativos por meios próprios sem interferência do Judiciário. Este atributo permite a Administração Pública agir em prol do bem comum de maneira rápida e eficaz, sem qualquer vinculação ao Poder Judiciário, de modo que se em cada ato proferido pela Administração, o Judiciário encontrasse restrições ou precisasse analisa-lo, não haveria uma proteção rápida de direitos.

Salienta-se que a autoexecutoriedade deve ser motivada e está prevista no artigo 45 da Lei nº 9.784/1999 e tornou-se mais restrita a partir do artigo 5º, LV da Lei Maior que veio

para assegurar a ampla defesa e o contraditório também aos processos administrativos. Quando alguém sentir-se ameaçado ou lesado por ato administrativo lhe é assegurada proteção judicial para proteger seus interesses (MEIRELLES, 2014, p. 179).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Diógenes Gasparini enumeram que a autoexecutoriedade não é atributo de qualquer ato administrativo, mas sim, é possível quando expressamente prevista em lei e quando se tratar de medida urgente. Qualquer ato que não preencha estes requisitos é considerado ilegal devendo ser impetrado *habeas corpus* ou mandado de segurança pelo interessado em desfavor da Administração Pública.

No direito francês a autoexecutoriedade é chamada de *privilège d'action d'office*. Alguns doutrinadores a dividem em dois pontos: *privilège du préalable* e *privilège d'action d'office*. A primeira corresponde a exigibilidade pelo qual o Poder Público cria, através de suas decisões, obrigações ao particular, sem que necessitar ir a juízo previamente e a segunda corresponde a executoriedade, ou seja, o privilégio de ação de ofício, que autoriza o Poder Público a executar suas decisões usando sua força diretamente. Está posição é referida por Di Pietro, que, ainda, faz a diferenciação dos dois termos, quanto aos meios coercitivos empregados. Para a autora:

(...) no caso de exigibilidade, a Administração se utiliza de meios indiretos de coerção, como a multa ou outras penalidades administrativas impostas em caso de descumprimento do ato. Na executoriedade, a Administração emprega meios diretos de coerção, compelindo a materialmente o administrado a fazer alguma coisa, se utilizando da força. Na primeira hipótese, os meios de coerção vêm sempre definidos na lei; na segunda, podem ser utilizados, independentemente de previsão legal, para atender situação emergente que ponha em risco a segurança, a saúde ou o interesse da coletividade (2010, p. 201).

Cumprido salientar, que além da obrigatoriedade da Administração Pública ser submetida ao Poder Judiciários em suas decisões executórias, ainda está sujeita ao controle judicial posterior, conforme previsão do artigo 37, Parágrafo 6º da Constituição Federal³, poderá haver incidência de responsabilidade objetiva do Estado.

Por fim, ainda cabe dizer que a autoexecutoriedade deve ser sempre motivada pela Administração Pública e está prevista no artigo 45 da Lei nº 9.784/1999⁴.

³ Artigo 37, Parágrafo 6º da Constituição Federal: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

⁴ Lei n. 9.784/99 – artigo 45: Art. 45. Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.

Já, a imperatividade, também chamada por José dos Santos Carvalho Filho e outros autores de coercibilidade, “significa que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos quantos se encontrem em seu círculo de incidência” (CARVALHO FILHO, p.116).

A imperatividade se aplica apenas para os atos que impõem obrigações, impondo seu cumprimento ou execução, independentemente da concordância ou não do interessado. Como na autoexecutoriedade, não são todos os atos administrativos que contém o atributo da imperatividade, mas quando conter, mesmo contrariando a vontade do terceiro interessado, tem cumprimento obrigatório.

Nesse ponto corrobora o entendimento de Hely Lopes Meirelles

A imperatividade decorre da só existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade. Assim sendo, todo o ato dotado de imperatividade deve ser cumprido ou atendido enquanto não for retirado do mundo jurídico por revogação ou anulação, mesmo porque as manifestações de vontade do Poder Público trazem em sua presunção de legitimidade (2014, p. 177).

E, por fim, a tipicidade está ligada ao modo de prática do ato e a finalidade que se pretende alcançar, impossibilitando a Administração a atuar sem observância a lei e afastando a possibilidade de produzir atos inominados. Ressalta-se que a tipicidade não é majoritariamente aceita pela doutrina, sendo uma de suas defensoras a administrativista Maria Sylvia Di Pietro.

Este atributo ocorre somente em relação a atos unilaterais. Também afasta a discricionariedade, já que a lei prevê a forma que a Administração deve agir e serve de garantia para aos administrados, impedindo que o Poder Público emane atos dotados de imperatividade e executoriedade, sem haver previsão legal, a fim de vincular o particular (DI PIETRO, 2010, p. 202).

Ao final destas explicações pode-se entender que os atos administrativos são as manifestações de vontade da Administração Pública no exercício de sua função ou por que lhe faça às vezes, que devem obedecer a lei, produzindo assim efeitos jurídicos imediatos. Tais atos devem conter os requisitos e atributos necessários para cumprir juridicamente com produção de seus efeitos para os quais foram criados. Em caso de descumprimento de algum requisito podem ser invalidados, convalidados ou até extintos. Ainda, é possível dizer que os atos administrativos estão sujeitos ao controle jurisdicional por parte do Poder Judiciário, se houver necessidade.

2.2 Extinção dos atos administrativos

Em se falando de extinção de ato administrativo, faz-se mister entender que um ato administrativo eficaz é aquele que está produzindo os efeitos ao qual a criação o destinou. A partir do momento em que não produz mais estes efeitos, por cumprimento, exaurimento ou por atos posteriores que o eliminam, ocorre a extinção do ato administrativo.

Para França, “um dos preceitos jurídicos nucleares da atividade administrativa, o também denominado princípio da juridicidade, enseja, para a autoridade administrativa, a potestade de expulsar do ordenamento jurídico o ato administrativo de ilegalidade comprovada” (2001, p. 129).

A extinção do ato administrativo se dá quando ele deixa de existir no mundo jurídico, ou seja, não produz mais efeitos e diversas são suas causas. Conforme reza Diogenes Gasparini o “ato administrativo, tal qual um ser, nasce, vive e morre” (2001, p. 91).

Desta feita, pode-se mencionar que a extinção do ato administrativo pode ocorrer de diversas formas. A primeira delas é através do cumprimento de seus efeitos – após cumpridos os efeitos, o ato extingue-se, podendo ocorrer de três formas: pelo esgotamento jurídico, como por exemplo, o gozo de férias de um funcionário; por execução material, como por exemplo, a demolição de uma casa; e, por implemento de condição resolutiva ou termo final (MELLO, 2005, p. 412-415).

Outra forma é o desaparecimento do sujeito ou objeto da relação jurídica. Com o desaparecimento do sujeito o ato extingue-se, por exemplo, morte de servidor público que recebia benefícios personalíssimos. Da mesma forma, ocorre com o desaparecimento do objeto, por exemplo, o mar que toma conta de um terreno da marinha (MELLO, 2005, p. 412-415).

Já a retirada do ato ocorre quando a Administração Pública emite ato que extinga o anterior. Pode ocorrer de cinco formas: revogação, que é a retirada do ato por mérito, ou seja, oportunidade e conveniência; invalidação por razões de legalidade; cassação por descumprimento de condição que deveria ser seguida pelo destinatário; caducidade por nova norma jurídica que tornou inadmissível a situação jurídica antes permitida; e, contraposição por competência diversa a que gerou o ato (MELLO, 2005, p. 412-415).

Por fim, a renúncia ocorre quando o próprio beneficiário abdica de vantagem que lhe era devida, ou seja, abre mão de uma vantagem a seu favor (MELLO, 2005, p. 412-415).

Porém, segundo lições de Diógenes Gasparini, o ato administrativo ineficaz também pode ser extinto. O ato ineficaz também é perfeito e tem validade, porém não tem capacidade para produzir qualquer tipo de efeito jurídico a que se destinou. Neste caso, poderá ser extinto por recusa, tendo em vista que a aceitação era necessária pelo beneficiado para o ato poder produzir os efeitos para o qual foi criado. E, por mera retirada, é “a extinção de um ato administrativo ineficaz por outro ato administrativo por motivo de mérito ou de legalidade”. Salienta-se que a mera retirada não tem efeitos a serem preservados ou desfeitos, por isso é diferente da revogação e da invalidação (2001, p. 95).

Importante também discorrer sobre a anulação ou invalidação do ato administrativo, esta ocorre com relação aos seus requisitos, quer dizer, ocorrer quando há incidência de vícios ou lhe faltam certos requisitos. Neste caso, os atos podem ser nulos ou anuláveis dependendo do vício que os atingirá (SILVEIRA, 2004).

A anulação visa desfazimento o desfazimento do ato por razões de ilegalidade. A anulação, prevista no o artigo 53 da Lei nº 9.784/1999⁵, possui efeito *ex tunc*, ou seja, efeitos retroativos, desde a data em que foi emanado, devendo ser feita pela Administração Pública, através de seu poder de autotutela ou pelo Poder Judiciário, nos termos do artigo, 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁶. Ao ser feita pelo próprio Poder Público, pode ocorrer sem a provocação de interessados, desde que respeite os princípios da legalidade e do contraditório (DI PIETRO, 2010, p. 236).

Observa-se que a anulação pode ocorrer até cinco anos após a data em que o ato foi emanado e não após ter sido descoberto o vício, conforme o artigo 54 da Lei nº 9.784/1999⁷ e só serve aos beneficiados de boa-fé. Após isso ocorre a chamada convalidação tácita.

Neste ponto, é possível discutir sobre a vinculação ou discricionariedade da anulação. Para Di Pietro, o Poder Público deve anular os atos administrativos ilegais, porque senão o fizer estará desrespeitando o princípio da legalidade. Porém, poder manter o ato ilegal, se o prejuízo da anulação do ato for maior que o decorrente de sua manutenção (DI PIETRO, 2010, p. 237).

⁵ Lei n. 9.784/99 – artigo 53: Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vícios de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

⁶ Constituição Federal – artigo 5º, inciso XXXV: [...] “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

⁷ Lei n. 9.784/99 – artigo 54: Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

Dessa forma, para anular ou não um ato administrativo, deve-se analisar os princípios norteadores da Administração Pública, se causará danos ao erário, prejuízos a terceiros ou advir de dolo, bem como, qual o vício que o macula e somente após decidir se fará sua anulação ou a sua convalidação.

De acordo com o conceito de Vladimir da Rocha França “Os atos administrativos viciados são aqueles que foram produzidos com defeitos comprovados em sua formação ou substância. Em outras palavras, o ato administrativo viciado é uma norma válida que contradiz a lei ou é fundada em lei inconstitucional” (2001, p. 133).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010), a anulação de um ato administrativo também pode ocorrer por vícios em seus cinco requisitos de formação, anteriormente estudados, sendo importante analisá-los criteriosamente, conforme será feito abaixo.

O primeiro vício a ser analisado é aquele em razão da competência do agente que praticou o ato que, pode se configurar por duas categorias: a incapacidade e a incompetência. Como a competência está pautada em lei, Di Pietro afirma que “será ilegal ato praticado por quem não seja detentor das atribuições fixadas na lei e também quando o sujeito o pratica exorbitado de suas atribuições”. Ela ainda pontua que os principais vícios de competência são: usurpação de função, excesso de poder e função de fato. A usurpação ocorre quando a pessoa que emana o ato não foi aquela investida para o cargo. O excesso de poder acontece quando o agente ultrapassa os limites de sua competência, que é uma das espécies de abuso de poder. A função de fato se dá quando o agente que pratica o ato está ocupando cargo irregular, mas aparentava legalidade (2010, p. 238-240).

Já a incapacidade está prevista nos artigos 18⁸, 19⁹ e 20¹⁰ da Lei Federal nº 9.784/1999, admitindo, respectivamente, as hipóteses de impedimento e suspeição. O impedimento ocorre quando o agente fica proibido de atuar, sob pena de responsabilização. A suspeição deve ser alegada quando houve situação de amizade íntima ou inimizade com o interessado no ato administrativo. Conforme pontua Di Pietro, o impedimento gera presunção absoluta de incapacidade deve ser obrigatoriamente comunicada a autoridade superior,

⁸ Lei n. 9.784/99 – artigo 18: Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I - tenha interesse direto ou indireto na matéria; II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

⁹ Lei n. 9.784/99 – artigo 19: Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar. Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

¹⁰ Lei n. 9.784/99 – artigo 20: Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

enquanto a suspeição gera presunção relativa e se não for arguida pelo interessado em tempo, restará configurado a sanatória do ato administrativo (2010, p. 240-241).

O segundo vício a ser analisado é o relativo ao objeto, sendo assim, o objeto do ato administrativo lícito, possível, moral e determinado, sob pena de nulidade absoluta. Dessa maneira, haverá vício de objeto quando ele contrariar a lei, for imoral, incerto, impossível ou editado de maneira distinta ao caso (DI PIETRO, 2010, p. 241).

Para Araújo, é custoso acreditar que o “vício que torna o objeto ilícito, impossível ou indeterminado, não tenha já ocorrido em outros momentos da formação do ato, como em relação à intervenção do agente, ou na valoração do motivo em relação ao interesse público ‘in concreto’ e sua simetria com a finalidade” (1999, p. 83).

Para caracterizar a ilicitude no objeto do ato administrativo é necessário o ato ser editado em desacordo com as normas jurídicas ou não corresponder com o interesse público que motivou a sua prática, que quando for ilícito ou inexistente, se comunicará com o defeito na finalidade (CRETELLA JÚNIOR, 1977, p. 169-170).

O terceiro vício é o relativo a forma do ato administrativo. Segundo leciona Maria Sylvia Di Pietro “o ato é ilegal, por vício de forma, quando a lei expressamente a exige ou quando uma finalidade só possa ser alcançada por determinada forma”, ou seja, se o ato for editado de forma diversa ao que está previsto na legislação, estará viciado (2010, p. 241).

Exige-se respeito a forma com o intuito de garantir a não arbitrariedade dos administradores e também visando a estabilidade e a credibilidade das relações jurídicas. Ainda, é possível diferenciar forma de formalidade. A primeira diz respeito a declaração de vontade do agente público editor do ato e a segunda refere-se ao pressuposto intermediário para a formação da declaração ou até do procedimento indispensável à edição do ato (ARAÚJO, 1999, p. 85).

Como afirma José Cretella Júnior, a primeira maneira de dividir a forma é feita entre duas categorias, escrita e oral, e as define como: “A *formalidade oral – verba volant* – é destinada aos atos administrativos de menor importância, ao passo que a *formalidade escrita – scripta manent* – reveste os atos cujas consequências são mais profundas para a Administração e para os administrados” (2001, p. 283).

Araújo completa o entendimento de José Cretella Júnior, dizendo que a forma escrita tem maior ênfase no direito público e é a garantia da Administração Pública, juntamente com o princípio da publicidade. Sobre a forma oral, afirma ser uma exceção, capaz de gerar efeitos

instantâneos, contudo, somente plausível em atos de pouco relevância. Normalmente a forma oral decorre do poder de polícia ou de atos que precisem produzir efeitos imediatos. Para que seus efeitos permaneçam operantes e válidos, haverá, posteriormente, necessidade deste ato ser confirmado ou ratificado (1999, p.87).

O quarto é o vício ocorre em razão do motivo, ou seja, tem relação com a inexistência ou falsidade de motivação na emanção do ato administrativo. Conforme exemplo dado por Di Pietro “se a Administração pune um funcionário, mas este não praticou qualquer infração, o motivo é inexistente; se praticou infração diversa, o motivo é falso” (2010, p, 242).

Tendo em vista, o motivo ser a “razões que inspiram o ato”, sendo fundamental e devendo ser legal. Se o ato administrativo se fundamentar em motivo viciado ou motivo imperfeito, estará ele vulnerável ao controle jurisdicional (CRETILLA JÚNIOR, 2001, p. 266-267).

Nessa toada, Araújo define que “O vício na determinação do motivo ocorre naquele lapso temporal em que se escolherão as providências a serem tomadas, através do impulso volitivo interno (que é o móvel) ou quando da interpretação, pelo agente editor do ato, de motivo já existente e declarado” (ARAÚJO, 1999, p. 89).

Por fim, o quinto vício tem relação com a finalidade, que tem ligação com o desvio de poder ou de finalidade. Aqui, “o agente desvia-se ou afasta-se da finalidade que deveria atingir para alcançar resultado diverso, não aparado em lei”. A grande dificuldade e comprovar o desvio de poder é a comprovação, já que o agente não deixa clara sua verdadeira intenção, já que o ato produz a impressão de ser legal e pode ser provado por meio de indícios (DI PIETRO, 2010, p. 242).

Nesse viés, Araújo entende que a finalidade pode ser viciada, já que ela é resultado de ação do agente público. Porém, alega que quando se verifica este vício, ele provavelmente deve ter ocorrido em um outro momento de formação do ato. Dessa maneira, o que se estuda como vício de finalidade, nada mais é que o estudo de todos os vícios que maculam o ato administrativo, uma vez que não ocorrem vícios no resultado, o resultado é que ficará, conseqüentemente, viciado (1999, p. 92-93).

Conforme os ensinamentos de José Cretella Júnior, “a finalidade é a meta para onde se dirige a atividade administrativa” e complementa dizendo “se a finalidade é viciada, ocorre o vício ou defeito, conhecido pelo nome de desvio de poder ou desvio de finalidade, o que

inutiliza irremediavelmente o ato, permitindo ao prejudicado o recurso ao Judiciário, que o anulará” (2001, p. 272).

Também pode-se considerar o desvio de poder como um limite à ação discricionária, de modo a barrar a edição de um ato administrativo se desvirtue do interesse público e atenda um interesse privado ou até mesmo um fim público, mas que não esteja previsto em lei (TÁCITO, 2003).

Outrossim, é importante tratar da revogação dos atos administrativos, tendo em vista que a mesma “se assenta na conveniência ou oportunidade da retirada de determinado ato do mundo jurídico, em razão do interesse público, ou seja, não se dá sobre os requisitos do ato” (SILVEIRA, 2004).

Na revogação o ato é perfeito e legal, porém a Administração desiste de realizar a atividade prevista nele, ou seja, é um ato administrativo discricionário que, por análise de oportunidade e conveniência, não interessa mais ao Poder Público. Na revogação não há alteração dos efeitos produzidos no passado, somente terá relação com futuro, ou seja, produz efeito *ex nunc*.

Ocorre quando a autoridade administrativa no uso de sua competência e discricionariedade entende que certo ato não mais atende aos fins a que se destinou, havendo outras formas de melhor fazê-lo e por isso opta pela retirada do mesmo do mundo jurídico.

Enfatiza-se que a revogação somente poderá ser feita pela Administração Pública, por tratar-se de controle de mérito e ainda, não há prazo temporal, somente prazo material. Quando houver interesse e a lei, explícita ou implicitamente, autoriza os limites a serem seguidos para o poder de revogar, nos seguintes termos: (i) não podem ser revogados atos vinculados, tendo em vista que não é conferido à Administração Pública liberdade para apreciar oportunidade e conveniência; (ii) não podem ser revogados atos que já exauriram seus efeitos, se o ato já produziu todos os seus efeitos não haverá possibilidade de revogação, já que ela não é retroativa; (iii) não cabe revogação quando já se exauriu a competência relativa ao objeto do ato, pois se o ato está sendo apreciado por autoridade superior, aquele que praticou o ato anteriormente não é mais competente para revogá-lo; (iv) a revogação não atinge os meros atos administrativos, porque seus efeitos decorrem de previsões estabelecidas em lei; (v) não é possível revogar atos que integram um procedimento, pois cada um tem uma preclusão específica em relação ao anteriormente proferido; (vi) também não se pode revogar

atos que tenham gerado direitos adquiridos, conforme previsão da Súmula n. 473¹¹ do STF (DI PIETRO, 2010, p. 249-250).

Por último, também é necessário saber a diferença entre os atos nulos e anuláveis. Os nulos geram nulidade absoluta, ou seja, o vício não pode ser sanado, não havendo possibilidade de convalidação. Já os atos anuláveis geram nulidade relativa, podendo o vício ser sanado ou convalidado. Salienta-se que ambos podem ser declarados de ofício pela Administração Pública, através de seu poder de autotutela, não necessitando de provação do interessado.

Em suma, é possível afirmar que a extinção do ato administrativo ocorre quando ele passa a não produzir efeitos no mundo jurídico. A extinção de um ato pode ocorrer das seguintes formas: por cumprimento de seus efeitos, por desaparecimento do sujeito ou objeto da relação, por retirada ou, ainda, por renúncia. Pode também haver a extinção quando for considerado ineficaz. Quanto aos vícios, se a nulidade for absoluta não haverá possibilidade de convalidação, ao passo que se esta nulidade for relativa, poderá ser convalidado pela própria Administração Pública. Por fim, existe a possibilidade de revogação de um ato, quando este não tem mais interesse de praticar a atividade prevista nele, mas neste caso, a produção de seus efeitos mantem-se até a data de sua revogação.

2.3 Da diferença entre a vinculação e discricionariedade na produção do ato administrativo

Há diversas classificações e modalidades de atos administrativos, todos regrados pelo sistema jurídico vigente e que compõe a esfera da Administração Pública. Para este estudo interessam, em princípio, as peculiaridades dos atos discricionários e vinculados, levando-se em conta a liberdade do agente quando da prática dos atos administrativos.

Conforme explica Lucia Valle Figueiredo não há diferença entre o conceito de atos discricionários e vinculados, ou seja, “não cabe porque não há distinção entre atos vinculados e discricionários na estática da norma” (2008, p. 214).

¹¹ Súmula 473/STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Ressalta-se que “Quando a lei usa noções imprecisas, deve o intérprete encontrar a solução possível, pois se trata de apreciação vinculada e não de discricionariedade” (GROTTI, 2012, p. 1009).

Em se falando de atos administrativos vinculados ou também chamados de poder vinculado, pode-se afirmar que são aqueles praticados de acordo com o que a lei estabelece, ou seja, a lei determina como e quando a Administração Pública deve agir ou decidir, já que impossibilita mais de um comportamento sobre determinado ato por não conferir nenhum tipo de liberdade de escolha na sua emanção.

Celso Antônio Bandeira de Mello define os atos vinculados como “aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face da situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma” (2005, p. 399).

Conforme bem acrescenta Vladimir da Rocha França:

A competência administrativa é vinculada quando o momento de seu exercício encontra-se, implícita ou explicitamente, indicado por comandos veiculados por lei. Todos os pressupostos de legalidade que atingem diretamente o conteúdo do ato administrativo de competência vinculada encontram-se legalmente especificados, não restando à autoridade administrativa outra operação intelectual que não seja a subsunção, a utilização de um juízo de juridicidade. É o que acontece com a potestade de invalidação (2001, p. 137).

A característica original do ato vinculado é o automatismo, haja vista que o Poder Público, não tem necessidade de buscar uma melhor solução para certa circunstância, já que, a lei tão somente definirá uma solução para o caso concreto (MEDAUAR, 2012).

Quando um ato administrativo é vinculado, todos os seus elementos constitutivos também são. A “vinculação ou atribuição vinculada é a atuação da Administração Pública em que a lei não lhe permite qualquer margem de liberdade para decidir ou agir diante de uma situação concreta” (GASPARINI, 2001, p. 88-89).

Entendimento complementado pelo de Regis Fernandes de Oliveira:

O exercício da atividade vinculada da Administração aparece ligado à norma que contém regras que devem ser observadas. Na emissão, do ato vinculado o administrador deve atender à norma que predetermina ou regula sua emissão. Trata-se do estabelecimento específico da conduta do administrador. Diante de tal situação de fato, a Administração deve tomar a decisão normativamente prevista. Está obrigada a tomar aquela previamente estabelecida na norma (OLIVEIRA, 2001, p.75).

Outrossim, há necessidade de motivar o ato vinculado, demonstrando que cumpriu as exigências e requisitos legais para sua existência e validade. Se ferir qualquer requisito ou disposição legal é considerado nulo, devendo tal nulidade ser declarada pela Administração Pública ou pelo Judiciário (MEIRELLES, 2014, p. 183-184).

Ao falar de Poder Judiciário, diferentemente do que ocorre com os atos discricionários, nos vinculados fica autorizado a fazer o exame de ilegalidade e revê-los, em todos os seus aspectos, já que qualquer um deles pode revelar descumprimento da legislação que regula sua prática (MEIRELLES, 2014, p. 184).

Na mesma linha segue o entendimento de José Cretella Júnior, afirmando que se o ato vinculado “não for editado, ou se editado, fere direito líquido e certo do interessado, que preencheu os requisitos legais, fixados para a edição da medida e que, por isso, é suscetível de controle jurisdicional” (2001, p. 148).

Segundo Lucia Valle Figueiredo e Bandeira de Mello, no que tange aos atos vinculados, a intenção do agente não há que ser levada em consideração, eis que esta não irá interferir quando da prática do ato, sendo que tal não se aplica ao ato discricionário uma vez que a própria lei permite a intenção do agente.

Em contrapartida, os atos administrativos discricionários ou também chamado de poder discricionário, são aqueles que conferem a Administração Pública uma possibilidade de escolha, ou seja, haverá liberdade de eleger, dentre opções compreendidas na legislação, como irá agir, após analisados os critérios de conveniência e oportunidade em benefício da coletividade dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Salienta-se que esta liberdade somente é possível nos elementos constitutivos referentes ao objeto e motivo, ou seja, aqui se dá o mérito administrativo. Os demais elementos continuam vinculados a lei.

Em suma, é possível afirmar que “há poder discricionário quando, ante determinada circunstância, a autoridade administrativa é livre de escolher a conduta a adotar, apreciando a oportunidade e conveniência ao atendimento do interesse público, pois sua atuação não é ditada previamente por norma legal” (MEDAUAR, 2012).

Pode o Poder Público, com base na conveniência e momento de sua prática, atendendo ao bem comum, agir com certa liberdade como no ato administrativo discricionário para a satisfação do interesse público. O que não é possível é descumprir os requisitos legais que disciplinam a prática do ato (MEIRELLES, 2014, p. 184-185).

Nessa toada, no entendimento de Martins Júnior (2001).

A razão que inspira a discricionariedade administrativa é o dever de boa administração, estando, pois, intimamente relacionada à eficiência: trata-se de um poder instrumental para o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal. A competência discricionária consiste na margem (relativa) de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao agente público para escolha, dentre as alternativas oferecidas, daquela que melhor atenda ao interesse público específico, tendo, por conseguinte, espaço livre na avaliação do motivo e na eleição do objeto por juízo de conveniência e oportunidade quando a lei assim lhe permita, subordinando-se, no entanto, à competência, à forma e às finalidades legais (MARTINS JÚNIOR, 2001, p. 63).

Dessa forma, Regis Fernandes de Oliveira conceitua que “Discricionariedade é, pois, a integração da vontade legal feita pelo administrador, que escolhe um comportamento previamente validado pela norma, dentro dos limites de liberdade resultantes da imprecisão da lei, para atingir a finalidade pública.” (2001, p. 78).

Segundo Juarez Freitas, “nos atos administrativos discricionários, o agente público só pode emitir juízos de valor (escolhas no plano das consequências diretas e indiretas), no intuito (*juris tantum*) de imprimir eficiente e eficaz incremento das prioridades da Carta” (2015, p. 128).

Ainda, no que tange à discricionariedade.

Esta se justifica pela impossibilidade de a lei antever todos os pressupostos da atuação administrativa. Ela surge, pois, como passo necessário na concreção do Direito. Afinal, a qualificação do interesse público, em cada caso, é oferecida pelo Direito positivo, isto é, pela Constituição e, a partir dela, pelo legislador e, finalmente, pelos órgãos administrativos, nas hipóteses e no limite de discricionariedade que lhe foi atribuído pela lei. Não significa, portanto, atuação livre de parâmetros legais, eis que as finalidades de seu exercício são antecipadas pela regra concessiva da competência. Não cabe mais falar em discricionariedade no silêncio da lei, mas sim justamente em discricionariedade regulada e atribuída pela lei. Em síntese, é atividade instrumental ao atendimento das finalidades legais (ROMAN, 2009, p. 59).

Ou seja, o poder discricionário é justificado pela doutrina pela impossibilidade do legislador prever todas as situações que ocorrerão no mundo fático e, também, não ser possível o legislador transmitir todos os comandos precisos e individuais aos seus administrados. Além disso, existe uma impossibilidade jurídica, onde não é possível o legislador prever como decidirá, no futuro, em determinado caso concreto (OLIVEIRA, 2001, p. 79).

A discricionariedade se pauta na complexidade e variedade de problemas na Administração Pública, onde não há possibilidade de prever a melhor solução para cada caso concreto. Salienta-se que a discricionariedade não exime a Administração quanto ao cumprimento da lei, apenas com o devido respeito, oportuniza certa faculdade de agir. Usar-se

indevidamente do poder discricionário, sem observar a lei, constitui ato ilícito (MEIRELLES, 2014, p. 185).

Ademais, conforme leciona Hely Lopes Meirelles:

Discricionários, portanto, só podem ser os meios e modos de administrar, nunca os fins a atingir. Em tema de fins não existe jamais, para a administração, um poder discricionário. Porque não lhe é nunca deixado poder de livre apreciação quanto ao fim a alcançar. O fim é sempre imposto pelas leis e regulamentos, seja explícita, seja implicitamente (MEIRELLES, 2014, p. 186).

Outrossim, destaca-se o limite do poder discricionário, já que inevitavelmente deve estar ligado a boa-fé, proporcionalidade, igualdade e lealdade, ou seja, a aplicação da lei deve ser igual para todos, sem qualquer benefício ou distinção, não podendo a Administração Pública comportar-se de maneira adversa ao que a lei determina (FIGUEIREDO, 2008, p. 224).

Para Patrícia Dornelles Schneider “os atos discricionários não podem ser entendidos como aqueles atos em que o poder da Administração é livre, porque o seu limite será sempre e em princípio a norma ou o regramento jurídico. O desrespeito a este limite legitima a intervenção do Poder Judiciário” (SCHNEIDER, 2011, p. 278).

Há de se considerar que pode existir controle jurisdicional sobre atos discricionários, porém sempre terá que observar a flexibilidade do Poder Executivo assegurada pela lei, não podendo o Judiciário interferir no espaço administrativo, referente ao mérito administrativo. Somente haverá interferência com a finalidade de declarar nulidade e impedir abusos de poder, se o ato escolhido prejudicar o interesse público ou de terceiros interessados (DI PIETRO, 2010, p. 217-219).

Este ponto é corroborado por José Cretella Júnior, afirmando que “Ato discricionário é o insuscetível de revisão a não ser pelo próprio agente (ou superior hierárquico) que o editou. É o que, embora vinculado à lei, tem livre faixa de trânsito, a critério do administrador que, para editá-lo, consulta apenas a oportunidade e conveniência da medida” (2010, p. 150-151).

Porém, estudos mais frequentes apontam que a afirmação de que o Judiciário não pode interferir no mérito administrativo vem caindo em desuso, já que os conceitos de mérito administrativo e discricionariedade não ficaram paralisados no tempo. Com essa evolução, passou-se a entender que o mérito, antes intocável pelo Poder Judiciário, hoje pode ser objeto de sua análise, para coibir eventuais abusos de poder, injustiça ou até de negativas constitucionais, desde que sua análise venha conjugada com os princípios constitucionais e

também não pode ser generalizada, para não substituir o papel do administrador (RIBAS; CASTRO, 2015, p. 100-112).

Assim sendo, se o agente público, diante da possibilidade do juízo oportuno e conveniente ofertado pela lei, não fizer a melhor escolha para cumprir o interesse público do ato, ao Poder Judiciário caberá declarar a nulidade, pela razão de que sua conduta está em discordância com os preceitos legais. Contudo, conforme preceitua o artigo 2º da Carta Magna¹², é vedado ao juiz dizer qual é a solução adequada ao caso concreto, pois se isto acontecer estaria ele substituindo a autoridade administrativa (FARIA, 2004).

Cumprido salientar que não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade. Celso Antônio Bandeira de Mello faz esta diferenciação:

Ao agir arbitrariamente o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que a lei permite. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorga tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação legal quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto (2005, p. 401).

Com relação ao conteúdo do ato administrativo, pode-se afirmar que este constitui-se “daquilo que fala ou dispõe sobre a função pública, ou seja, é a medida nele contida que produz alteração na ordem jurídica; é, portanto, o próprio ato”. De outra banda, em se tratando da forma, tem-se que esta se desvela como a parte exterior do ato, ou seja, é o caminho cujo o ato revela sua existência passando a ingressar no ordenamento jurídico (PEGORARO, 2004, p. 120).

Ainda, é importante constar que não há ato administrativo completamente discricionário, tendo em vista que todo ato deve estar pautado em lei, principalmente no que tange ao seu fim e a sua competência (GASPARINI, 2001, p. 90).

José Emílio Medauar Ommati defende que com a processualização administrativa já “não há mais espaço para a discricionariedade administrativa”, porque o Poder Público está vinculado ao direito e à lei, ou seja, vinculado ao ordenamento jurídico como um todo. Para ele, na medida em que o ato administrativo perde força, por sua unilateralidade e caráter autoritário, a ideia de poder discricionário “vai se esvaindo, sendo substituída pela noção de coparticipação, de fundamentação dos atos administrativos e de imparcialidade da própria

¹² Artigo 2º da Constituição Federal: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Administração, a partir da institucionalização do processo como elemento central do direito administrativo democrático” (2013, p.30).

À vista disso, entende-se por poder discricionário aquele em que a lei não prevê todas as formas da atuação administrativa, deixando a critério a análise da conveniência e da oportunidade para a realização do ato. Haverá conveniência quando o ato satisfizer o interesse público, ou seja, quando convém ou interessa a Administração Pública. Em contrapartida, a oportunidade ocorre toda vez que o ato é praticado no momento oportuno para satisfação de tal interesse e, entende-se por poder administrativo vinculado aquele em que a lei não deixou opções de escolha para a Administração Pública, fixando todos os requisitos diante de determinada situação e forçando-a a agir somente de acordo com esta previsão, sob pena de não o fazendo, incorrer em correção judicial do ato.

3 O INSTITUTO JURÍDICO DA CONVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A convalidação pode ser entendida como a forma utilizada pela Administração Pública para suprir eventuais vícios ou defeitos sanáveis existentes nos atos administrativos considerados ilegais, buscando não desperdiçá-los, de forma a adequar os atos ao ordenamento jurídico para que possam produzir os efeitos jurídicos ao qual se destinaram.

Nesse sentido, Carvalho Filho entende a convalidação como sendo um processo utilizado pela Administração para aproveitamento dos atos administrativos maculados por vícios sanáveis, a fim de que estes possam ser confirmados parcial ou integralmente (2009, p. 158).

Já a administrativista Di Pietro, trata a convalidação como sendo um ato da administração que venha a suprir eventual vício que possa existir em um ato ilegal, possuindo efeitos retroativos à data da prática do mesmo (2009, p. 245).

Na visão de Amaral, desde que não sejam anulados, bem como que possam ser produzidos validamente, os atos administrativos podem ser convalidados, evitando desta forma a anulação destes (2000, p. 41).

Dessa forma, “a convalidação tem por escopo corrigir defeito existente em ato administrativo, tornando-o adequado ao ordenamento jurídico. Assim, a convalidação ocorre em relação a atos eivados de vícios *sanáveis*, vale dizer, quando a irregularidade contida no ato seja reversível” (BACELLAR FILHO; PIVETA, 2014).

A par disso, entende-se que após preenchidos os requisitos legais, o instituto da convalidação serve para corrigir um ato administrativo eivado de vício ou defeito sanável, contanto que este não acarrete nenhuma lesão ao interesse público e também não cause prejuízos à terceiros, produzindo efeitos retroativos *ex tunc*, desde a data em que foi inicialmente praticado, tornando-o assim, plenamente válido.

3.1 Generalidades e requisitos da convalidação: análise do artigo 55 da Lei 9.784/1999

Em um primeiro momento, importa tecer algumas considerações acerca da noção da convalidação. Nesse ínterim é de se destacar que quando o ato administrativo estiver eivado de alguma invalidade, não produzirá seus efeitos. Todavia, a depender do vício que macula o

ato, este pode cumprir o propósito para o qual foi criado tão logo seja sanada a irregularidade. Eis onde surge o instituto da convalidação.

Pode-se dizer que a recomposição da ordem jurídica violada pela Administração Pública, ao editar atos inválidos poderá ser feita através do instituto jurídico da convalidação ou da invalidação (ZANCANER, 1999, p. 100).

Weida Zancaner, em sua obra referência primordial no tema, definiu a convalidação como sendo um ato expedido pela própria Administração Pública, que diz respeito de forma expressa ao ato que se irá convalidar, com o fito de suprir seus defeitos e resguardar os efeitos por ele produzido (1999, p. 100).

Já a invalidação “é a eliminação, com eficácia *ex tunc*, de um ato administrativo ou da relação jurídica por ele gerada ou de ambos, por haverem sido produzidos em dissonância com a ordem jurídica” (ZANCANER, 1999, p.45).

Assim sendo, o vício sanável que macula o ato “é o pressuposto normativo a legitimar a sua convalidação, que nada mais é do que a prolação de novo ato administrativo com conteúdo saneador: o novo ato praticado deve fazer menção ao ato a que visa convalidar, corrigindo o vício nele identificado” (BACELLAR FILHO; PIVETA, 2014).

Então, está-se diante do instituto da convalidação quando se tem por finalidade restaurar a validade do ato viciado, corrigindo-se vício com a edição de novo ato administrativo (BIGOLIN, 2007, p. 117).

Para alguns doutrinadores, a convalidação trata-se de qualquer manifestação administrativa que visa reparar os defeitos dos atos administrativos, considerando, inclusive, o decurso do tempo. Todavia, é de se registrar que a convalidação,

[...] sempre implica a edição de um novo ato, pelo sujeito competente, diferenciando-se o tratamento de outras formas de restauração da legalidade, além da invalidação. Não convém, portanto, a adoção de outro sistema, mormente quando não represente alteração de significado dos institutos em foco e quando a doutrina nacional já consolida a posição de considerar tal prática a produção de um novo ato (BIGOLIN, 2007, p. 118).

Porquanto é importante constar que a convalidação é o refazimento do ato administrativo anterior, que com nova edição terá condições de validade e eficácia, no mundo jurídico. Sendo que sua eficácia será retroativa, não validando o próprio ato, mas sim alguns efeitos do ato anterior (OLIVEIRA, 2001, p. 128).

A própria Lei n. 9.784/99 define, em seu artigo 55¹³, a convalidação, como sendo o instituto jurídico que o autoriza a Administração Pública a regularizar vícios existentes em um ato para que este produza os efeitos jurídicos ao qual se destinou, tornando-o válido. Também pode ser chamado por alguns doutrinadores de sanatória, saneamento ou aperfeiçoamento.

Para tanto, tem-se que a convalidação, além de buscar a restauração do princípio da legalidade, tem por escopo também estabilizar as relações constituídas, induzindo à conclusão de que a mesma tem por alicerce os princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica (ZANCANER, 1999, p.58).

Falando-se minimamente sobre estes princípios, há de se considerar que o princípio da legalidade vincula a Administração Pública a agir conforme a lei, em benefício do bem comum não podendo dela se afastar sob pena de invalidação do ato e responsabilização de seu agente, assegurando assim, a garantia e a segurança das relações administrativas. Já o princípio da segurança jurídica é o condutor da justiça, primando proteger às legítimas expectativas da Administração Pública, respeitando o devido processo legal e a irretroatividade da lei. Está ligado diretamente aos limites e garantias constitucionais do nosso atual modelo de sociedade, de modo que assegura ao cidadão seus direitos quando há convalidações ou até invalidações de atos administrativos.

Assim, constata-se que há uma forte relação entre o instituto da convalidação e o princípio da segurança jurídica em busca da materialização do princípio da legalidade, conforme destaca Rafael Valim:

Não é difícil perceber que em favor da convalidação milita, com grande força, o princípio da segurança jurídica, agregando ao princípio da legalidade a proteção da confiança do administrado, porquanto se promove a restauração da ordem jurídica sem prejuízo da estabilidade das relações jurídicas albergadas no ato convalidado (2010, p. 119).

Em suma, o poder da autotutela, autoriza o sujeito ativo da convalidação (entende-se por sujeito ativo a própria Administração Pública e seus administrados) a zelar pela conformidade de seus atos e a realiza-la de ofício, seguindo os princípios da legalidade e da segurança jurídica, de modo que este se utilize da convalidação para confirmar atos administrativos anuláveis ou inválidos, ou seja, para corrigir pequenas irregularidades sanáveis, com a intenção de reaproveitar o ato anteriormente praticado, no todo ou em parte, gerando efeitos retroativos a data em que foi praticado. Com isso, a convalidação tem o

¹³ Lei n. 9.784/99 – artigo 55: Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

intuito de corrigir um ato administrativo que fere o ordenamento jurídico, com o objetivo de o tornar válido.

Essa linha de raciocínio é ratificada pelos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro a qual afirma que, sendo sanável ou convalidável o vício, registra-se a hipótese de nulidade relativa, não sendo assim, a nulidade é absoluta, que impede sua correção (DI PIETRO, 2010, p. 245).

Salienta-se que o prazo decadencial para a Administração Pública rever seus atos viciosos é de cinco anos. Decorrido este prazo ter-se-á a preclusão administrativa, impossibilitando a anulação do ato. Permite-se, porém, após o prazo mínimo quinquenal, a convalidação *ex ope temporis*, quando causar grave lesão a direito subjetivo, isentando o titular de responsabilidade pelo ato viciado (PINTO, 2013).

Cumprido salientar que é aconselhado que a convalidação ocorra antes de qualquer impugnação administrativa ou judicial do ato viciado. Também, que ao Poder Judiciário não é autorizada a convalidação de atos administrativos, sendo-lhe apenas assegurado o poder de invalidá-los.

Ou seja, os atos que foram impugnados não podem ser convalidados pela Administração Pública, tendo em vista que, se assim pudesse fazer, a arguição do vício seria inútil, uma vez que a extinção de seus efeitos não legítimos dependeria da vontade da Administração, e não da obrigação de obediência à ordem jurídica (MELLO, 2005, p. 440).

Superada a noção do instituto em liça, é de fundamental importância registrar os requisitos da convalidação.

Para um ato ser convalidado, haverá a necessidade de o ato cumprir requisitos legais, quais sejam: invalidade do ato, conservação de seu conteúdo e ter efeito retroativo. O ato será inválido quando tenha um vício suficientemente grave para o reconhecimento formal de sua invalidez. Deverá ter o conteúdo conservado, mantendo-se o efeito prático que o Poder Público pretendia obter. Por último, terá efeitos retroativos ao momento da data em que foi praticado, pois se não for este o caso, seria considerado tão somente um novo ato (BIGOLIN, 2007).

A vista disso destaca-se que o instituto jurídico da convalidação é a forma da Administração Pública, pelo seu poder de autotutela e primando pelos princípios da legalidade, eficiência e da segurança jurídica, corrigir vícios sanáveis de um ato administrativo através de sua ratificação, adequando-o ao ordenamento jurídico e tornando-o

válido, desde que não cause prejuízos ao interesse de terceiros ou lesão ao interesse público, produzindo então efeitos retroativos ao tempo de sua execução.

3.2 Atos convalidáveis e inconvalidáveis

Há vícios convalidáveis e outros considerados inconvalidáveis. Somente é possível saber se o ato administrativo pode ser alvo de convalidação após o estudo do vício presente nele, já que nem todo ato irregular é passível de convalidação.

Celso Antônio Bandeira de Mello reza que a convalidação só pode ser realizada quando o ato maculado puder ser validamente produzido no presente. “Importa que o vício não seja de molde a impedir reprodução válida do ato. Só são convalidáveis atos que podem ser legitimamente produzidos” (2005, p. 440).

Conforme acrescenta Luísa Cristina Pinto e Netto, quando se tratar de

(...) vício sanável, a regra é o dever de convalidação; diante de vício insanável, ao contrário, a regra é o dever de invalidação. Assenta-se, assim, a existência deste dever-poder administrativo, a ser utilizado pela Administração como instrumento de concretização do princípio da legalidade. Tal dever-poder, por óbvio, e o princípio em que se fundamenta não são absolutos, inserem-se em limites determinados por outros princípios reitores da atividade administrativa (2006).

Existe uma pacificação doutrinária considerando que os vícios que podem ou não ser convalidados. Para a maioria dos doutrinadores, os convalidáveis dizem respeito a competência, formalidade e ao procedimento do ato. Já inconvalidáveis são os portadores de vícios no motivo, conteúdo, causa e finalidade. Porém haverá necessidade de examinar cada um deles, tendo em vista haver divergências nas especificidades de cada um.

Os vícios convalidáveis que dizem respeito à competência foram emanados por um agente incompetente para tal função, podendo ser convalidados pela forma de ratificação. Dessa forma, visam confirmar, de forma expressa, pelo agente competente a legitimidade e validade de um ato anulável, ao passo que passará a suprir o requisito antes ausente (ARAÚJO, 1999, p. 142).

Conforme previsão da Lei nº 4.717/1965, em seu artigo 2º, Parágrafo único, alínea “a”¹⁴, ocorre vício de competência quando o agente não tem as atribuições que a lei habilita

¹⁴ Lei nº 4.717/1965 – artigo 2º: Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

Parágrafo único. “Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

para a edição do ato administrativo e a possibilidade de sua convalidação está prevista pela Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro (2009) na Lei nº 5.427/2009 em seu artigo 52, Parágrafo Único¹⁵ que determina as normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro.

Weida Zancaner, define claramente a convalidação por vício de competência para os atos administrativos vinculados e discricionários:

Em se tratando de atos vinculados o dever de convalidação se impõe, não havendo qualquer diferença se o agente produtor do ato é absoluta ou relativamente incompetente, pois a questão da vontade não se põe nesses casos, já que esta se encontra determinada pela dicção legal.

Por outro lado, em se tratando de atos decorrentes do exercício de atividade discricionária, a questão se inverte e a obrigatoriedade de convalidar torna-se insustentável, posto que nestes casos o que gera a possibilidade de aplicação da norma é justamente o juízo subjetivo do administrador, e este não está compelido a acatar o juízo subjetivo formulado pelo emissor do ato gravado pelo vício de incompetência (1999, p. 69).

Ainda, é possível convalidar ato discricionário emanado por sujeito incompetente, porém inexistente obrigatoriedade de fazê-lo. Neste caso, por ser apenas um o agente competente para a ratificação, por intermédio de seu juízo subjetivo, analisará a possibilidade de convalidação (ZANCANER, 1999, p. 69-70).

Em se tratando de vício de forma, como já foi anteriormente explicado, pode-se dizer que se trata da omissão, inobservância ou irregularidade das formalidades que se fazem indispensáveis para a existência ou seriedade do ato administrativo, conforme disciplina o artigo 2º, Parágrafo único, alínea “b” da Lei nº 4.717/1965¹⁶, sendo possível a sua convalidação apenas quando não for obrigatória para a validade do ato.

O requisito formalístico não pode ser confundido com o elemento constituído como forma do ato, porque a forma é condição de existência de todo e qualquer ato e o requisito formalístico, nada mais é que o meio como a forma tem que se revestir em um ato específico. Dessa forma, a invalidade não pode ser considerada como um meio de extinção para os atos

a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou”.

¹⁵ Lei nº 5.427/2009 – artigo 52: Art. 52. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Parágrafo único. Admite-se convalidação voluntária, em especial, nas seguintes hipóteses:

I. vícios de competência, mediante ratificação da autoridade competente[...]

¹⁶ Lei nº 4.717/1965 – artigo 2º: Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

Parágrafo único. “Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

desvantajosos para a Administração Pública, uma vez que é garantia que deve ser exigida pelos seus administrados (ZANCANER, 1999, p. 70).

Isto posto, “a conclusão a ser tomada sobre a convalidação ou invalidação do ato por vício de formalização não prescinde de análise do caso concreto”, uma vez que “somente no exame minucioso do caso, levando-se em conta a confiança legítima do cidadão, é que se poderá concluir, com segurança, se é caso de mero ato irregular ou se, ao revés, houve efetiva afetação à garantia dos destinatários” (BIGOLIN, 2007, p. 126).

Com relação aos vícios convalidáveis de procedimento, primeiramente se faz necessário saber quais podem ser sanados pelos administrados e quais devem ser convalidados pela Administração Pública. Sendo assim, casos nos quais a ausência de um ato no transcurso de um procedimento acaba por não transmutar a sua finalidade, podendo assim ser objeto de convalidação. Ou seja, toda vez que a Administração puder convalidar um ato com vício de procedimento, deverá fazê-lo. Ao passo que, é vedado convalidar qualquer ato, se este gerar desvirtuamento da finalidade do procedimento, para o qual foi instaurado (ZANCANER, 1999, p. 71).

Em outro ponto, os vícios em razão do motivo são inconvalidáveis, porque a falta de um motivo de fato veda a convalidação, não havendo como fazer o ato retroagir à data de emissão, uma vez que a base fática continuará a não existir (DI PIETRO, 2009, p. 242).

Salienta-se que a motivação quando exteriorizada, mesmo sem previsão obrigatória, tem a ver com a exposição dos motivos para a emanção do ato administrativo e quando exteriorizada, após comprovação de falta de veracidade ou de adequação, invalidará completamente o ato administrativo. Está prevista na Art. 2º, Parágrafo Único, alínea “d” da Lei nº 4.717/1965¹⁷.

Para Di Pietro, isso acontece pois ele corresponde a uma situação de fato que ocorreu ou não, não sendo possível alterar, com efeito retroativo, uma situação de fato (2010, p. 248).

Nessa mesma linha, é possível entender “A real existência do suposto de fato, elencado pelo administrador como sendo aquele no qual se embasou para a edição do ato, é condição indispensável à validade do mesmo”. Ainda, tanto os atos vinculados, quanto os atos

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

¹⁷ Lei nº 4.717/1965 – artigo 2º: Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

discricionários não poderão ser convalidados por vícios de motivo (ZANCANER, 1999, p. 74).

Florivaldo Dutra de Araújo afirma que não havendo motivação, a qual revela-se como um requisito procedimental, torna-se o ato administrativo anulável. Isto é, o ato pode ser reeditado, motivadamente, para suprir, desta forma, o requisito cuja ausência o tornaria inválido, convalidando-se os efeitos já produzidos (2005, p. 129).

Já na visão de Martins, “admite-se a convalidação quando é possível repetir o ato sem o vício. Ora, regra geral, o ato editado sem motivação pode, sempre, ser editado com motivação, ou seja, pode ser repetido sem o vício e, pois, convalidado” (2015, p. 242-243).

Antes de tratar dos vícios inconvalidáveis referentes ao conteúdo, é importante salientar que a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que o conteúdo e o objeto do ato administrativo são a mesma coisa.

Um objeto ou conteúdo ilegal não pode ser alvo de convalidação. Di Pietro defende que este elemento do ato deve ser objeto de uma conversão, que para alguns doutrinadores é uma espécie de convalidação e para outros um instituto diverso, tendo em vista que a conversão substitui um ato por outro, aproveitando os efeitos por ele já produzidos (2010, p. 248).

Weida Zancaner reza, “tanto os atos que se referem a objeto ilícito ou impossível quanto aqueles em que a modificação pretendida pela ordem jurídica for defeituosa não podem ser reproduzidos validamente, já que o erro se repetirá quantas vezes tentarmos reproduzi-los” (1999, p. 75).

Os vícios inconvalidáveis em razão da finalidade tem previsão legal no artigo 2º, Parágrafo único, alínea “e” da Lei 4.717/65¹⁸. Para Celso Bandeira de Mello se o ato não manter relação com a finalidade será considerado viciado, independente da vontade, tendo em vista que “O que vicia, portanto, não é o defeito de intenção, quando existente, - ainda que através disso se possa, muitas vezes, perceber o vício -, mas o desacordo objetivo entre a finalidade do ato e a finalidade da competência” (MELLO, 2005, p. 378).

¹⁸ Lei nº 4.717/1965 – artigo 2º: Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:
Parágrafo único. “Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Da mesma forma pensa Di Pietro, “se o ato foi praticado contra o interesse público ou com finalidade diversa da que decorre da lei, também não é possível a sua correção; não se pode corrigir um resultado que estava na intenção do agente que praticou o ato” (2010, p. 248).

Ainda, o desvio de finalidade também pode ser chamado de desvio de poder, ocorrendo na hipótese em que o agente se vale de um ato para satisfazer finalidade diversa da condizente à sua categoria. Neste caso, o que importa é o descompasso objetivo gerado, que é suficiente para tornar inconvaleável o ato (ZANCANER, 1999, p. 76).

O desvio de poder não é fácil de ser caracterizado, tendo em vista ser preciso comprovar que o móvel, ou seja, a intenção do agente que praticou o ato viciado não está em sintonia com interesse público e/ou com o fim específico previsto em lei.

Para Cretella Júnior são necessários quatro elementos para configura-se o desvio de poder: autoridade administrativa; competência; uso do poder e diverso do conferido pela lei. Ou seja,

A autoridade administrativa (causa eficiente) do ato administrativo usa da competência que dispõe, de acordo com as formas prescritas em lei (causa formal), para exercer o poder que lhe é posto nas mãos (causa material), não, entretanto, para seguir o fim previsto, mas para fim diverso (causa final) daquele que a lei lhe conferira (2001, p. 273-274).

E acrescenta dizendo que a prova para caracterizar o desvio de poder deve ser “algo palpável, concreto, fato que se projete no mundo jurídico, criando a certeza da conduta ilegal e fornecendo, desse modo, fato concreto para o julgador formar sua convicção sobre a patologia do ato e prolatar sentença, anulando-o”. Finalizando se entendimento afirmando que o ônus da prova é de quem alega os fatos (CRETELLA JÚNIOR, 2002, p. 198).

Em contraponto, conforme a publicação de Sergio Ferraz, não é todo ato que se apresentará como inconvaleável, afirmando que somente o ato praticado com a finalidade privada não pode ser convalidado. Para ele, “Se o vício de finalidade transitar no campo da realização de interesses públicos a prática desviada, mas ainda encartada nesse campo, é tida como válida, dispensando por vezes até mesmo a edição de ato convalidador” (FERRAZ, 2011).

Em suma, entende-se que se o ato tiver sua finalidade desvirtuada, este não atende a razão para o qual foi emanado, de forma a não cumprir o objetivo jurídico próprio de sua categoria, portanto não pode ser convalidado (ZANCANER, 1999, p. 76).

No que diz respeito a vício em razão da causa, estes também são considerados inconvalidáveis, “sendo a causa a relação de adequação lógica entre o pressuposto de fato e o conteúdo do ato”. Este vício constitui uma discordância entre um elemento e dois pressupostos e que persistirá toda vez que o ato for reeditado (ZANCANER, 1999, p. 76).

Aqui a importância se pauta na análise dos atos editados em decorrência do exercício de atividades discricionárias, pois é através deste pressuposto que poderá ser constatada a validade do ato (ZANCANER, 1999, p. 75-76).

Em suma, nas palavras de Romeu Felipe Bacellar Filho quando a Administração “deparar-se com ato administrativo passível de convalidação - isto é, ato cuja nulidade possa ser suprida por novo ato administrativo - que não tiver sido impugnado pelo interessado, deverá convalidá-lo”. E acrescenta dizendo que se o ato não comportar a convalidação deverá ser anulado, ou seja, invalidado, a menos que o ato maculado já tenha se estabilizado pelo ordenamento jurídico (BACELLAR FILHO, 2010).

Após o estudo dos vícios que permitem ser convalidados, faz-se mister estudar quais são as espécies de convalidação, tema com várias divergências doutrinárias, conforme ficará demonstrado. Tais formas visam “confirmar ou substituir o acto inválido, harmonizando-o com a ordem jurídica” (CAETANO, 1979, p. 495).

Segundo a obra de Weida Zancaner, já mencionada nesta pesquisa, a convalidação possui duas formas: a ratificação e a confirmação. Estas podem ser diferenciadas pelo agente que irá praticá-las. Quando ocorre pela modalidade de confirmação é porque a convalidação veio de um órgão diferente do que emanou o ato viciado. Já quando ocorre por ratificação é porque a advém do mesmo órgão que editou o ato viciado.

Já, para Celso Antônio Bandeira de Mello, a convalidação pode ser dividida em ratificação, confirmação e saneamento, já que depende da autoridade que irá corrigi-la. Conforme reza Mello, “quando a convalidação procede da mesma autoridade que emanou o ato viciado, denominasse *ratificação*. Se procede de outra autoridade, trata-se de *confirmação*. Quando resulta de um ato de particular afetado, parece bem denominá-la de *saneamento*” (2005, p. 441).

Di Pietro defende que existe um diferencial entre convalidação e confirmação, pautado no fato de que, no primeiro caso, há a correção de um vício que macula o ato administrativo, diferentemente da confirmação onde haverá a manutenção do ato emanado. Em complemento, a conceitua como “a decisão da Administração que implica renúncia ao poder de anular o ato

ilegal”. E, acrescenta que também pode ocorrer tacitamente, isto é, pelo decurso do tempo, quando o direito de anular o ato prescreve (2010, p. 248-249).

Vale dizer que autores como Weida Zancaner, José dos Santos Carvalho Filho, José Cretella Júnior, dentre outros, não diferenciam confirmação e saneamento. Sendo essa a corrente doutrinária adotada para essa pesquisa.

Não obsta, é importante salientar que em relação ao saneamento, Weida Zancaner afirma não ser uma forma de convalidação, tendo em vista que só a Administração Pública tem o poder de convalidar atos viciados. Porém, este entendimento não é acolhido pela maioria dos doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Cretella Júnior e José dos Santos Carvalho Filho.

Para fins deste estudo, discordando do entendimento de Weida, adotar-se-á a posição de que o saneamento é uma espécie de convalidação, posto que, ao particular, cabe a convalidação de ato que repare seu vício, desde que esteja ele ciente dos efeitos retroativos que a medida causará.

Em se falando de ratificação, esta tem como primordial objetivo conferir a legalidade a um ato administrativo, suprimindo a sua ilegalidade, ou seja, “Irregular ou inválido o ato administrativo, por faltar-lhe requisito ou por abrigar em si elemento viciado, pode ainda readquirir existência legal e validade mediante ratificação” (CRETILLA JÚNIOR, 2001, p. 299).

De acordo com os ensinamentos do autor português Marcello Caetano, pode-se dizer que a ratificação é um ato administrativo pelo qual a própria Administração confirma outro ato que seja inválido anteriormente praticado, suprimindo a ilegalidade que o vicia (CAETANO, 1979, p. 495).

Nessa senda, Araújo explica que “se o mesmo autor era incompetente para o ato original, este será nulo (no caso de competência exclusiva) ou anulável, e o próprio autor não poderá ratificá-lo ou confirmá-lo; só a autoridade superior realmente competente”. Sendo assim, a ratificação se torna possível somente quando “o desaparecimento do vício depende unicamente da declaração de vontade feita pelo agente competente, e este possa, de acordo com a lei, manifestá-la nesse sentido” (1999, p. 143).

Diverge deste entendimento Celso Antônio Bandeira de Mello, acompanhado de Maria Sylvia Di Pietro, ao afirmar que se a convalidação partir da mesma autoridade que

editou o ato viciado é chamada de ratificação, tendo em vista o dever da lei em conferir à autoridade ratificadora a competência específica para a reedição do ato viciado (2005, p. 441).

Dessa forma, relevando todos os ensinamentos doutrinários, pode-se entender que a ratificação ocorre quando a intenção da Administração Pública é conferir legalidade a um ato viciado, reconhecendo tal vício e eliminando a ilegalidade que o maculava, sendo entendida como forma de convalidação.

Em relação a conversão, esta é definida por Cretella Júnior como “o procedimento pelo qual se transforma uma coisa em outra, conservando a segunda, embora transformados, os traços da primeira”. Ainda acrescenta:

No campo do direito administrativo, conversão é termo técnico que designa não só o procedimento mediante o qual se procura reaproveitar os elementos deficitários de um ato, para, depois de tratados, com eles se compor um novo ato, como também designa o novo ato editado, perfeito, legal, estruturado com elementos válidos do ato anterior deficiente (2001, p. 301-302).

Carvalho Filho, por sua vez, entende que na convalidação por intermédio da conversão e da reforma, não se convalida o elemento maculado pelo vício, mas sim, este é suprido ou substituído. Sendo que este entendimento é amparado pelo artigo 52, inciso II da Lei nº 5.427/2009¹⁹, como já mencionada, determina as normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, onde o legislador previu que, em caso de vício de objeto, a convalidação se dará mediante conversão ou reforma (2009, p. 159).

Ainda, segundo Cretella Júnior (2001) e Araújo (1999) a convalidação por conversão pode ser subdividida em voluntária e legal. A primeira operada através de um órgão da Administração Pública e a segunda, realizada diretamente pela lei.

Assim, tecidas tais explicações é possível entender que a conversão é a maneira pela qual a Administração substitui um ato com elementos viciados, ou seja, inválido, por outro ato válido, dando-lhe os elementos corretos que aquele primeiro visava ter, sendo entendida como uma espécie de convalidação.

Já, ao tratar da reforma que é bem conceituada por Cretella Júnior como sendo “ato administrativo pelo qual se rejeita a parte ilegal de um ato e se conserva a parte não afetada de ilegalidade” (2001, p. 301).

¹⁹ Lei nº 5.427/2009 – artigo 52. Art. 52. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Parágrafo único. Admite-se convalidação voluntária, em especial, nas seguintes hipóteses:
II. vício de objeto, quando plúrimo, mediante conversão ou reforma;

A reforma só será exequível se a parte não afetada do ato for capaz sem aquela que foi afetada pelo vício, além de cumprir os demais requisitos para a validade do ato. Ele acrescenta que a reforma pode aparentar com uma simples regularização, normalmente corrigidas por meio de retificações ou de atos que tornem um ato sem efeitos, que são comumente publicadas em jornais oficiais (ARAÚJO, 1999, p. 147-148).

Posição divergente é adotada pela doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, já que a mesma defende que a reforma está interligada a razões de oportunidade e conveniência, produzindo efeitos para o futuro, por atingir ato válido e não ilegal, assim não sendo considerada por ela uma forma de convalidação.

Salienta-se que para a finalidade deste estudo a reforma será considerada uma forma de convalidação, já que está presente na doutrina e também prevista na legislação infraconstitucional anteriormente estudada, servindo como referência de pesquisa. Então, pode-se dizer que a reforma, nada mais é que a rejeição da parte maculada de um ato administrativo e a conservação da parte que não foi afetada pelo vício.

Por fim, cumpre salientar que o Poder Público deve analisar as particularidades de cada ato a fim de definir se o vício presente nele é sanável ou não, nas palavras de Bacellar Filho e Saulo Pivetta:

Cabe à Administração Pública apreciar as peculiaridades do caso para definir se o vício é sanável (impondo o dever de convalidar) ou insanável (ensejando a sua anulação), permanecendo em aberto a possibilidade de controle judicial da decisão administrativa, seja ela qual for (2014).

Frisa-se que podem haver limites ou barreiras que impedirão a convalidação e um ato administrativo. Quando ocorrer impugnação do interessado e certo decurso do tempo haverá também a impossibilidade de correção do vício em um ato administrativo.

Tratando primeiramente da impugnação do interessado, esta impossibilita a Administração Pública a convalidar um ato viciado, mesmo que por via judicial, administrativa ou por resistência, mesmo que o ato a comportar. Como bem acrescenta Celso Antônio Bandeira de Mello, o Poder Público não poderá convalidar ato impugnado administrativa ou judicialmente, visto que “seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos defeitos ilegítimos dependeria de vontade da Administração e não do dever de obediência a norma jurídica”. Porém, acrescenta que na motivação, quando “os motivos preexistiam e a lei exigia que, perante eles, o ato fosse praticado com o exato conteúdo com que o foi é razão bastante para sua convalidação” (2005, p. 440).

Já no entendimento de Sergio Ferraz, a impugnação do interessado não representa uma barreira para a convalidação de um ato viciado, devido a primazia do princípio da legalidade. Ainda afirma, que para estes casos, a convalidação não constitui um impedimento para a responsabilização do Estado por danos por ventura causados (2011).

A segunda barreira é o decurso do tempo, sendo que este poderá ocasionar a estabilidade do ato, por si, tornando a convalidação desnecessária, porque o vício já foi sanado pela via denominada prescricional (ZANCANER, 1999, p. 60).

A prescrição administrativa “reside no princípio da conservação dos valores jurídicos já concretizados, desta feita para impedir, em razão do decurso do prazo legalmente fixado, o exercício da autotutela pela Administração” e ainda, recai sobre a estabilidade das relações jurídicas (ARAÚJO, 1999, p. 149).

Para tanto, o artigo 54 da Lei nº 9.784/1999²⁰, estabeleceu que o prazo para anulação e, por analogia a convalidação é de cinco anos, contados da data em que for praticado e desde que beneficiem os destinatários de boa-fé.

Importante acrescentar que o prazo prescricional para atos inconvalidáveis, na verdade, é um prazo decadencial, já que o princípio da segurança jurídica, no que tange a estes atos no Direito Público, somente ficará resguardado com a finalidade de decadência, graças ao fato de que o Poder Público poderá exercer *sponte própria* seu poder de invalidar (ZANCANER, 1999, p. 102).

Este também é o posicionamento adotado por Almiro do Couto e Silva, sendo:

(...) atingido pela decadência o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos, não por uma ou mais ações, mas por qualquer tipo ou espécie de ação, quer de direito processual, quer de direito material. A anulação de ato administrativo pelo exercício de autotutela administrativa é exercício de ação de direito material, é exercício de direito formativo extintivo (2004).

Em suma, pode-se constatar que existem vícios convalidáveis e inconvalidáveis, podendo ser diferenciados através dos vícios maculadores do ato administrativo. Importa destacar que podem ser convalidados os atos que acometidos de vícios de competência, formalidade e procedimento, sendo que, por sua vez, os atos que possuem vícios de motivo, conteúdo, causa e finalidade não podem ser convalidados. Ainda, a convalidação pode se dar

²⁰ Lei n. 9.784/99 – artigo 54: Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

por quatro formas: saneamento, ratificação, reforma e conversão, desde que respeitados os limites quando ao decurso de tempo e da impugnação do interessado.

3.3 Convalidação: poder ou dever?

Após estudar o que são atos administrativos, suas modalidades de extinção, suas vicissitudes, atos discricionários e vinculados, bem como, o que é convalidação, atos convalidáveis e inconvalidáveis e as formas e limites da convalidação, faz-se mister a análise acerca da seguinte questão: o instituto jurídico da convalidação é ato discricionário ou vinculado?

Há duas correntes divergentes quanto a convalidação ser discricionária ou vinculada. A primeira, considera a convalidação como sendo um poder discricionário, que poderá ou não ser aplicado pela Administração e, a segunda, afirma ser um poder vinculado, sendo dessa forma obrigatório nos casos permitidos em lei.

A noção de discricionariedade já foi abordada neste estudo como sendo um poder conferido a Administração Pública que visa possibilidade de escolha de sua conduta, ou seja, após analisados os critérios de conveniência e oportunidade, haverá possibilidade de eleger como irá agir dentro das possibilidades oferecidas pela lei.

Já o poder vinculado determina como e quando o Poder Público deve ou não agir, não havendo previsão legal para nenhum tipo de liberdade na edição de um ato administrativo, ou seja, a lei não estabelece nenhuma possibilidade de escolha ao agente público e impossibilita mais de um comportamento ao agente público.

Para doutrinador Celso Ribeiro de Bastos, por exemplo, a convalidação não confere caráter obrigatório, afirmando que após constatado o vício no ato, a Administração Pública, independente de provocação, deve buscar saná-lo, mediante a autoridade competente, não necessariamente convalidando o ato. E acrescenta dizendo: “Esta convalidação não é impositiva; depende de exame discricionário da Administração sobre as repercussões possíveis da atitude que tomar.”. Afirmando ainda que deve ser analisado o princípio do menor dano, verificando qual das hipóteses atende ao interesse público (2002, p. 165).

Em contraponto, para Araújo, o interesse público prepondera sobre o interesse do particular e ainda é indisponível pelo agente público e deve seguir a regra da competência, conforme explica.

(...) se o agente público constata qualquer ilegalidade ou inconveniência que possam prejudicar o bom andamento do serviço público, deve, no mínimo, leva-la ao conhecimento de quem tenha competência para a correção da anomalia. Mas se a regra de competência lhe atribui o poder de corrigi-las, aplicando sanções, anulando ou revogando atos ilegais ou inconvenientes/inoportunos, não pode furtar-se a tomar as respectivas providências, pois, como dito acima, a competência é de exercício obrigatório par atingir o interesse público (1999, p. 117).

Entendimento compartilhado por Weida Zancaner, onde afirma que a convalidação é obrigatória quando comportada pelo ato, “porque o próprio princípio da legalidade – que predica a restauração da ordem jurídica, inclusive por convalidação –, entendido finalisticamente, demanda respeito ao capital princípio da segurança jurídica” (1999, p. 58).

Por sua vez, Hely Lopes Meirelles reza que “o poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação exercitá-lo”. E finaliza dizer que no Direito Público o administrador tem o dever de administrar, ao passo que ao particular o poder de agir é meramente uma faculdade, devendo a Administração ser obrigada de atuar, sempre que em favor do bem comum (2005, p. 105).

Em outras palavras, toda vez que a convalidação preencher os requisitos deve o agente público por ela optar, em respeito à estabilidade das relações jurídicas entre Administração e administrados pautadas na boa-fé e na confiança (SILVEIRA, 2004).

Também seguem o mesmo entendimento de que a convalidação é um ato vinculado, os doutrinadores Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José Cretella Júnior, afirmando que sempre que houver possibilidade, a Administração Pública deve convalidar seus atos, invalidando somente os que não apresentar possibilidade de convalidação.

Esse posicionamento fica claro, quando lemos este trecho do livro de Bandeira de Mello, onde garante:

Perante os atos inválidos a Administração Pública não tem discricção administrativa que lhe permita escolher com liberdade se convalida um ato viciado ou se deixa de fazê-lo. Também não tem liberdade para optar se o invalida ou se deixa de invalidá-lo. Finalmente, não pode, outrossim, eleger livremente entre as alternativas de convalidar ou invalidar (2005, p. 441).

Ainda, o uso do verbo “poder” no dispositivo 55 da Lei nº 9.784/1999, não tem sentido de que, necessariamente, o artigo esteja conferindo uma faculdade ao Poder Público para convalidar ato viciado, segundo critérios de discricionariedade, tratando-se a convalidação como um poder conferido à Administração exercido na própria esfera (DI PIETRO, 2010, p. 247).

Ratificam desse entendimento, os administradores Romeu Felipe Bacellar Filho e Saulo Lindorfer Pivetta ao afirmar que a convalidação “consubstancia verdadeiro dever que recai sobre a autoridade competente, e não mera faculdade” e que “sendo o ato administrativo portador de vício que pode ser revertido, não se justifica a sua anulação e conseqüente retirada absoluta do mundo do Direito, exsurgindo, pois, o dever de convalidar” (2014).

Importante frisar que só existe uma hipótese em que a convalidação pode ser um poder discricionário, sendo ele, ato discricionário praticado por autoridade incompetente. Nestes casos, a Administração, com seu critério subjetivo, poderá optar entre convalidar ou invalidar o ato viciado, pois não é possível compelir o agente competente a mesma interpretação que obteve aquele que era incompetente (ZANCANER, 1999, p. 57).

À vista disso, após a análise das teorias apontadas, entende-se que a mais indicada para a conclusão deste estudo é de que a convalidação é um ato praticado com vinculação do Poder Público, tendo em vista que a verbo “poder”, constante na letra da lei, não confere a faculdade de escolha, quando presentes os requisitos legais para a convalidação de um ato administrativo, de modo que trata-se de poder-dever que vincula a Administração a agir. Somente sendo possível o uso da discricionariedade, quanto ao ato que apresentar vício de competência, onde caberá ao agente competente, decidir sobre sua convalidação ou invalidação.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo abordou o instituto jurídico da convalidação dos atos administrativos, presente no artigo 55 da Lei nº 9.784/1999, executado pela Administração Pública, a fim de corrigir vícios sanáveis e sendo este analisando à luz dos princípios da legalidade, da segurança jurídica e da eficiência.

Em princípio, o conceito de ato administrativo, não é consensual entre os doutrinadores do ramo, porém entendeu-se que é a manifestação de vontade da Administração Pública que tem como finalidade a produção efeitos jurídicos para atender o interesse público, sendo diferenciado de um ato jurídico, sobretudo pelo regime jurídico e pelos efeitos decorrentes. Ainda, não pode o ato administrativo ser confundido com o ato da Administração.

Para a existência e validade de um ato administrativo há necessidade de que cumpra certos os requisitos ou elementos. A doutrina diverge quanto a nomenclatura de requisitos e também em sua quantidade. A par disso, foi adotado a nomenclatura “requisito” e, dessa forma, estudado a competência do agente público, a forma, a conteúdo, o objeto, o motivo e a finalidade. Se um destes requisitos não estiver presente o ato poderá sofrer anulação, pois estará acometido de um vício em sua formação.

Ainda, foram abordados os atributos dos atos administrativos que lhes dão características próprias e condições peculiares, diferenciando-os dos atos jurídicos. Novamente não há pacificação doutrinária acerca de suas nomenclaturas e quantidades. Sendo, neste estudo abordado, a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, autoexecutoriedade e por último, a tipicidade.

Ademais, é importante frisar que partir do momento em que um ato não produz mais estes efeitos, por cumprimento, exaurimento ou por atos posteriores que o eliminam, ocorre a extinção do ato administrativo. Pode dar-se através do cumprimento dos efeitos, desaparecimento do sujeito ou relação jurídica, retirada ou por renúncia. Ademais, tratou-se da invalidação, que decorre da incidência de vícios nos requisitos do ato e visa o desfazimento do ato por razões de ilegalidade, podendo ocorrer em até cinco anos da prática do ato. Todavia, existem vícios sanáveis, que contem nulidade relativa, permitindo assim sua convalidação e os vícios insanáveis, que contem nulidade absoluta, impedindo a convalidação.

Tratou-se da discricionariedade da revogação do ato administrativo, que é perfeito e legal, mas por análise de oportunidade e conveniência não interessa mais ao Poder Público. Enfatizou-se que esta revogação tem diversos limites e somente pode ser feita pela própria Administração.

Também, resumidamente, falou-se da diferença entre os atos nulos e anuláveis. Os nulos geram nulidade absoluta, ou seja, o vício não pode ser sanado, não havendo possibilidade de convalidação. Enquanto que anuláveis geram nulidade relativa, podendo o vício ser sanado ou convalidado. Salienta-se que ambos podem ser declarados de ofício pela Administração Pública, através de seu poder de autotutela, não necessitando de provação do interessado, apenas não poderão prejudicá-lo.

De mais a mais, foram traçadas as diferenças entre poder vinculado e poder discricionário. O primeiro limita a atuação da Administração Pública obrigando-a a agir conforme previsão legal, não oferecendo mais de uma possibilidade de escolha, sob pena de não o fazendo, incorrer em correção judicial do ato. Ao passo que, o segundo oferece uma liberdade de escolha, a partir de análise de oportunidade e conveniência, de como agirá dentre as opções oferecidas pela lei.

Por convalidação entende-se ser a forma utilizada pela Administração Pública, pelo seu poder de autotutela, para corrigir eventuais vícios sanáveis existentes nos atos administrativos considerados ilegais, a fim de reaproveitá-lo, no todo ou em parte, tornando-o válido, gerando assim efeitos jurídicos retroativos, ao tempo de sua execução, desde que não cause prejuízos ao interesse de terceiros ou lesão ao interesse público.

Existem atos considerados convalidáveis e inconvalidáveis e somente é possível fazer esta distinção após a verificação das vicissitudes presentes neles. Atos viciados nos requisitos competência, formalidade e ao procedimento do ato são considerados convalidáveis. A medida que, são considerados inconvalidáveis os portadores de vícios no motivo, conteúdo, causa e finalidade.

Ademais, existem limites ou barreiras que devem também serem observados antes de sua aplicação da convalidação. São eles: o decurso de tempo e a impugnação do interessado, hipóteses que impossibilita a correção do vício em um ato administrativo.

A par disso, a convalidação pode se dar por quatro formas: saneamento, ratificação, reforma e conversão, desde que respeitados os limites ou barreiras, sendo excluída a

modalidade de convalidação por confirmação, tendo em vista a maioria doutrinária não diferenciá-la do saneamento.

Por fim, alia-se ao entendimento da maioria doutrinária e em resposta a problemática, ao fazer a análise entre o poder ou o dever de convalidar, conclui-se que não há pois discricionariedade da Administração Pública diante da existência de ato administrativo maculado por vício sanável ou convalidável. Destarte, a palavra “poder”, contida na letra da lei, na verdade trata-se de um poder-dever, tornando assim obrigatória a convalidação quando o ato assim a comportar, em outras palavras, é considerado como ato praticado com vinculação da Administração.

Cabe uma única ressalva, há uma exceção comportada, que é o caso do ato discricionário praticado por autoridade incompetente. Neste caso, incumbirá à Administração, por meio de seu critério subjetivo, optar por convalidar ou não o ato viciado, de modo que não pode obrigar o agente competente a ter a mesma interpretação que aquele que era incompetente quando da prática do ato.

Por derradeiro, o objetivo da pesquisa que era analisar se o instituto jurídico da convalidação se trata de um poder vinculado ou discricionário da Administração Pública, foi superado, fundamentando-se na doutrina majoritária acerca do tema. Desse modo, espera-se ter auxiliado, para a evolução na eficiência, legalidade e segurança jurídica dos atos administrativos públicos.

REFERÊNCIAS

- ASSEMBLÉIA Legislativa do Rio de Janeiro. **Lei n.º 5.427, de 1º de abril de 2009**. Estabelece normas sobre atos e processos administrativos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ, 04 fev. 2009. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/e9589b9aabd9cac8032564fe0065abb4/ef664a70abc57d3f8325758b006d6733?OpenDocument>>. Acesso em: 10 set. 2016.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Convalidação do ato administrativo**. São Paulo: LTR Editora, 1999.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra. **Motivação do ato administrativo**. Del Rey: Belo Horizonte, 2005.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra. Validade e invalidade do ato administrativo. **Interesse Público**, São Paulo, ano 2, n. 5, p. 2742. jan./mar. 2000.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. A&C - **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, abr./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=67732>> Acesso em: 4 maio 2016.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; PIVETTA, Saulo Lindorfer. O regime jurídico do processo administrativo na Lei nº 9.784/99. A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 107-135, out./dez. 2014.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BIGOLIN, Giovani. **Segurança jurídica: a estabilização do ato administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 maio 2016.
- _____. **Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 5 jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 13 set. 2016.
- _____. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1 fev. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 16 mar. 2016.
- CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 1. ed. brasileira, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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

_____. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. A prova no "desvio de poder". **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 197-216, out./dez. 2002.

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

FARIA, Edimur Ferreira de. A sindicabilidade do ato administrativo decorrente do poder Discricionário pelo Judiciário. **Revista Brasileira de Direito Municipal RBDM**, Belo Horizonte, n. 12, ano 5, abr./jun. 2004 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12211>>. Acesso em: 6 out. 2016.

FERRAZ, Sergio. Servidor público e direito adquirido. A&C – **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, p. 39-53, jul./set. 2011.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Invalidação administrativa na lei federal 9.784/99. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 792/200, p. 129-153, Out/2001. DTR\2001\466 - Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000157c131d2cff738a12b&docguid=Ie3a23c50f25011dfab6f010000000000&hitguid=Ie3a23c50f25011dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=21&context=8&crumb-action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 11 set. 2016.

FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração - *Public policy, impact assessment and the fundamental right to good administration*. **Sequência**, Florianópolis, n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n70/0101-9562-seq-70-00115.pdf>>. Acesso em: 6 out. 2016.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariade Administrativa. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, São Paulo, vol. 2, p. 1103-1148, nov. 2012. DTR\1995\295. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181600000157c143a466212b43ca&docguid=I13e9a1d0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I13e9a1d0f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=500&context=45&crumb-action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>>. Acesso em: 10 set. 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Motivação dos atos administrativos: conteúdo da motivação e consequências da motivação insuficiente – justificativa do preço na contratação direta; retroatividade da jurisprudência do Tribunal de Contas. **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, p. 227-257, jan./jun. 2015.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 789, p. 62-85, jul/2001.

MEDAUAR, Odete. **Da retroatividade do ato administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Max Limonad LTDA., 1986.

_____. Poder discricionário da administração. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, São Paulo, vol. 2, p. 1175-1187, nov. 2012. DTR\1986\139. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000157c14c161e0ce1a7c2&docguid=I2479cc50f25811dfab6f010000000000&hitguid=I2479cc50f25811dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=2057&context=121&crumb-action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 30 ago. 2016

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

OMMATI, José Emílio Medauar. Do ato ao processo administrativo: a crise da ideia de discricionariedade no direito administrativo brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 930/2013, p. 23-48, Abr. 2013. Disponível em: <<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad818160000157c15956da6699b2da&docguid=Ic0c1e8708c7211e28707010000000000&hitguid=Ic0c1e8708c7211e28707010000000000&spos=4&epos=4&td=5&context=151&crumb-action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

PEGORARO, Ricardo. Limites do ato administrativo discricionário. In: CORRALO, Giovani (Org.). **Estudos de direito administrativo**. Passo Fundo: UPF Editora, 2004, p. 111-172.

PINTO, Leandro de Carvalho. **Convalidação dos Atos Administrativos**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 12 dez. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigos.html>>. Acesso em: 5 set. 2016.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. Ato de aposentadoria: natureza jurídica, registro pelo Tribunal de Contas e decadência. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 4, n. 13, p. 119-146, abr./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=36080>>. Acesso em: 30 set. 2016.

RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários - *The judicial review of administrative acts discretionary*. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 83-116, jan./abr. 2015.

ROMAN, Flávio José. O controle da discricionariedade da administração pelo princípio constitucional da proporcionalidade. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 67, p. 52-106, abr./jun. 2009.

SCHNEIDER, Patricia Dornelles. Uma breve reflexão sobre o controle dos atos discricionários. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 67, p. 277-282, maio/jun. 2011.

SILVA, Almiro do Couto e. Atos administrativos inconstitucionais - caducabilidade de a administração e o poder judiciário declararem sua invalidade - hipóteses - notários e registradores investidos, sem concurso, na titularidade de serventias extrajudiciais - inexistência de má-fé presumida. **Revista Trimestral de Direito Público – RTDP**, Belo Horizonte, n. 60, 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=239050>>. Acesso em: 2 out. 2016.

SILVA, Almiro do Couto e. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, n. 6, ano 2, jul/set. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12568>>. Acesso em: 23 set. 2016.

SILVEIRA, Maria Aparecida da. O Ato Administrativo e os Limites Materiais de sua Anulação e Revogação, no Contexto de uma Visão Sistemática das Relações Juspublicistas. **Interesse Público – IPI**, Belo Horizonte, n. 25, ano 6, mai/jun. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=50510>>. Acesso em: 4 ago. 2016.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 03 set. 2016.

TÁCITO, Caio. O Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais. **Revista Brasileira de Direito Público RBDP**, Belo Horizonte, n. 1, ano 1 Abr./Jun. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12507>>. Acesso em: 3 out. 2016.

VALIM, Rafael. **Princípio da Segurança Jurídica no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1999.