



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

JOÃO PEDRO LIMA DE VASCONCELLOS

A invalidade de atos administrativos: a incompatibilidade da Súmula 473 do STF com os
novos paradigmas do direito administrativo

Brasília

2025

JOÃO PEDRO LIMA DE VASCONCELLOS

**A INVALIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS: A INCOMPATIBILIDADE DA
SÚMULA 473 DO STF COM OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO
ADMINISTRATIVO**

Monografia apresentada à banca examinadora, na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto.

Brasília

2025

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

Vi Vasconcellos, João Pedro Lima de.
A invalidade de atos administrativos: a incompatibilidade da Súmula 473 do STF com os novos paradigmas do direito administrativo / João Pedro Lima de Vasconcellos;

Orientador: Tarcísio Vieira de Carvalho Neto. Brasília, 2025.
92 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação - Direito)
Universidade de Brasília, 2025.

1. . I. Carvalho Neto, Tarcísio Vieira de, orient. II.
Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA:

VASCONCELLOS, João Pedro Lima de. A invalidade de atos administrativos: a incompatibilidade da Súmula 473 do STF com os novos paradigmas do direito administrativo. 2025. Trabalho de Conclusão do Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2025.

JOÃO PEDRO LIMA DE VASCONCELLOS

**INVALIDIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS: A INCOMPATIBILIDADE DA
SÚMULA 473 DO STF COM OS NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO
ADMINISTRATIVO**

Monografia apresentada à banca examinadora na Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Examinada em 8 de julho de 2025.

Pela banca,

Prof. Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto
Orientador – Universidade de Brasília (UnB)

Prof. Dr. Miguel Gualano de Godoy
Examinador – Universidade de Brasília (UnB)

Prof. Dr. Marçal Justen Filho
Examinador – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)

Brasília/DF, 8 de julho de 2025.

AGRADECIMENTOS

A defesa da monografia costuma ser o ato final da graduação no curso de Direito. É assim desde que a ideia foi concebida na Itália. E é assim toda vez que ela é reproduzida por um estudante. Quis o destino que eu defendesse minha monografia sobre a invalidade de atos administrativos.

Mas este tema, este trabalho e as próximas páginas que os desenvolvem, embora sintetizem alguns conhecimentos, não reduzem a imensidão de ensinamentos e de histórias que eu vivenciei nos últimos cinco anos. Gostaria, portanto, de agradecer a cada pessoa que contribuiu com a minha formação em Direito.

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Viviane e Carlos Alexandre, e ao meu irmão, Luiz Henrique. Nada seria possível sem vocês.

Agradeço a todos os professores da Universidade de Brasília, em especial ao meu orientador, Prof. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, que me acompanhou de modo mais detido na realização deste trabalho.

Agradeço a todos os integrantes da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini - Sociedade de Advogados, o melhor escritório de advocacia existente. Obrigado pelos mais de três anos de estágio. Devo a vocês parte significativa de minha formação.

Agradeço, por fim, a todos os amigos que fiz durante essa trajetória. Levarei para sempre, no coração, os bons momentos vividos na faculdade.

RESUMO

Este trabalho pretende questionar a compatibilidade da Súmula 473 do STF com os novos paradigmas do direito administrativo e com as soluções normativas consagradas na Lindb e na Lei 14.133/2021. Para tanto, percorre o trajeto de afirmação da disciplina jurídica relativa às invalidades no direito administrativo brasileiro. O primeiro capítulo discorre sobre os novos paradigmas do direito administrativo e sobre suas influências sobre a concepção de uma noção constitucionalizada de ato administrativo. O segundo capítulo promove uma maior delimitação do objeto da monografia à medida em que transita pelos planos de existência, de validade e de eficácia dos atos administrativos. O terceiro capítulo, por fim, apresenta as soluções normativas positivadas posteriormente a 1988 e sua incompatibilidade com os pressupostos e as implicações deduzidas da Súmula 473 do STF.

Palavras-chave: paradigmas; ato administrativo; invalidade; Súmula 473 do STF; consequencialismo.

ABSTRACT

This paper aims to question the compatibility of Brazilian Supreme Court Precedent 473 with the new paradigms of administrative law and with the normative solutions established in the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law (LINDB) and Law no. 14.133/2021. To this end, it traces the development of the legal framework concerning invalidities in Brazilian administrative law. The first chapter discusses the new paradigms of Brazilian administrative law and their influence on the conception of a constitutionalized notion of administrative acts. The second chapter further defines the object of the monograph by addressing the levels of existence, validity, and effectiveness of administrative acts. Finally, the third chapter presents the normative solutions enacted after 1988 and their incompatibility with the assumptions and implications derived from Supreme Court Precedent 473.

Keywords: paradigms; administrative act; invalidity; Supreme Court Precedent 473; consequentialism.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

art. – artigo

DJe – Diário de Justiça Eletrônico

ED – Embargos Declaratórios

ed. – edição

ex. – exemplo

Int. Pub. – Interesse Público

j. – julgado em

Lindb – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Dec.-Lei 4.657/1942)

Min. – Ministro

MS – Mandado de Segurança

Pet. – Petição

QO – Questão de Ordem

RDA – Revista de Direito Administrativo

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

reimp. – reimpressão

Rel. - Relator

rev. – revista

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TCU – Tribunal de Contas da União

TRF – Tribunal Regional Federal

tir. – tiragem

SUMÁRIO

Introdução.....	13
1. NOÇÕES PROPEDEÚTICAS: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	15
1.1 Constitucionalismo e Estado Democrático de Direito.....	16
1.2 O princípio geral do Estado de Direito e seus subprincípios: a legalidade administrativa e a segurança jurídica	19
1.2.1 O princípio da legalidade administrativa.....	19
1.2.2 O princípio da segurança jurídica.....	19
1.3 A constitucionalização do direito e os novos paradigmas do direito administrativo brasileiro.....	20
1.3.1 As origens do direito administrativo e seu descolamento inicial do direito constitucional.....	20
1.3.2 A constitucionalização do direito administrativo	22
1.3.3 Os novos paradigmas do direito administrativo	24
1.4 A superação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular	26
1.4.1 O descabimento da prevalência <i>a priori</i> do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular em eventuais colisões de princípios jurídicos: o dever de ponderação proporcional e a contribuição de Humberto Ávila.....	27
1.4.2 A desconstrução do conceito passado de interesse público: a impossibilidade de alusão a um interesse público supremo e indisponível.....	29
1.4.3 As implicações da constitucionalização do direito administrativo: o conceito constitucionalizado de interesse público e a invalidação de atos administrativos	31
1.5 A superação da concepção tradicional de legalidade administrativa: a ascensão da juridicidade administrativa	32
1.5.1 A crise da lei	32
1.5.2 A afirmação da juridicidade administrativa	33
1.5.3 A juridicidade administrativa <i>contra legem</i>	34

1.5.4 A afirmação da segurança jurídica como princípio constitucional.....	34
1.6 O ato administrativo diante dos novos paradigmas do direito administrativo	38
1.6.1 O ato administrativo alienado.....	38
1.6.2 O ato administrativo constitucionalizado	39
2. A INVALIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS E A ORIENTAÇÃO DA SÚMULA 473 DO STF	40
2.1 Noções gerais sobre atos administrativos.....	40
2.1.1 O conceito de ato administrativo.....	41
2.1.2 O ato administrativo perfeito.....	42
2.1.3 A composição dos atos administrativos.....	42
2.2 A eficácia dos atos administrativos.....	42
2.2.1 O grau de intensidade da eficácia dos atos jurídicos em geral	43
2.2.2 A disciplina da eficácia no direito privado	43
2.2.3 A disciplina da eficácia no direito administrativo	44
2.3 Os atributos do ato administrativo.....	45
2.3.1 A autoexecutoriedade.....	45
2.3.2 A presunção relativa de legitimidade.....	45
2.4 O controle da atividade administrativa.....	46
2.4.1 O controle interno da atividade administrativa: o poder-dever de autotutela.....	46
2.4.2 O controle externo da atividade administrativa.....	47
2.5 A invalidade de atos administrativos	47
2.5.1 A ausência de confusão entre os planos do ato administrativo.....	48
2.5.2 A ausência de confusão entre os conceitos de ato viciado e ato inválido.....	49
2.5.3 Os graus de invalidade do ato administrativo.....	50
2.5.4 Os graus de invalidade do ato jurídico no direito privado.....	50
2.6 O desenvolvimento inicial das invalidades no direito administrativo: a incorporação das soluções do direito privado.....	51
2.6.1 A influência de Hely Lopes Meirelles	52

2.6.2 A disciplina da Lei 4.717/1965	53
2.6.3 A edição e a literalidade da Súmula 473 do STF	54
2.6.4 A adesão da Súmula 473 do STF à tese de Hely Lopes Meirelles.....	55
2.6.5 O contexto histórico de edição da Súmula 473 do STF	55
2.6.6 As implicações doutrinárias da Súmula 473 do STF sobre a invalidade de atos administrativos	56
2.7 Ressalvas iniciais à Súmula 473 do STF	57
2.7.1 A presunção relativa de legitimidade dos atos administrativos e a proteção à confiança.....	57
2.7.2 A superação dos pressupostos da Súmula 473 do STF.....	57
2.7.3 Os equívocos das implicações suscitadas pela Súmula 473 do STF	58
2.7.4 A existência de diversos graus de invalidade dos atos administrativos.....	59
2.7.5 Questões terminológicas: o uso equivocado dos termos “anular” e “ilegal”	60
2.7.6 A evolução normativa posterior a 1988	60
3. AS SOLUÇÕES CONSEQUENCIALISTAS PARA A INVALIDADE: A INCOMPATIBILIDADE COM A SÚMULA 473 DO STF	61
3.1 As contribuições do direito europeu	62
3.1.1 Ainda a nulidade absoluta e a inexistência jurídica no direito brasileiro	62
3.1.2 A experiência francesa	63
3.1.3 A experiência alemã.....	64
3.1.4 A experiência italiana.....	66
3.1.5 A síntese das contribuições europeias.....	66
3.1.6 A contribuição de Hans Kelsen.....	67
3.2 A evolução legislativa inicial em momento posterior a 1988	68
3.2.1 A disciplina da Lei 8.666/1993	68
3.2.2 A disciplina da Lei 9.784/1999	69
3.2.3 A disciplina das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999	70

3.3 A Reforma da Lindb (Lei 13.655/2018) e suas implicações para a disciplina das invalidades de atos administrativos	70
3.3.1 A disciplina do art. 20 da Lindb.....	71
3.3.2 A disciplina do art. 21 da Lindb.....	71
3.3.3 A disciplina do art. 4º do Decreto 9.830/2019	73
3.3.4 A disciplina do art. 24 da Lindb.....	74
3.4 A disciplina da Lei 14.133/2021 e o Estudo de Impacto Invalidatório.....	75
3.4.1 O art. 147 da Lei 14.133/2021	75
3.4.2 O art. 148 da Lei 14.133/2021	77
3.5 O resumo das soluções admitidas.....	78
3.6 A incompatibilidade das soluções normativamente admitidas para a invalidação de atos administrativos com a orientação da Súmula 473 do STF	80
3.6.1 A possibilidade de preservação dos efeitos produzidos por atos administrativos viciados.....	81
3.6.2 O reconhecimento de outros graus de invalidade para o ato administrativo	81
3.7 Ressalvas às evoluções normativas: os possíveis excessos do consequencialismo.....	82
3.7.1 Os limites da autonomia decisória quanto à invalidação.....	82
3.7.2 A necessidade de rápida identificação dos vícios para a adoção de providências...	83
3.7.3 A ausência de permissão para a inobservância da lei e a responsabilização dos agentes envolvidos.....	83
Considerações Finais	84

Introdução

Em Roma, na antiguidade, o jurista Ulpiano narrou a história de Barbarius Philippus, um escravo que ocupou o cargo de pretor¹. Ao ser nomeado para o cargo, Barbarius Philippus ocultou sua condição originária. Ele atuou por anos como pretor e editou inúmeros atos ao longo de sua carreira.

Quando descoberto o vício em sua nomeação, os romanos se depararam com uma questão inusitada: os atos editados por Barbarius são nulos por ausência de competência? Até então, a nulidade era a única categoria existente para a invalidade. Se se reconhecesse a nulidade e se invalidasse com eficácia retroativa (*ex tunc*) o ato de nomeação, todos os atos editados por Barbarius e todos os efeitos decorrentes desses atos deveriam ser considerados nulos, de modo a restaurar o estado de coisas existente antes da nomeação de Barbarius ao cargo de pretor.

Surgem, então, mais questionamentos: uma vez verificada a nulidade, como lidar com a confiança investida pelos particulares que depositaram suas legítimas expectativas nas instituições romanas e que se conduziram de acordo com os padrões normativos desejados? O que fazer com os efeitos consolidados e irreversíveis produzidos pelos atos de Barbarius?

Desde a antiguidade, a invalidação de atos administrativos² é tema que envolve a ponderação de interesses relevantes.

No direito administrativo brasileiro, por um lado, ela é fundamental para a realização do princípio da legalidade administrativa, que vincula a atividade administrativa à lei e ao Direito. Por outro lado, a invalidação não pode desconsiderar a segurança jurídica e a confiança depositada pelos particulares que se relacionam com a Administração Pública. Os atos administrativos são dotados de presunção relativa de legitimidade. Os particulares que se relacionam com a Administração Pública confiam que seus atos são regulares e, portanto, conduzem-se de acordo com os modelos normativos estabelecidos.

Mas, como no exemplo romano, a verificação de um vício jurídico em um ato administrativo não costuma ser imediata. Na maioria das vezes, o ato viciado tem vigência prolongada no tempo e produz efeitos de diversas ordens enquanto ainda é considerado válido.

¹ COUTO E SILVA, Almiro do. 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). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 3: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2008, pp. 541-542.

² Usa-se o termo, aqui, em sentido genérico, mas não se desconsidera que, a rigor, não havia “atos administrativos”, em sentido moderno, na Roma antiga.

Por isso que, sob certa perspectiva, a colisão entre os princípios da legalidade administrativa e da segurança jurídica reflete a relação entre o Direito e o tempo. Como doutrinava Almiro do Couto e Silva³, o futuro não pode ser eterno prisioneiro do passado. Nem pode o passado ignorar as possíveis circunstâncias do futuro. A segurança jurídica e a proteção à confiança não podem ser considerados valores absolutos, que petrifiquem a ordem jurídica e impeçam o Estado de realizar certas mudanças em prol da legalidade. Por outro ângulo, não pode o Estado em qualquer hipótese adotar novas providências sem considerar as que foram por ele mesmo impostas, de modo a surpreender os que acreditaram em seus atos.

Sob outra perspectiva, a questão envolve a medida adequada de imposição da “lei da cidade” sobre os arbítrios individuais; de Creonte sobre Antígona, na tragédia grega⁴. A lei expressa a vontade popular, deliberada em parlamento e aplicada coercitivamente mediante os mecanismos estatais. A confiança corresponde à representação mental daquilo que é certo e seguro para um determinado indivíduo. Como se verá, o princípio da segurança jurídica, em acepção subjetiva, visa a proteger a confiança para a condução, a planificação e a conformação da vida individual e coletiva.

O direito administrativo brasileiro, ao longo da história, produziu diferentes soluções para essa problemática. O percurso de tais soluções é um dos objetivos desta monografia.

No século passado, no âmbito de um Estado autoritário, o direito administrativo se desenvolveu de modo a privilegiar sobremaneira a legalidade administrativa. Prevaleciam noções causalistas e abstratas para a invalidação de atos administrativos, que priorizavam a causa em detrimento dos efeitos (o passado em detrimento do futuro; a lei em detrimento da confiança). A orientação professada pela Súmula 473 do STF, editada em 1969, é fruto dessas concepções.

A promulgação da Constituição de 1988 e a constitucionalização do direito administrativo elevaram a dignidade humana ao centro axiológico da ordem jurídica e alteraram substancialmente esse cenário. O desenvolvimento da teoria das invalidades, a partir de então, destinou-se a consagrar soluções consequencialistas, que priorizam os efeitos em detrimento das causas (o futuro em detrimento do passado; a confiança em detrimento da lei). Passou-se a

³ COUTO E SILVA, Almiro do. 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). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 3: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. *Op. cit.*, p. 543.

⁴ SÓFOCLES. *Antígona*. Trad. de Sueli Maria Regino. São Paulo: Martin Claret, 2014.

admitir, em certas hipóteses, a preservação dos efeitos produzidos por atos viciados, em vista da segurança jurídica e da proteção à confiança.

Mas, apesar de refletir concepções passadas, a Súmula 473 do STF segue vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Por isso, indaga-se: seria essa vigência incompatível com os novos paradigmas do direito administrativo e com as novas soluções normativas admitidas para as invalidades? Eis a questão que conduzirá esta monografia.

Para tanto, percorrer-se-á o trajeto de afirmação do estágio atual da disciplina normativa para as invalidades no direito administrativo brasileiro, que perpassa o estudo das premissas adotadas, em cada momento, para a existência, a validade e a eficácia dos atos administrativos.

A metodologia utilizada para o trabalho será principalmente a da revisão bibliográfica, complementada em pontos específicos pela jurisprudência dos tribunais superiores.

No primeiro capítulo, serão delineados os pressupostos da monografia, consistentes na afirmação dos novos paradigmas do direito administrativo, a partir da reinterpretação de suas premissas à luz da Constituição de 1988 e da centralidade da dignidade humana no ordenamento jurídico.

No segundo capítulo, será produzida uma maior delimitação do objeto de pesquisa e se estudará os planos de existência, de validade e de eficácia dos atos administrativos. Discorrer-se-á, em seguida, sobre o desenvolvimento inicial da teoria das invalidades no direito administrativo brasileiro, com destaque para a influência doutrinária de Hely Lopes Meirelles e para a jurisprudência majoritária do STF, sintetizada na Súmula 473.

No terceiro capítulo, apresentar-se-ão as contribuições do direito comparado no tema das invalidades e as novas soluções propostas no direito administrativo brasileiro, junto de seus fundamentos normativos. Demonstrar-se-á a incompatibilidade da Súmula 473 do STF com o novo enfoque consequencialista da disciplina jurídica das invalidades, que prioriza a segurança jurídica. Identificar-se-ão, por fim, possíveis excessos do consequencialismo que podem levar a resultados futuros indesejados.

1. NOÇÕES PROPEDEÚTICAS: NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A disciplina sobre a invalidação de atos administrativos reflete orientações sobre a forma como se concebe a atividade administrativa e a relação entre a Administração Pública e os particulares em um determinado Estado.

No bojo da filosofia pós-positivista e do constitucionalismo democrático, o direito administrativo brasileiro, a partir de 1988, sofreu as influências do fenômeno da

constitucionalização do direito, que acompanhou a consagração do Estado Democrático de Direito no país e a centralidade axiológica da dignidade humana no ordenamento jurídico. Isso resultou na superação de paradigmas passados e na concepção de novas soluções para as questões do direito administrativo, inclusive no tema das invalidades.

Este capítulo, a partir do processo de constitucionalização do direito, percorrerá o trajeto de formação dos novos paradigmas do direito administrativo, que perpassa a superação de dois paradigmas passados que se relacionam com o objeto desta monografia: o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e a noção estrita de legalidade administrativa, entendida como vinculação positiva da Administração à lei. No final, serão avaliados os reflexos desses novos paradigmas sobre as concepções a respeito dos atos administrativos.

1.1 Constitucionalismo e Estado Democrático de Direito

No desenvolvimento histórico da civilização ocidental, o termo “constitucionalismo” é de uso relativamente recente e surgiu há pouco mais de dois séculos, quando foi concebido no âmbito das revoluções oitocentistas⁵.

A rigor, o constitucionalismo se traduz no movimento de limitação do poder político, na consagração da supremacia da lei e na garantia de direitos individuais⁶. A expressão, ainda, sugere a existência de uma constituição, embora essa relação nem sempre se concretize. No Reino Unido, por exemplo, o ideal constitucionalista esteve presente nos últimos duzentos anos, mesmo sem a existência de uma constituição escrita. Por outro lado, existem exemplos de Estados autoritários que, apesar de terem uma constituição, não observam as premissas do constitucionalismo⁷.

De todo modo, o constitucionalismo acompanhou a concepção de um novo sentido ao termo “constituição”. Antes, aludia-se à constituição a partir de um viés meramente político, que contemplava a forma de organização e de funcionamento dos poderes distribuídos pela sociedade⁸. O exemplo clássico desse uso pré-moderno do termo reside na Magna Carta britânica, de 1215.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 32. No mesmo sentido: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, pp. 41-42.

⁶ *Ibid.*, p. 32. No mesmo sentido: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 11. reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2003, p. 51.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. *Op. cit.*, p. 32.

⁸ LUHMANN, Niklas. **A constituição como aquisição evolutiva**. Trad. para fins acadêmicos não publicada de Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi, Raffaele De Giorgi e Paulo Sávio Peixoto Maia.

Com o constitucionalismo, erigiu-se o conceito moderno de constituição, que conduziu à consolidação do Estado moderno sob a forma de um Estado de Direito⁹. Por meio da constituição moderna, o Direito institui o Estado, limita o exercício do poder político e consagra direitos e liberdades fundamentais¹⁰. A constituição moderna realiza o projeto do constitucionalismo. Além de uma perspectiva política, portanto, ela detém um viés jurídico: é formada por normas jurídicas que compõem o ápice do ordenamento jurídico¹¹.

A religação do Direito com a Política na constituição moderna é o grande triunfo da transição para a modernidade e corresponde ao que Niklas Luhmann qualificou como a “aquisição evolutiva” que resultou do desenvolvimento histórico da civilização ocidental para a ordenação da vida coletiva¹².

Mas não bastava a existência de uma organização qualquer, dotada de qualquer ordem jurídica, para a ordenação de qualquer aspecto da vida coletiva. Era preciso criar uma justificativa que atribuísse legitimidade aos novos Estados; que conduzisse à adesão voluntária e espontânea dos membros da coletividade ao novo modelo de organização e de funcionamento da sociedade. Essa legitimidade adveio de uma abstração inicialmente aristocrática-burguesa que, depois, democratizou-se: a associação do poder soberano à vontade do povo¹³.

A partir de então, o constitucionalismo e as constituições se disseminaram pelo mundo e assumiram feições diferenciadas por cada lugar em que passaram¹⁴. No mundo ocidental, de um modo geral, distinguem-se três momentos do constitucionalismo: o liberal, que resultou das revoluções burguesas do s. XVIII; o social, que veio à tona em fins do s. XIX; e o democrático, que surgiu em meados do s. XX¹⁵.

Cabe destacar, de modo breve¹⁶, a transição do constitucionalismo social para o democrático. A primeira metade do s. XX foi marcada pelas duas guerras mundiais, que impactaram profundamente a maioria dos países nos mais variados aspectos da existência humana. Os relatos históricos, sobretudo os dos campos de concentração e de extermínio,

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. *Op. cit.*, p. 62.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. *Op. cit.*, p. 52.

¹¹ LUHMANN, Niklas. **A constituição como aquisição evolutiva**. *Op. cit.*

¹² *Ibid.*, p. 30.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. *Op. cit.*, pp. 32-33.

¹⁴ CHUERI, Vera Karam de et. al.. **Fundamentos de Direito Constitucional – Novos Horizontes Brasileiros**. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2025, p. 105.

¹⁵ Esta monografia não pretende adentrar mais no estudo sobre a evolução do constitucionalismo. Mas, para mais informações, confira-se: *Ibid.*, pp. 105-152.

¹⁶ A transição para o constitucionalismo democrático será melhor detalhada adiante. Neste momento, pretende-se apenas produzir uma introdução ao assunto.

refletiram as calamidades produzidas pelo regime nazifascista e provocaram intensos questionamentos a respeito dos modelos de Direito e de Estado cultivados até então¹⁷.

O constitucionalismo democrático parte desse cenário de destruição e responde aos anseios de justiça; de religação do Direito e do Estado à Moral. Nesse contexto, a reconstrução do Direito e do Estado adotou como premissa a proteção ao ser humano e a rejeição a qualquer forma de desrespeito a sua dignidade. No constitucionalismo democrático, também identificado como neoconstitucionalismo ou constitucionalismo humanista¹⁸, o Estado moderno se consolida sob a forma de um Estado Democrático de Direito.

Esse novo Estado herda, por um lado, as conquistas do Estado de Direito e do Estado Social, isto é, a limitação do poder, a supremacia da lei e a consagração de direitos individuais e sociais; por outro lado, adota como base legitimadora uma versão democratizada da soberania popular e do governo de todos¹⁹, que incorpora discussões a respeito das fontes legítimas do poder e da representação política²⁰.

Um Estado Democrático de Direito, na busca pela dignidade humana e pela soberania popular, legitima-se pelo respeito à democracia em seus sentidos formal e material. A democracia formal é atingida, por um lado, pelo respeito aos direitos individuais e às liberdades públicas, realizáveis mediante o cumprimento de deveres negativos do Estado. A democracia material, por outro lado, é atingida por meio da realização dos deveres positivos atribuídos ao Estado, que envolvem principalmente a promoção de um governo para todos, inclusive para as minorias raciais, religiosas, culturais e os grupos de menor expressão política, como as mulheres e as populações de baixa renda²¹.

Assim, de um modo geral, não obstante a existência de uma diversidade de modelos constitucionais, a Constituição de um Estado Democrático de Direito tem como objetivos:

- a) institucionalizar um Estado Democrático de Direito, fundado na soberania popular e na limitação do poder; b) assegurar o respeito aos direitos fundamentais, inclusive e especialmente os das minorias políticas; c) contribuir para o desenvolvimento econômico e para a justiça social; d) prover mecanismos que garantam a boa administração, com racionalidade e transparência nos processos de tomada de decisão, de modo a propiciar governos eficientes e probos²².

¹⁷ CHUERI, Vera Karam de et. al.. **Fundamentos de Direito Constitucional – Novos Horizontes Brasileiros**. *Op. cit.*, p. 123.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 123-129.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. *Op. cit.*, p. 102.

²⁰ *Ibid.*, p. 62.

²¹ *Ibid.*, p. 63.

²² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. *Op. cit.*, p. 103.

1.2 O princípio geral do Estado de Direito e seus subprincípios: a legalidade administrativa e a segurança jurídica

O princípio do Estado de Direito consiste em um princípio geral do Direito, presente nos Estados Democráticos de Direito, e correspondente à forma de racionalização do conteúdo, da extensão e da execução das atividades estatais²³. Trata-se de uma expressão do Estado Democrático de Direito e do reconhecimento do Direito como principal meio de ordenação racional da vida coletiva.

De acordo com J. J. Gomes Canotilho, o princípio do Estado de Direito se divide em cinco subprincípios, dentre os quais destacam-se dois, para os fins pretendidos por esta monografia: o princípio da legalidade administrativa e o da segurança jurídica²⁴.

1.2.1 O princípio da legalidade administrativa

O princípio da legalidade administrativa compreende a prevalência da lei e a reserva de lei. Pressupõe que a lei é a expressão privilegiada da democracia e da soberania popular, bem como o instrumento mais apropriado para a definição dos regimes jurídicos de determinadas matérias. Trata-se, portanto, da melhor forma de se vincular juridicamente a Administração Pública no exercício de suas competências²⁵.

A prevalência da lei significa que a lei votada e aprovada no parlamento tem superioridade e preferência com relação aos atos da Administração, compreendidos os regulamentos e os atos administrativos. Assim, a prevalência da lei vincula a Administração e lhe proíbe a prática de atos contrários à lei²⁶.

Por outro lado, a reserva de lei consiste na afirmação de que quaisquer restrições a direitos, liberdades e garantias só podem ser efetivadas por meio de lei. Significa dizer que, apenas por meio da deliberação majoritária do parlamento, eleito pelo povo, pode restringir-se direitos²⁷.

1.2.2 O princípio da segurança jurídica

Outro subprincípio do Estado de Direito é o princípio da segurança jurídica. Trata-se de uma noção existente desde os primórdios da humanidade consistente na necessidade de um mínimo de segurança para a condução, a planificação e a conformação da vida individual e

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. *Op. cit.*, p. 255.

²⁴ *Ibid*, p. 255.

²⁵ *Ibid*, p. 256.

²⁶ *Ibid*, p. 256.

²⁷ *Ibid*, p. 256.

coletiva²⁸. Como se verá adiante, em acepção subjetiva, o princípio da segurança jurídica assume a feição de proteção à confiança²⁹.

A segurança jurídica exige clareza, racionalidade e transparência aos atos estatais³⁰, de modo que os indivíduos se pautem nos padrões de conduta desejáveis e confiem nos efeitos previstos pelo ordenamento jurídico.

Três expressões do princípio da segurança jurídica são: (i) quanto a atos normativos, a vedação geral a normas retroativas restritivas de direitos; (ii) quanto a atos jurisdicionais, a coisa julgada; e (iii) quanto a atos administrativos, a estabilidade dos atos constitutivos de direitos³¹, que se traduz na auto vinculação da Administração ao conteúdo de seus atos e na impossibilidade de desfazimento do ato, sem considerar os direitos adquiridos e a confiança depositada por particulares³².

1.3 A constitucionalização do direito e os novos paradigmas do direito administrativo brasileiro

O Estado Democrático de Direito, por meio, dentre outros princípios, da legalidade administrativa e da segurança jurídica, concebeu novas formas de se racionalizar e se direcionar a atividade estatal. No bojo do constitucionalismo democrático, como se verá, a Constituição passou a ocupar posição central no ordenamento jurídico e a influenciar a produção normativa dos demais ramos do direito.

1.3.1 As origens do direito administrativo e seu descolamento inicial do direito constitucional

“Das Ciências do Direito Público, aquela que se apresenta mais afim ao Direito Constitucional é, indubitavelmente, o Direito Administrativo”³³. Embora condizente com a realidade atual, a frase retirada da obra de Paulo Bonavides nem sempre refletiu uma verdade incontestável. No passado, direito administrativo e direito constitucional não se misturavam e mal se comunicavam: eram dois ramos autônomos do direito brasileiro.

²⁸ *Ibid.*, p. 257.

²⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. 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). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Op. cit.*

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** *Op. cit.*, p. 257.

³¹ *Ibid.*, p. 257.

³² *Ibid.*, p. 265.

³³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 42.

A origem do direito administrativo é tema disputado na doutrina nacional³⁴. Há quem diga que ela remonta aos tempos das revoluções liberais, quando se promoveu a submissão do Estado à lei e ao Direito³⁵. Os defensores dessa tese reputam que o direito administrativo tenha surgido como meio de afirmação das garantias individuais perante o Estado. Mas há quem sustente, por outro lado, que existe um direito administrativo desde que existe uma mínima disciplina sobre a organização da vida coletiva³⁶. Esse segundo grupo de juristas entende que o direito administrativo dos s. XIX e XX serviu como instrumento para a reprodução das práticas autoritárias do Antigo Regime, por meio da atribuição de um mínimo de legitimidade jurídica à dominação política estatal.

De todo modo, a trajetória do direito administrativo brasileiro, até 1988, conduziu-se de modo autônomo, descolado dos demais ramos do direito. Em meio às suas próprias disputas e contradições, o direito administrativo produziu seus próprios institutos e suas próprias bases de sustentação³⁷. Suas expressões se justificavam de modo autopoietico, a partir de elementos de sua própria existência.

Esse fenômeno não é exclusivo ao caso brasileiro. No direito comparado, sob perspectiva constitucionalista, o espanhol Sebastián Martín-Retortillo Baquer o denominou “fuga do direito constitucional”³⁸. A Constituição não influenciava a criação e a aplicação do regime jurídico administrativo, que reproduzia sistema próprio.

A própria descontinuidade das constituições, em contraste com a continuidade da burocracia, contribuiu para que o direito administrativo se nutrisse de categorias, institutos, princípios e regras próprios, mantendo-se de certa forma alheio às sucessivas mutações constitucionais³⁹.

Mas a relação entre direito administrativo e direito constitucional se alterou substancialmente com a ascensão do constitucionalismo democrático, que modificou o papel das Constituições no ordenamento jurídico.

³⁴ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 4. No mesmo sentido: BINENBOJM, Gustavo. Como nasceu e cresceu o direito administrativo? In: SUNDFELD, Carlos Ari et. al. Curso de Direito Administrativo em Ação – Casos e Leituras para Debates. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, pp. 49-51.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, pp. 1-2.

³⁶ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2003, p. 275.

³⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 19.

³⁸ BAQUER, Sebastián Martín-Retortillo. **El Derecho Civil en la Genesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones**. Madrid, Espanha: Civitas, 1996.

³⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. *Op. cit.*, pp. 18-19.

1.3.2 A constitucionalização do direito administrativo

Anteriormente, as Constituições não detinham tanta relevância no ordenamento jurídico. Atribuía-se às leis e aos Códigos as principais funções na disciplina jurídica do Estado e da sociedade. As disposições constitucionais eram destituídas de normatividade e tratadas como meras diretrizes para a atuação do legislador⁴⁰.

O declínio do legicentrismo ocorreu por razões de diversas ordens em meados do s. XX⁴¹. Sob uma perspectiva lógica, atestou-se que a lei não era capaz de disciplinar, com completude, a integridade das condutas humanas e das atividades atribuídas ao Estado, principalmente após a ascensão do Estado Social, que ampliou as funções estatais⁴².

De um ponto de vista histórico, após o término da Segunda Guerra Mundial, constatou-se que a aplicação positiva e irrestrita da lei, conforme os padrões do legicentrismo, serviu de base para a reprodução das atrocidades perpetradas pelo regime nazifascista e pelos demais Estados autoritários que se disseminaram pelo mundo⁴³.

Diante dos desastres da guerra, no campo da filosofia, sobreveio a necessidade de religar o Direito à Moral, de forma a incorporar valores fundamentais na disciplina jurídica, capazes de incrementar o controle sobre o poder do Estado. Surge, então, o pós-positivismo, que conduziu à superação das duas principais correntes anteriores da filosofia do direito: o naturalismo e o positivismo.

Mas o projeto pós-positivista não apresentava soluções pré-concebidas. Ao mesmo tempo que pretende ir além da literalidade da lei, não despreza a norma jurídica e o direito posto. Da mesma forma, enquanto exige moral e justiça, rejeita conceitos puramente metafísicos para explicar os fenômenos humanos e jurídicos⁴⁴.

De todo modo, foi justamente na incompletude do pós-positivismo, no meio termo entre o positivismo e o naturalismo, que o Estado contemporâneo encontrou suas respostas quanto à relação entre o Direito e a Moral. Das raízes pós-positivistas, surgiu um progressivo processo

⁴⁰ *Ibid.*, p. 61.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, v. 9, nº 33, 2006.

⁴² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. *Op. cit.*, p. 62.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Op. cit.*, p. 45.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 47.

de politização e, em seguida, de juridicização do conceito de dignidade humana, de origem filosófica⁴⁵.

No campo político, a dignidade humana, entendida como a síntese do humanismo e do avanço civilizatório, passou a integrar o discurso dos novos Estados democráticos. No campo jurídico, o constitucionalismo democrático, do qual se originou a Constituição brasileira de 1988, incorporou a dignidade humana como valor fundamental, encerrado na forma de um princípio jurídico elevado à estatura constitucional, apto a permear o ordenamento jurídico e a constituir seu centro axiológico⁴⁶.

Somada à juridicização do conceito de dignidade humana, irrompeu-se a grande novidade do constitucionalismo democrático, que enfim produziu o desfecho do legicentrismo. Trata-se da atribuição de normatividade às disposições constitucionais e aos princípios jurídicos⁴⁷.

As normas constitucionais passaram a dispor de exigibilidade jurídica e sua inobservância passou a acarretar a aplicação de sanções dotadas da coercibilidade estatal. Os princípios jurídicos se tornaram os instrumentos normativos apropriados a inserir valores morais relevantes no ordenamento jurídico.

A Constituição, em substituição à lei, assumiu posição central no ordenamento jurídico, e as normas constitucionais se tornaram o fundamento de validade e o vetor interpretativo de todas as demais normas jurídicas.

Assim, além de um irrestrito compromisso com o modelo democrático de Estado e com base no pós-positivismo, o constitucionalismo democrático, do qual resultou a Constituição de 1988 no Brasil, consagrou a expansão da jurisdição constitucional e a difusão de uma nova hermenêutica constitucional, edificada sobre a dignidade humana, a proteção dos direitos fundamentais e o controle do poder estatal⁴⁸.

Uma relevante expressão do constitucionalismo democrático, originalmente identificada por Gunnar Schuppert, Christian Bumke e Louis Favoreau⁴⁹, é o fenômeno da constitucionalização do direito, que, segundo Virgílio Afonso da Silva, consiste na "irradiação

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Int. Públ.** – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, nov./dez. 2012, p. 37.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 37 e ss.

⁴⁷ GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 48.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, v. 9, n° 33, 2006, p. 50 e ss.

⁴⁹ SCHUPPERT, Gunnar; BUMKE, Christian. Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung: Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des einfachen Rechts. Apud. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. 1. ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 39.

dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito”⁵⁰. A Constituição, com seus fins e valores, vai aos demais ramos do direito para legitimar seus institutos e fundar a validade de suas normas jurídicas⁵¹.

O direito administrativo foi um dos ramos mais influenciados pela constitucionalização do direito. A centralidade da dignidade humana, acompanhada da consagração dos direitos fundamentais, alterou a concepção da atividade administrativa e a relação entre a Administração e os administrados⁵².

1.3.3 Os novos paradigmas do direito administrativo

Na concepção de Thomas Kuhn⁵³, um paradigma científico é formado pelo conjunto de premissas usadas para a concepção de uma ciência, de sua metodologia e de sua aplicação prática⁵⁴. Enquanto essas premissas são úteis para solucionar questões concretas e aceitas pela maioria da comunidade científica, adota-se no geral, dentre os cientistas, uma postura dogmática, caracterizada pela inegabilidade das premissas adotadas⁵⁵.

No entanto, quando as premissas que conformam um paradigma científico deixam de ser úteis para solucionar questões práticas, surgem propostas subversivas, que contestam o próprio objeto e a metodologia da ciência. Nessa hipótese, parte dos cientistas adota uma postura zetética, caracterizada pelo questionamento das premissas⁵⁶. A crise de paradigmas se refere ao momento em que os cientistas progressistas, que desejam alterar certas premissas de uma dada ciência, enfrentam doutrinariamente os cientistas conservadores, que defendem as premissas sustentadas pelos paradigmas tradicionais.

Gustavo Binimbojm, por ocasião de seu doutoramento, identificou que o direito administrativo vive uma crise de paradigmas em razão da releitura de suas premissas à luz da Constituição de 1988.

Ele explica que o percurso histórico do direito administrativo, inicialmente descolado do direito constitucional e repleto de contradições, produziu tradicionalmente institutos mais

⁵⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. *Op. cit.*, p. 38.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 31-32.

⁵² *Ibid.*, p. 43 e ss.

⁵³ KUHN, Thomas. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

⁵⁴ Apesar de o conceito de paradigma ter sido usado por Thomas Kuhn para estudar ciências naturais, transplanta-se sua teoria para a ciência do direito.

⁵⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 13. ed., rev., atual. e ampl. Barueri - SP: Atlas, 2025, p. 25.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 22.

voltados à consagração da autoridade estatal do que à consagração de liberdades individuais⁵⁷. Conceitos essenciais como os de ato administrativo, interesse público e serviço público foram concebidos de modo alheio a qualquer preocupação relativa à dignidade humana ou à realização de direitos fundamentais⁵⁸.

O autor assumiu, então, uma postura progressista e defendeu a tese de que a constitucionalização do direito administrativo obrigou a releitura de seus conceitos e ocasionou a superação de quatro paradigmas tradicionais: (i) a supremacia do interesse público sobre o particular, como critério distintivo do direito administrativo e como fundamento de todas as prerrogativas atribuídas à Administração pelo regime jurídico administrativo; (ii) a legalidade administrativa, como vinculação positiva à lei, traduzida em submissão do agir administrativo à vontade parlamentar; (iii) a intangibilidade do mérito administrativo, decorrente da impossibilidade de controle pelo Poder Judiciário das discricionariedades reconhecidas à Administração; e (iv) a ideia de um Poder Executivo unitário, fundado em estritas relações de hierarquia⁵⁹.

A partir de uma visão constitucionalizada do direito, Binjenbojm propôs uma nova premissa para o direito administrativo: a vinculação do regime jurídico de direito administrativo à dignidade humana e à realização dos direitos fundamentais⁶⁰. Tal premissa, como se verá, passa a servir como fundamento das normas jurídicas de direito administrativo, além de constituir seu critério distintivo, em substituição à supremacia do interesse público.

Os novos paradigmas do direito administrativo refletem a Constituição de um Estado Democrático de Direito, que busca, por um lado, veicular consensos mínimos relativos à dignidade humana, à soberania popular, ao funcionamento do regime democrático, à garantia de direitos fundamentais, à organização dos Poderes constituídos e à fixação de fins e valores a serem atingidos. Por outro lado, busca garantir espaço ao pluralismo político e vincular a legitimidade das instituições e das decisões estatais à participação popular, à comunicação social, à opinião pública, ao atendimento às demandas dos grupos de pressão e dos movimentos sociais⁶¹.

⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. *Op. cit.*, p. 72.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 72.

⁵⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. *Op. cit.*, pp. 23-24.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 73. No mesmo sentido: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024, p. 48.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. *Op. cit.*, p. 102.

O direito administrativo constitucionalizado adota como objetivos a realização da democracia, dos direitos fundamentais, do desenvolvimento econômico, da justiça social e da boa administração⁶².

A seguir, conforme os fins pretendidos por esta monografia, analisar-se-á a superação dos dois primeiros paradigmas tradicionais do direito administrativo identificados por Binbenojm, vide o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e a noção estrita de legalidade administrativa. Depois, estudar-se-á como a superação desses paradigmas influenciou a concepção de uma nova noção a respeito do ato administrativo.

1.4 A superação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular

O fundamento de validade e o critério distintivo do direito administrativo brasileiro era, para a doutrina tradicional, o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração⁶³.

Celso Antônio Bandeira de Mello assim definia dito princípio:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último.

[...]

No campo da Administração, deste princípio procedem as seguintes consequências ou princípios subordinados:

- a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares;
- b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações;
- c) restrições ou sujeições especiais no desempenho da atividade de natureza pública⁶⁴.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular foi recepcionado pelo direito brasileiro no contexto constitucional anterior a 1988 e serviu como fundamento para a imposição dos interesses do Estado, para a legitimação de suas prerrogativas exorbitantes e para a restrição ao controle das discricionariedades administrativas⁶⁵.

[...] o interesse público era argumento suscetível de propiciar a adesão de todos e, por isso mesmo, de fundamentar o poder do Estado. Ligava-se à separação da esfera pública e privada, típica do século XIX: ao poder público cabia o zelo pelo interesse público; ao particular, o âmbito privado, e, portanto, o que se referia ao interesse privado. [...] a Administração figura como executora da vontade geral e intérprete do

⁶² *Ibid.*, p. 103.

⁶³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 49.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 59.

⁶⁵ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 24.

interesse público. Detinha, assim, seu monopólio, ao identificá-lo, ao torná-lo objetivo de sua função e ao concretizá-lo em atos e medidas⁶⁶.

A aplicação do princípio pressupunha que a Administração Pública detinha uma posição de superioridade sobre os particulares e que cabia a ela enunciar o interesse público, que deveria prevalecer *a priori* sobre os interesses particulares em eventuais colisões entre interesses⁶⁷.

Os atos administrativos editados no âmbito da função administrativa estatal estavam vinculados à realização do interesse público. Eventuais invalidades no ato administrativo assumiam relevância política diferenciada e impunham a adoção de soluções rígidas para seu desfazimento. Por isso, como se verá, a nulidade absoluta, insanável e retroativa, despontava como o único grau possível para a invalidação de atos administrativos.

Mas tanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular quanto o próprio conceito de interesse público sofreram as influências da constitucionalização do direito administrativo e da centralidade da dignidade humana no paradigma do Estado Democrático de Direito.

1.4.1 O descabimento da prevalência *a priori* do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular em eventuais colisões de princípios jurídicos: o dever de ponderação proporcional e a contribuição de Humberto Ávila

A afirmação do constitucionalismo democrático e a atribuição de normatividade aos princípios jurídicos acompanharam a consagração da máxima da proporcionalidade e da técnica da ponderação para eventuais colisões entre princípios jurídicos.

De acordo com Robert Alexy, princípios jurídicos são mandados de otimização, que encerram juízos deontológicos de valores juridicamente relevantes, em face das possibilidades jurídicas e fáticas⁶⁸. A aplicação dos princípios jurídicos depende de uma ponderação, fundada na máxima da proporcionalidade, que exige a consideração de tais possibilidades jurídicas e fáticas.

[...] a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade [...] e da proporcionalidade em sentido estrito [...], decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.

[...]

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da

⁶⁶ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. *Op. cit.*, p. 233.

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. *Op. cit.*, p. 59.

⁶⁸ ALEXY, Roberto. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117 e p. 151.

necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas⁶⁹.

Não cabe considerar a aplicação de um princípio jurídico sem a ponderação proporcional das possibilidades jurídicas e fáticas. Os conceitos de princípio jurídico e de ponderação proporcional estão intimamente conectados, de modo que um não existe sem o outro.

Daí se dizer que o Estado Democrático de Direito é um Estado de ponderação [...]. Neste sentido, a ponderação proporcional passa a ser entendida como medida otimizadora de todos os princípios, bens e interesses considerados desde a Constituição, passando pelas leis, até os níveis de maior concretude, realizados pelo Judiciário e pela Administração Pública⁷⁰.

Assim, não se pode aludir à existência de um princípio jurídico que, em eventual colisão entre princípios jurídicos, estabeleça a prevalência *a priori* de um princípio jurídico em detrimento de outro, sem mais considerações sobre as possibilidades jurídicas e fáticas.

[...] as relações de prevalência entre interesses privados e interesses públicos não comportam determinação a priori e em caráter abstrato, senão que devem ser buscadas no sistema constitucional e nas leis constitucionais, dentro do jogo de ponderações proporcionais envolvendo direitos fundamentais e metas coletivas da sociedade⁷¹.

Humberto Ávila, em obra pioneira sobre o tema⁷², sustenta que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular apresenta contradição insuperável com relação à teoria geral do direito e, mais especificamente, com relação aos conceitos de regra e princípio jurídicos.

O autor conclui que a ausência de uma ponderação proporcional torna impossível considerar o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular como uma norma-princípio⁷³. Defende, então, que o princípio seja compreendido como uma regra, que determine a prevalência do interesse público e seja aplicável por subsunção ao caso concreto.

O referido “princípio” é – tal como seria definido pela teoria geral do Direito – uma “regra abstrata de preferência no caso de colisão” [...] em favor do interesse público, nunca, porém, uma norma-princípio *prima facie*⁷⁴.

Em seguida, sob um ponto de vista normativo, Humberto Ávila alcança as seguintes conclusões a respeito do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular: (i) o

⁶⁹ ALEXY, Roberto. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. *Op. cit.*, p. 116-118.

⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. *Op. cit.*, pp. 110-111.

⁷¹ *Ibid.*, p. 111.

⁷² ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁷³ *Ibid.*, pp. 184-186.

⁷⁴ *Ibid.* p. 185.

princípio não possui fundamento normativo de validade e é incompatível com a Constituição de 1988; (ii) o princípio detém um conteúdo abstrato e indeterminável, que dificulta sua concretização; (iii) a aplicação do princípio é indissociável do interesse privado, uma vez que os interesses privados também compõem o interesse público; e (iv) o princípio é incompatível com a máxima da proporcionalidade⁷⁵.

Propõe, ao final, que o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular seja desconsiderado como princípio jurídico dotado de normatividade e, conseqüentemente, como o fundamento normativo e o critério distintivo do direito administrativo. Não podem a Administração ou o Judiciário exigir condutas de particulares com base em tal princípio⁷⁶.

Em vez de uma regra de prevalência absoluta, deve a Administração e o Judiciário, diante de uma colisão entre princípios, aplicar a máxima da proporcionalidade e suas três máximas parciais – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁷⁷ – para alcançar um ponto de otimização entre os interesses conflitantes. A promoção do *melhor* interesse público inclui, caso a caso, a ponderação entre direitos individuais e interesses difusos da sociedade⁷⁸.

1.4.2 A desconstrução do conceito passado de interesse público: a impossibilidade de alusão a um interesse público supremo e indisponível

A constatação da inexistência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o particular não conduz ao abandono do conceito de interesses comuns ou relevantes pelo direito administrativo⁷⁹. Existem interesses “públicos” (individuais, coletivos e difusos) a serem satisfeitos por meio da atividade administrativa. O conceito de interesse público também sofreu as influências do processo de constitucionalização do direito.

O conceito tradicional de interesse público (supremo e indisponível) vinculava-se a concepções de duas correntes filosóficas que se perpetuaram durante o século passado: o organicismo e o utilitarismo.

Para o organicismo, o interesse público seria algo superior e diferente ao somatório dos interesses particulares dos membros de uma comunidade política, enquanto, para

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 186-204.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 214.

⁷⁷ ALEXY, Roberto. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. *Op. cit.*, pp. 116-117.

⁷⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. *Op. cit.*, pp. 129-130.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. *Op. cit.*, p. 46.

o utilitarismo, ele confundir-se-ia com tais interesses, correspondendo a uma fórmula para a sua maximização⁸⁰.

O organicismo pressupõe a existência de um organismo coletivo axiologicamente superior à soma de todos os indivíduos⁸¹. O utilitarismo defende que a melhor solução para cada problema político-social é aquela capaz de promover, na maior medida, os interesses dos membros da sociedade⁸². Mas as duas correntes filosóficas são incompatíveis com a afirmação dos direitos fundamentais e da dignidade humana no Estado Democrático de Direito.

Isso porque tanto o organicismo quanto o utilitarismo destinavam-se a justificar, no âmbito do Estado Social, a imposição do bem-estar coletivo sobre as vontades individuais. Uma das principais expressões dessas correntes filosóficas era a desvinculação do interesse coletivo dos interesses individuais concretamente considerados. O ser humano não era visto como um fim em si mesmo, e sim como um meio para o alcance de objetivos coletivos, que transcendiam o conjunto das esferas individuais.

A prevalência do coletivo sobre o individual resultou na supressão da liberdade e da autonomia privada, além de constituir o suporte para a realização de projetos autoritários e totalitários de Estado.

A desvinculação entre a dimensão individual e o interesse público contém o germe do autoritarismo. É o primeiro passo para o reconhecimento de interesses supraindividuais de configuração totalitária e cuja lamentável afirmação se verificou nos regimes do nacional-socialismo alemão e do stalinismo⁸³.

A consagração de modelos democráticos de Estado acompanhou a elevação da dignidade humana ao centro axiológico e hermenêutico da produção normativa e da atividade administrativa estatais. O ser humano passou a ser compreendido como um fim em si mesmo, e não apenas como meio para o alcance de vontades supraindividuais.

Desse modo, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, não há que se aludir a um interesse público distinto e superior com relação à totalidade dos interesses individuais, nem a um interesse público que equivalha à totalidade dos interesses individuais. Tampouco se pode aludir a interesse público como o interesse do Estado ou o interesse do agente público ou, ainda, o interesse das maiorias⁸⁴.

⁸⁰ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público. *Op. cit.*, p. 52.

⁸¹ *Ibid.*, p. 53.

⁸² *Ibid.*, p. 59.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 42.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 43.

As vontades majoritárias são condicionadas à observância do valor intrínseco da existência humana. Não cabe, em um caso concreto, em prol da promoção de interesses supraindividuais, desconsiderar os direitos fundamentais de indivíduos concretamente considerados. A dignidade humana e os direitos fundamentais não cedem diante das pressões majoritárias.

Desse modo, perde sentido as justificativas morais e os modelos estatais propostos pelo organicismo e pelo utilitarismo, assim como perde sentido aludir-se à existência de um interesse público unitário e supraindividual, que seja supremo e indisponível.

1.4.3 As implicações da constitucionalização do direito administrativo: o conceito constitucionalizado de interesse público e a invalidação de atos administrativos

O conceito de interesse público, central no direito administrativo, foi submetido ao processo de constitucionalização do direito, de modo a se adequar aos novos paradigmas do Estado Democrático de Direito⁸⁵. Na atualidade, o núcleo normativo e axiológico do direito administrativo reside na afirmação da dignidade humana e na promoção dos direitos fundamentais⁸⁶.

Nesse contexto, o conceito de interesse público passou a traduzir o melhor interesse a ser adotado em um caso concreto, quando proporcionalmente ponderado à luz da dignidade humana e da realização dos direitos fundamentais⁸⁷.

No âmbito dos atos administrativos, essa transformação provocou profundas mudanças. Nos paradigmas tradicionais, reputava-se que o ato administrativo estaria vinculado à supremacia e à indisponibilidade do interesse público.

A afirmativa perdeu sentido diante dos novos paradigmas do direito administrativo. O ato administrativo, sob a Constituição de 1988, passou a ser instrumento de satisfação de necessidades coletivas e de promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais. O estudo das decorrências dessa transformação no âmbito das invalidades do ato administrativo será objeto desta monografia nos capítulos subsequentes.

⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. *Op. cit.*, p. 111. No mesmo sentido: MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 163.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 44.

⁸⁷ CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 1a ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, pp. 34 e ss.

1.5 A superação da concepção tradicional de legalidade administrativa: a ascensão da juridicidade administrativa

Outro paradigma tradicional do direito administrativo superado pela constitucionalização do direito é a noção estrita de legalidade administrativa, entendida como vinculação positiva da Administração à lei.

1.5.1 A crise da lei

Tradicionalmente, reputava-se que a atividade administrativa estava integralmente vinculada à lei. Ou seja, o agente público, no exercício de suas competências, atuava apenas de acordo com as condutas expressamente autorizadas pelas leis, nos limites por elas estabelecidos. Por isso, aludia-se a uma vinculação positiva da Administração à lei⁸⁸.

Distinguia-se, ainda, a atuação do agente público da atuação do agente privado, regido por uma vinculação negativa à lei. Ao agente privado é permitido se conduzir de todas as formas que a lei não proíba.

Mas a lei perdeu a relevância que ora detinha. Para além das perspectivas históricas e filosóficas apresentadas no item 1.3, Gustavo Binbenojm identifica outras quatro razões para a “crise da lei formal”, entendida como o movimento de perda de centralidade da lei no ordenamento jurídico, que acompanhou o movimento de expansão das normas constitucionais. Sua análise é mais aproximada da realidade do direito administrativo.

A primeira razão consiste na inflação legislativa. O excesso e a complexidade das leis, resultantes do mito positivista de completude do ordenamento jurídico e do aumento das funções atribuídas ao Estado Social, produziram uma banalização do uso da lei⁸⁹. Exemplo disso são as mais de 14 mil leis existentes no direito brasileiro.

A segunda razão corresponde à possibilidade de a atuação administrativa se pautar diretamente na Constituição. No direito administrativo, a Constituição passa a figurar como norma diretamente habilitadora das competências administrativas e a servir de critério imediato das decisões administrativas⁹⁰.

A terceira razão é a proliferação de atos normativos infraconstitucionais capazes de servirem de fundamento para a atuação administrativa. A própria Constituição cria espaço normativo primário para o Poder Executivo, por meio das medidas provisórias e das leis delegadas, e autoriza a existência de campos regulamentares autônomos, ressalvadas certas

⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. *Op. cit.*, p. 146.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 133-134.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 136-137.

hipóteses (CF, art. 84, VI, “a”). Desse modo, surgem novas esferas de normatização dotadas de maior velocidade e eficiência, e a lei deixa de ser o principal instrumento normativo para disciplinar a atuação administrativa⁹¹.

Por fim, a quarta razão consiste na constatação de que, na prática política, o Executivo controla o processo legislativo. No caso brasileiro, segundo Binenbojm, esse controle ocorre de três modos:

(i) através de reservas de iniciativa legislativa de matérias relevantes, como a vedação, inclusive, de emendas parlamentares que impliquem aumento de despesa (v. art. 61, § 1º, e art. 63 da CF); (ii) a possibilidade de trancamento da pauta de deliberações do Congresso Nacional por ato da Chefia do Executivo (art. 64, §§ 1º e 2º da CF), o que pode ocorrer, ainda, automaticamente, no caso de medida provisória não apreciada pelo Poder Legislativo em até quarenta e cinco dias de sua publicação (art. 62, § 6º, da CF, inserido pela EC nº 32/2001); e (iii) através da formação de sólidas bases parlamentares, capazes de aprovar qualquer projeto de interesse governamental⁹².

Um dos resultados da crise da lei foi o reconhecimento de que a multiplicidade das fontes normativas que compõem o ordenamento jurídico impede a redução da vinculação dos atos administrativos ao Direito a um tipo específico de norma jurídica: a lei, em sentido formal.

1.5.2 A afirmação da juridicidade administrativa

A atuação administrativa passou a se pautar em um conjunto mais amplo de normas jurídicas, que ultrapassam os limites da lei. A vinculação da Administração ao Direito se expressa em diferentes graus e abrange diferentes espécies normativas: a Constituição, as leis, os regulamentos gerais e os regulamentos setoriais⁹³.

Essa vinculação, portanto, ocorre em relação a esse bloco de legalidade, a que se denomina “juridicidade”⁹⁴, que passa a constituir o parâmetro de validade para a atuação administrativa. A juridicidade engloba a legalidade e, assim, rechaça a imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração. Reconhecer juridicidade a um ato administrativo significa, dentre outros aspectos, reconhecer a validade, para o Direito, dos efeitos produzidos por ele.

Nesse contexto, a atividade administrativa passa a realizar-se: (i) segundo a lei (atividade *secundum legem*); (ii) segundo a Constituição, de modo independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*); ou (iii) segundo o Direito, ainda que contra a lei, mas com

⁹¹ *Ibid.*, pp. 138-139.

⁹² *Ibid.*, p. 140.

⁹³ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade.** *Op. cit.*, pp. 440 e ss.

⁹⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** *Op. cit.*, p. 147.

fundamento normativo em uma ponderação proporcional da legalidade com outros princípios constitucionais, a partir de uma aplicação otimizada da Constituição (atividade *contra legem*)⁹⁵.

1.5.3 A juridicidade administrativa *contra legem*

A atividade administrativa que se desenvolve segundo o Direito, ainda que contra a lei, contém aspectos relevantes para esta monografia.

Nessa hipótese, reconhece-se juridicidade aos efeitos produzidos por atos administrativos editados de modo incompatível com a lei, mas normativamente fundados na Constituição. Em outras palavras: apesar de o ato estar em desconformidade com as normas jurídicas veiculadas por uma lei, em sentido formal, reconhece-se a conformidade do ato com normas jurídicas produzidas a partir de uma aplicação otimizada da Constituição, por motivos geralmente relacionados à segurança jurídica⁹⁶.

1.5.4 A afirmação da segurança jurídica como princípio constitucional

A possibilidade de reconhecimento da juridicidade *contra legem* de atos administrativos acompanhou a afirmação da segurança jurídica, em acepção subjetiva de proteção à confiança, como princípio jurídico dotado de normatividade, na forma de um subprincípio do Estado de Direito.

A definição de segurança jurídica envolve o conhecimento de suas acepções objetivas e subjetivas, conforme ensinado por Almiro do Couto e Silva. Confira-se:

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos frequentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro, tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5º, XXXVI. A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação⁹⁷.

Portanto, em acepção objetiva, a segurança jurídica está ligada à garantia de estabilidade jurídica, de segurança de orientação e de realização do direito. Em acepção subjetiva, a

⁹⁵ *Ibid.*, p. 148.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 183.

⁹⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. 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). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Op. cit.*, p. 540.

segurança jurídica se apresenta sob a forma de proteção à confiança e se expressa na calculabilidade e na previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos produzidos por atos oriundos do Estado⁹⁸.

No direito brasileiro, o aspecto objetivo da segurança jurídica foi expressamente consagrado no art. 5º, XXXVI, da Constituição. O aspecto subjetivo da segurança jurídica, por outro lado, foi reconhecido paulatinamente pela jurisprudência do STF no início do s. XXI.

Almiro do Couto e Silva destaca três processos, de relatoria do Min. Gilmar Mendes que conduziram à concepção do aspecto subjetivo da segurança jurídica⁹⁹: a Pet 2.900 – QO, o MS 24.268/MG e o MS 22.357/DF.

No primeiro caso¹⁰⁰, julgado em 2003, tratou-se de medida cautelar pleiteada no âmbito de um recurso extraordinário interposto em face de acórdão do TRF-4. A recorrente era estudante de Direito e pretendia ter reconhecida a validade da transferência de sua matrícula de uma universidade federal para outra, em razão de sua aprovação em concurso público. O TRF-4 reformou a sentença de primeiro grau e denegou a segurança. Na ocasião da interposição do recurso extraordinário, a estudante estava prestes a concluir a faculdade de direito.

A 2ª Turma do STF deu provimento à cautelar, com base no princípio da segurança jurídica, referida como “subprincípio do Estado de Direito”, para reconhecer a validade da transferência de matrícula efetuada pela estudante entre as universidades federais¹⁰¹. Entendeu-se que o fato de a estudante estar prestes a concluir a faculdade configura situação consolidada: eventual invalidação do ato geraria prejuízos graves e atingiria legítimas expectativas cultivadas pela estudante quanto a sua vida acadêmica e profissional. Confirma-se trecho do voto do Rel. Min. Gilmar Mendes:

Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. art. 22).

Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material.

⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. *Op. cit.*, p. 257.

⁹⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. 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). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. *Op. cit.*, pp. 553-559.

¹⁰⁰ BRASIL. STF, Pet 2.900-3 QO, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2003.

¹⁰¹ COUTO E SILVA, Almiro do. 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). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. *Op. cit.*, p. 553-554. Obs.: posteriormente, a cautelar foi ratificada.

Tendo em vista todas essas considerações e a peculiar situação jurídica da ora recorrente, preste a concluir o curso de direito na UFRGS (conforme consta das razões recursais, em outubro de 2002, a requerente cursava o 8º semestre), defiro a tutela cautelar, ad referendum da 2ª Turma, para dar efeito suspensivo ao recurso extraordinário, até seu final julgamento nesta Corte¹⁰².

No segundo caso¹⁰³, de 2004, tratou-se de mandado de segurança impetrado por um pensionista, na condição de beneficiário adotado, em face de ato unilateral do Tribunal de Contas da União (TCU) que cancelou o pagamento de sua pensão especial, concedida há dezoito anos, sob o argumento de que a adoção do beneficiário não fora comprovada por instrumento jurídico adequado. O TCU entendeu que o ato de adoção era nulo porque o beneficiário supostamente teria simulado sua adoção a fim de preservar a pensão previdenciária. A impetrante alegou que o ato impugnado era “atentatório contra os direitos à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal, ao direito adquirido e à coisa julgada”.

O Plenário do STF, por maioria, concedeu a segurança. Na fundamentação, a decisão reconheceu a violação ao contraditório e à ampla defesa, uma vez que o ato do TCU foi unilateral e não permitiu a participação do beneficiário¹⁰⁴. Mesmo que o princípio da segurança jurídica não tenha sido diretamente reconhecido no caso, destaca-se trecho no voto do Min. Gilmar Mendes em que se cogita da possibilidade de aplicá-lo:

É possível que, no caso em apreço, fosse até de se cogitar da aplicação do princípio da segurança jurídica, de forma integral, de modo a impedir o desfazimento do ato. Diante, porém, do pedido formulado e da ‘causa pretendi’ limito-me aqui a reconhecer a forte plausibilidade jurídica desse fundamento¹⁰⁵.

No terceiro caso¹⁰⁶, também de 2004 e novamente em mandado de segurança contra acórdão do TCU, discutiu-se a validade da manutenção de atos de admissão de empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista sem a realização de concurso público, em afronta ao art. 37, I e II, da Constituição. Na época, havia controvérsia sobre a submissão de empresas públicas e sociedades de economia mista à exigência de concurso público. O acórdão impugnado do TCU, de 1991, determinou à empresa estatal, a Infraero, que

¹⁰² STF, Pet 2.900-QO, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2003 – grifo próprio.

¹⁰³ STF, MS 24.268/MG, Plenário, rel. Min. Ellen Gracie, red. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, j. 05.02.2004, DJe 17.09.2004.

¹⁰⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. 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). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Op. cit.*, pp. 554-555.

¹⁰⁵ STF, MS 24.268/MG, Plenário, rel. Min. Ellen Gracie, red. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, j. 05.02.2004, DJe 17.09.2004.

¹⁰⁶ STF, MS 22.357/DF, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2004, p. 05.11.2004.

regularizasse 366 atos de admissão, sob pena de nulidade¹⁰⁷. Mas, entre os anos de 1991 e 2004, os 366 servidores admitidos assumiram seus cargos, cumpriram seus deveres e receberam seus subsídios.

Por unanimidade, o Plenário do STF concedeu a segurança para manter válidos os atos de admissão dos empregados com base no princípio da segurança jurídica. Confirma-se a ementa do julgado:

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. **5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público.** 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa-fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. **8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes.** 9. Mandado de Segurança deferido¹⁰⁸.

Anteriormente a essas três decisões, o STF já havia se manifestado em favor da manutenção da validade de efeitos jurídicos produzidos por atos administrativos inválidos. Mas, como explica Almiro do Couto e Silva¹⁰⁹, essas decisões passadas se sustentavam em constatações meramente fáticas, que reconheciam a irreversibilidade de situações já consolidadas e a impossibilidade de alterá-las.

A grande novidade desses julgados foi o reconhecimento da normatividade do princípio da segurança jurídica, em sua vertente subjetiva de proteção à confiança, concebido como subprincípio do Estado de Direito e capaz de atribuir juridicidade a tais constatações fáticas e jurídicas em que se demonstrava impossível alterar situações já consolidadas¹¹⁰.

¹⁰⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. 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). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Op. cit.*, p. 555-557.

¹⁰⁸ STF, MS 22.357/DF, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2004, p. 05.11.2004 – grifo próprio.

¹⁰⁹ COUTO E SILVA, Almiro do. 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). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Op. cit.*, p. 557-558.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 559.

1.6 O ato administrativo diante dos novos paradigmas do direito administrativo

Os reflexos dos novos paradigmas do direito administrativo também recaíram sobre a concepção do ato administrativo. A superação do princípio da supremacia do interesse público e da vinculação positiva da Administração à lei, bem como a afirmação da juridicidade administrativa e do princípio da segurança jurídica abriram caminho para a contestação de certos pressupostos relativos ao ato administrativo.

No direito comparado, ressaltam-se as críticas consignadas em duas obras portuguesas: “A fuga para o direito privado”, em que Maria João Estorninho discorre sobre a crise do ato administrativo¹¹¹, e “Em busca do ato administrativo perdido”, de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva¹¹². No Brasil, destaca-se o artigo de Floriano de Azevedo Marques Neto, “A superação do ato administrativo autista”¹¹³, que servirá como marco referencial para este subtópico.

1.6.1 O ato administrativo alienado

Em sua obra, Floriano de Azevedo Marques Neto sustenta que nos paradigmas tradicionais do direito administrativo vigorava uma versão “autista” do ato administrativo, em vista do “déficit de comunicação com o meio ambiente cultural, social, econômico; sua absoluta indiferença para com os administrados e com a sociedade que, em última instância, são destinatários e razão de ser da prática destes atos”¹¹⁴.

Porém, para evitar qualquer constrangimento, proponho a substituição do termo “autista” por “alienado” para caracterizar a versão passada do ato administrativo. Afinal, o ato “alienado” pode assumir as mesmas características que marcam o ato “autista”, vide o déficit de comunicação ambiental e a indiferença para com os administrados e as circunstâncias.

O ato administrativo alienado pressupunha que todos os elementos de sua existência, de sua validade e de sua eficácia encontravam-se dentro do regime jurídico administrativo. A edição do ato administrativo era tarefa interna à Administração e devia se efetivar “de modo impenetrável e impermeável aos interesses do administrado”¹¹⁵. O ato administrativo era o ato da Administração, usado como instrumento para a consecução de seus objetivos. Ele se

¹¹¹ ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996.

¹¹² SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2006.

¹¹³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). **Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 96.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 97.

vinculava estritamente à vontade da autoridade, que detinha o poder atribuído à Administração de enunciar o interesse público no caso concreto, que deveria prevalecer *a priori* sobre qualquer outro interesse.

Além disso, o ato administrativo alienado dependia de uma perspectiva positivista de Direito. Presumia que as leis, em sentido formal, detinham máxima completude e serviam como parâmetros exclusivos de validade para sua edição¹¹⁶. A legalidade administrativa se alçava a um pedestal do qual não cabiam derrogações. Era impensável, nesse contexto, qualquer manifestação administrativa *contra legem*: o ato administrativo se vinculava estritamente ao comando legal. Por isso, qualquer violação à lei deveria acarretar o desfazimento do ato e de todos seus efeitos.

Sob certa perspectiva, a concepção da versão alienada do ato administrativo é reflexo do descolamento inicial do direito administrativo com relação aos demais ramos do direito, notadamente ao direito constitucional. A partir de 1988, pelos motivos anteriormente apresentados, o conceito de ato administrativo também foi alinhado aos fins constitucionais e aos novos paradigmas do Estado Democrático de Direito.

1.6.2 O ato administrativo constitucionalizado

Com a Constituição de 1988, a alienação do ato administrativo passou a dificultar a formulação de respostas para as questões surgidas na doutrina e na prática jurisprudencial. Uma dessas questões envolve justamente a preservação dos efeitos produzidos por atos administrativos viciados, quando da consolidação de situações irreversíveis e, portanto, da impossibilidade de retorno à situação fática existente no momento anterior à edição do ato.

O ato administrativo constitucionalizado é aquele que resulta do constitucionalismo democrático, que atingiu o direito administrativo. A partir de 1988, consagram-se soluções para sujeitar o ato administrativo à incidência de princípios constitucionais, como o da proporcionalidade e o da segurança jurídica e à observância aos deveres de motivação, de transparência e dos desafios inerentes à participação popular e à integração social¹¹⁷.

Floriano de Azevedo Marques Neto identifica três vetores que expressam a superação da versão alienada do ato administrativo: (i) a processualidade administrativa, que decorre do direito fundamental (CF, art. 5º, LV) ao devido processo administrativo, por meio do qual admitem-se a consideração dos interesses dos administrados e rejeitam-se manifestações puramente unilaterais da Administração Pública, bem como a adoção de interpretações

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 98.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 108.

legalistas, que desprezem as circunstâncias do caso concreto; (ii) a introdução de consensualidade na prática administrativa, como instrumento para a obtenção de maior efetividade no desempenho das funções administrativas; e (iii) a possibilidade de exercício de um controle ampliado sobre os atos administrativos, que se fundamente não só na inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), mas também nos princípios que regem a Administração Pública (CF, art. 37, caput), que servem como parâmetro para o controle legislativo e de contas¹¹⁸.

2. A INVALIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS E A ORIENTAÇÃO DA SÚMULA 473 DO STF

A compreensão da invalidade de atos administrativos envolve o conhecimento de noções prévias a respeito de sua existência e eficácia, bem como do modo como a teoria das invalidades se desenvolveu no âmbito do direito administrativo brasileiro.

Este capítulo se dedica a abordar esses temas à medida em que promove um maior detalhamento do objeto de pesquisa desta monografia, a partir da apresentação da Súmula 473 do STF, de seus pressupostos e de suas implicações doutrinárias.

2.1 Noções gerais sobre atos administrativos

O ato administrativo é uma criação francesa que, no s. XIX, serviu ao Conselho de Estado¹¹⁹ para identificar as matérias submetidas ao contencioso administrativo¹²⁰.

Em outras palavras, o ato administrativo surgiu como um dos instrumentos aptos a diferenciar a aplicabilidade do regime jurídico de direito público da aplicabilidade do regime jurídico de direito privado, o que era necessário, na França, para a definição da competência dos tribunais administrativos.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 108-112.

¹¹⁹ Sabe-se que o Estado francês adota, até os dias atuais, o modelo dual de jurisdição, no qual coexistem um contencioso jurisdicional, a cargo do Poder Judiciário, e um contencioso administrativo, a cargo do Poder Executivo. Por meio de seus tribunais administrativos, a própria Administração Pública francesa julga as lides das quais participa.

¹²⁰ HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das nulidades do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 26-27.

2.1.1 O conceito de ato administrativo

O esforço teórico para a definição de atos administrativos reproduz tendência histórica de particularização desses atos no conjunto dos atos jurídicos, especialmente com relação a aspectos de sua composição e a condições de validade e eficácia no mundo jurídico¹²¹.

Uma adequada definição de ato administrativo, além de abranger sua especialidade com relação ao ato jurídico, indica sua vinculação à função administrativa do Estado¹²² – entendida como o “[...] conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de direitos fundamentais oponíveis ao Estado, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente [...]”¹²³.

Assim, para os fins desta monografia, considerar-se-á ato administrativo “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”¹²⁴.

O ato administrativo é normativamente fundado na lei, no ato normativo infralegal ou na própria Constituição e está vinculado à concretização de direitos fundamentais e à satisfação de necessidades coletivas¹²⁵, ainda que de modo indireto.

Os efeitos produzidos pelo ato administrativo podem ser tanto a mera execução de um comando contido em uma norma jurídica quanto a criação de uma nova norma jurídica¹²⁶, isto é, de um novo padrão de conduta, que exprima uma ordem, uma permissão ou uma atribuição de competência¹²⁷.

Ressalte-se que não se confunde ato administrativo com a produção jurídica típica dos Poderes Legislativo e Judiciário, no exercício das funções legislativa e jurisdicional do Estado – as leis e as decisões judiciais¹²⁸. O que não significa que o Legislativo e o Judiciário não editem atos administrativos, quando necessário, no exercício da função administrativa do Estado.

¹²¹ CÂMARA, Jacintho Arruda. O que é o ato administrativo? A visão microscópica da atuação administrativa. **In:** SUNDFELD, Carlos Ari et al. *Curso de Direito Administrativo em ação – Casos e Leituras para Debates*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, pp. 197-199.

¹²² *Ibid.*, p. 197.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. *Op. cit.*, p. 17.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 209.

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. *Op. cit.*, p. 151.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 150.

¹²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, pp. 16-18.

¹²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. *Op. cit.*, p. 313.

São exemplos de atos administrativos: a homologação de uma licitação ou de um concurso público; a nomeação de um servidor público; a licença para que um motorista dirija seu automóvel; o alvará para o funcionamento de um estabelecimento.

2.1.2 O ato administrativo perfeito

Como todos os atos jurídicos, o ato administrativo é um fato jurídico e existe no mundo jurídico. Pontes de Miranda enunciava: “[s]er fato jurídico é existir no mundo jurídico. [...]. Dentro dele há o plano da existência, o plano da validade e o plano da eficácia”¹²⁹.

O ato administrativo perfeito é aquele que completa seu ciclo de formação e se manifesta em cada plano do fato jurídico¹³⁰.

Ele existe quando apresenta elementos suficientes para ser considerado no mundo jurídico¹³¹. Ele é válido quando preenche os requisitos exigidos para tanto¹³². Ele é eficaz quando irradia seus efeitos e cria direitos¹³³.

2.1.3 A composição dos atos administrativos

A composição dos atos administrativos é motivo de muitos debates entre os juristas¹³⁴. Mas costuma-se identificar cinco elementos essenciais para sua existência: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade¹³⁵. A validade dos atos administrativos se verifica quando seus elementos são compatíveis com os modelos contidos em normas jurídicas¹³⁶.

2.2 A eficácia dos atos administrativos

A eficácia dos atos administrativos é a sua aptidão para produzir efeitos jurídicos, que consistem ora na mera execução de uma norma jurídica antecedente, ora na criação de uma nova norma jurídica¹³⁷.

¹²⁹ MIRANDA, Pontes de. Atual. de Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. **Tratado de direito privado**. Tomo 5: Eficácia jurídica, direitos e ações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 69.

¹³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. *Op. cit.*, p. 316.

¹³¹ MIRANDA, Pontes de. Atual. de Judith Martins-Costa, Gustavo Haical, Jorge Cesar Ferreira da Silva. **Tratado de direito privado**. Tomo 1: Pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

¹³² MIRANDA, Pontes de. Atual. de Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. **Tratado de direito privado**. Tomo 4: Validade, nulidade e anulabilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 61.

¹³³ MIRANDA, Pontes de. Atual. de Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. **Tratado de direito privado**. Tomo 5: Eficácia jurídica, direitos e ações. *Op. cit.*, p. 59.

¹³⁴ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. *Op. cit.*, p. 170.

¹³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. *Op. cit.*, pp. 214 e ss. No mesmo sentido: MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. *Op. cit.*, pp. 170 e ss.

¹³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 157.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 150.

Sobre a eficácia dos fatos jurídicos em geral, Pontes de Miranda ensinava que o ordenamento jurídico determina “desde onde e até onde se opera a eficácia dos fatos jurídicos, qual a sua qualidade e qual a sua intensidade”¹³⁸.

O ordenamento jurídico, em normas esparsas, atribui eficácia diferenciada aos atos administrativos¹³⁹ – o que se manifesta principalmente quando seus efeitos resultam na criação de normas jurídicas. Para os fins desta monografia, empreender-se-á a seguir um estudo mais detalhado sobre o grau de intensidade da eficácia dos atos administrativos.

2.2.1 O grau de intensidade da eficácia dos atos jurídicos em geral

A eficácia dos atos jurídicos, em geral, apresenta três graus de intensidade, de acordo com a exigibilidade dos direitos neles contidos: mínima, média e máxima.

O grau mínimo de eficácia se verifica quando um ato jurídico produz o surgimento de uma relação jurídica, da qual emergem direito subjetivo e dever jurídico, sem, contudo, conferir às partes a possibilidade de exigir de terceiros a satisfação de uma prestação específica¹⁴⁰.

O grau médio de eficácia ocorre quando o sujeito ativo passa a dispor da faculdade de exigir o cumprimento da prestação perante o Poder Judiciário. Ela se manifesta quando se verifica o evento fático que a lei ou a vontade das partes previram como condição para a exigibilidade. O sujeito ativo adquire a pretensão de exigir o cumprimento de uma prestação específica. O sujeito passivo, por outro lado, sujeita-se à satisfação de tal prestação¹⁴¹.

O grau máximo de eficácia se traduz no poder jurídico para adotar providências para a satisfação do direito subjetivo. A eficácia máxima se aperfeiçoa quando a prestação exigível não for espontaneamente satisfeita pela parte a quem incumbe a sua execução, no tempo, lugar e modo previstos¹⁴².

2.2.2 A disciplina da eficácia no direito privado

No direito privado, é usual que os atos jurídicos se aperfeiçoem com eficácia mínima, ou seja, a exigibilidade de um direito subjetivo, nascido de uma relação jurídica produzida por um ato jurídico, é condicionada a acontecimento futuro, certo ou incerto¹⁴³.

Quando atingido tal acontecimento futuro, os atos jurídicos podem atingir um grau médio de eficácia, consistente na exigibilidade de uma prestação ou de uma conduta. A parte

¹³⁸ MIRANDA, Pontes de. Atual. de Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. **Tratado de direito privado**. Tomo 5: Eficácia jurídica, direitos e ações. *Op. cit.*, p. 63.

¹³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 158.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.*, p. 159.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 158.

titular do direito subjetivo passa a dispor de pretensão jurídica perante o Judiciário para obrigar a parte devedora ao cumprimento de uma prestação¹⁴⁴.

2.2.3 A disciplina da eficácia no direito administrativo

Existem distinções entre o direito privado e o direito público, no tocante à disciplina da eficácia do ato jurídico.

De modo genérico, os atos administrativos são dotados, no seu momento de aperfeiçoamento, de eficácia mínima. No entanto, há hipóteses em que o Direito determina que o ato administrativo nasça já com eficácia média. Por exemplo: um contrato administrativo de colaboração que preveja que o particular realize uma prestação específica a partir de uma determinada data. No dia subsequente, a Administração adquire a pretensão de exigir o adimplemento da prestação perante o Judiciário¹⁴⁵.

E há casos em que o ato administrativo é dotado de eficácia máxima. No exemplo anterior, o grau máximo de eficácia se verificaria após o prazo para o adimplemento espontâneo da prestação prevista no contrato administrativo.

Portanto, uma distinção fundamental entre atos jurídicos e atos administrativos consiste em que o ordenamento jurídico admite que, em certas hipóteses, a Administração adote diretamente as medidas concretas para obter a satisfação de seu interesse. Essa alternativa é vedada, como regra, no âmbito das relações jurídicas entre sujeitos privados¹⁴⁶.

Significa que a Administração, ao editar seus atos, nas situações previstas pelo ordenamento jurídico, tem o poder de exigir coativamente uma conduta da parte com quem se relaciona, quando vencido o prazo para o adimplemento voluntário de uma obrigação, independentemente de prestação jurisdicional¹⁴⁷.

São exemplos dessas situações, dentre outras hipóteses: as medidas autoexecutórias permitidas à Administração em contratos administrativos (como a retenção de uma caução, a encampação, a utilização de equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução de um contrato etc.); e as competências em matéria de poder de polícia (apreensão de mercadorias, fechamento de estabelecimentos comerciais, cassação de licença para dirigir, a demolição de prédio que ameaça ruir etc.)¹⁴⁸.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 158-159.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 159.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 242.

2.3 Os atributos do ato administrativo

A questão da eficácia dos atos administrativos se relaciona com o tema usualmente denominado de “atributos”. Alude-se a “atributos do ato administrativo” para indicar efeitos jurídicos diferenciados que são a ele reconhecidos¹⁴⁹.

2.3.1 A autoexecutoriedade

A autoexecutoriedade é compreendida como atributo dos atos administrativos. Consiste no poder jurídico atribuído à Administração de executar um ato administrativo sem a intervenção do Poder Judiciário¹⁵⁰.

A possibilidade¹⁵¹ de atribuição de eficácia máxima a atos administrativos se justifica pela constatação de que seria inviável o desempenho da função administrativa do Estado e a satisfação de necessidades coletivas, se a Administração dependesse da intervenção do Judiciário toda vez que precisasse impor os efeitos jurídicos produzidos por um ato seu¹⁵².

2.3.2 A presunção relativa de legitimidade

Outro atributo do ato administrativo consiste na presunção relativa de legitimidade. Isso significa que se reconhece, como regra, que o ato administrativo é válido, independentemente da necessidade de um provimento jurisdicional ou de uma formalidade a ele externa. Daí decorre a sua aptidão para produzir efeitos vinculantes a terceiros¹⁵³.

A presunção de legitimidade do ato administrativo é relativa. Isso se traduz na inversão do ônus da prova. Não incumbe à Administração provar a validade do ato administrativo, mas cabe ao sujeito interessado o ônus de provar a sua invalidade.

Segundo Marçal Justen Filho, a presunção de legitimidade compreende:

- (i) a avaliação e a qualificação jurídica dos fatos relevantes para um caso; (ii) a afirmação quanto à ocorrência de fatos relevantes; e (iii) a avaliação da oportunidade e da conveniência compreendidas nas competências discricionárias atribuídas à Administração¹⁵⁴.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 210 e ss.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 212.

¹⁵¹ Nem todos os atos administrativos são dotados de máxima eficácia, por isso aludir-se a “possibilidade”. Pode haver atos administrativos dotados de eficácia mínima ou média. A atribuição de eficácia máxima a atos administrativos é hipótese que deve ser prevista normativamente e observar a legalidade, a proporcionalidade e o devido processo administrativo.

¹⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 159.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 160.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 161.

Mas a presunção é apenas relativa, e não vincula a terceiros de modo absoluto. Todo ato administrativo pode ser revisado pelo Poder Judiciário, no âmbito do controle externo da atividade administrativa, como se verá adiante.

De todo modo, uma importante expressão da presunção relativa de legitimidade é a estabilização de expectativas. O sujeito que observa o conteúdo de um ato administrativo confia que esse conteúdo é juridicamente regular porque foi editado pela Administração Pública.

2.4 O controle da atividade administrativa

A edição de atos administrativos, dotados de máxima eficácia e de presunção relativa de legitimidade, deve estar sempre vinculada à observância da legalidade, da proporcionalidade e do devido processo administrativo¹⁵⁵. Conforme mencionado, a desconformidade do ato com as normas jurídicas que o disciplina gera sua invalidade, isto é, sua inaptidão para produzir efeitos no mundo jurídico.

2.4.1 O controle interno da atividade administrativa: o poder-dever de autotutela

Por isso, a edição de atos administrativos está atrelada ao constante exercício do controle interno da atividade administrativa, realizado no âmbito interno de cada Poder estatal.

Maria Sylvia Di Pietro define o controle interno como “o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação”¹⁵⁶.

O controle interno é exercido em duas ordens de competência: a primeira, dentro do próprio órgão administrativo; a segunda, pelo órgão administrativo hierarquicamente superior¹⁵⁷.

Dessa forma, quando a Administração, no exercício do controle interno, verifica a inoportunidade ou a inconveniência de um certo ato administrativo, ela tem o poder-dever de promover a revogação desse ato.

Quando a Administração, também no exercício do controle interno, verifica a existência de um vício em um certo ato administrativo, que contrarie a norma jurídica que o disciplina, ela tem o poder-dever de promover a invalidação desse ato.

Importa, para os fins desta monografia, aprofundar o estudo sobre a invalidade dos atos administrativos e suas consequências jurídicas, o que será feito adiante.

¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 164-165.

¹⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 911.

¹⁵⁷ *Ibid.*

2.4.2 O controle externo da atividade administrativa

Outra espécie de controle estatal sobre a legalidade e a conveniência da atividade administrativa é o controle externo, realizado por um Poder estatal sobre o outro.

Trata-se, de acordo com Marçal Justen Filho, do “poder-dever atribuído constitucionalmente e instituído por lei como competência específica de certos Poderes e órgãos, tendo por objeto identificar e prevenir defeitos ou aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias”¹⁵⁸.

São espécies de controle externo: o controle parlamentar direto, o controle exercido pelos Tribunais de Contas, o controle exercido pelo Ministério Público e o controle jurisdicional¹⁵⁹.

Em todos os casos, há um limite na competência do ente revisor, em respeito à separação de poderes. No exercício do controle externo, não pode um Poder assumir diretamente o desempenho da atividade controlada, de competência do outro Poder. Existe um conteúdo mínimo da atividade administrativa que não se submete à revisão pelo controlador externo: esse conteúdo mínimo consiste no mérito do ato administrativo¹⁶⁰.

Mas o alcance dessa vedação é tema em disputa e existem ressalvas importantes quanto à intangibilidade do mérito do ato administrativo. Progressos recentes na doutrina e na jurisprudência demonstram que nem sempre o mérito do ato administrativo é impossível de ser judicialmente revisado¹⁶¹. No entanto, esta monografia, em respeito aos seus fins, não pretende adentrar nas minúcias desses debates.

2.5 A invalidade de atos administrativos

A invalidade é uma “desconformidade do ato administrativo concretamente praticado com valores jurídicos fundamentais, protegidos pelo ordenamento jurídico”¹⁶².

A desconformidade pode ser de natureza vertical ou horizontal. Ela é vertical quando viola normas jurídicas constitucionais, infraconstitucionais (leis) e infralegais (regulamentos). Ela é horizontal quando incompatível com atos anteriormente editados ao longo de um procedimento administrativo¹⁶³.

¹⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 741.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. *Op. cit.*, pp. 924-925.

¹⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. *Op. cit.*, pp. 205-254.

¹⁶² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 189.

¹⁶³ *Ibid.*

A desconformidade do ato com o modelo contido em uma norma jurídica conduz à não incidência dos efeitos previstos no conteúdo da norma jurídica¹⁶⁴. Nesse sentido, confira-se a doutrina de Hans Kelsen:

A ordem jurídica [...] pode atribuir poder a quem quer que seja para decidir se algo que surge com a pretensão de ser uma norma jurídica tem objetivamente esta significação, quer dizer: se a norma foi produzida pela forma determinada pela ordem jurídica e com o conteúdo por esta mesma ordem jurídica fixado, e, portanto, se é vinculante para ele¹⁶⁵.

A invalidade é reconhecida a partir de uma decisão expressa da Administração Pública ou do Poder Judiciário. A Administração invalida seus atos no exercício do controle interno da atividade administrativa. O Judiciário invalida atos administrativos, quando provocado, no exercício do controle externo da atividade administrativa.

Ainda, cumpre destacar que a decisão invalidatória tem natureza constitutiva, e não meramente declaratória¹⁶⁶.

2.5.1 A ausência de confusão entre os planos do ato administrativo

O ato administrativo produz efeitos jurídicos até sua declaração de invalidade. Depois de invalidado, o ato cessa a produção de efeitos de modo retroativo ou prospectivo, a depender do tipo de invalidade, como se verá. Apesar de a invalidade preceder a ineficácia, as duas figuras não se confundem¹⁶⁷.

No direito brasileiro¹⁶⁸, tampouco se confundem invalidade e inexistência¹⁶⁹. O ato inválido é um ato existente. A inexistência se manifesta no plano de existência do ato, que precede o plano de validade, e se configura quando o ato não dispõe de elementos suficientes para existir no mundo jurídico. Trata-se, portanto, de uma insuficiência¹⁷⁰.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 190. Obs.: distingue-se a invalidade da ilegalidade. Na ilegalidade, a conduta praticada se identifica com um modelo contido em uma norma jurídica e acarreta a aplicação de uma sanção.

¹⁶⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 307.

¹⁶⁶ MIRANDA, Pontes de. Atual. de Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. **Tratado de direito privado**. Tomo 4: Validade, nulidade e anulabilidade. Op. cit., 2012, p. 147.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 92.

¹⁶⁸ Mais adiante, quando se analisar as contribuições do direito comparado, será demonstrado que invalidade e inexistência se confundem no ordenamento jurídico de determinados países europeus.

¹⁶⁹ MIRANDA, Pontes de. Atual. de Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. **Tratado de direito privado**. Tomo 4: Validade, nulidade e anulabilidade. Op. cit., p. 91.

¹⁷⁰ MIRANDA, Pontes de. Atual. de Judith Martins-Costa, Gustavo Haical, Jorge Cesar Ferreira da Silva. **Tratado de direito privado**. Tomo 1: Pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 184.

2.5.2 A ausência de confusão entre os conceitos de ato viciado e ato inválido

Ainda, faz-se mister distinguir o “ato inválido” do “ato viciado”. As expressões são confundíveis em decorrência de uma semelhança que compartilham: a existência de uma desconformidade em um ato concreto com relação a uma prescrição normativa.

O ato administrativo possui um vício quando apresenta uma desconformidade com relação ao modelo contido em uma norma jurídica, que lhe serve de fundamento de validade. A constatação de que um ato contém um vício ocorre por meio de um juízo¹⁷¹.

O ato administrativo é inválido quando, por consequência de conter um vício, foi objeto de um segundo ato, editado por órgão competente, com a finalidade de desconstituí-lo e de expulsar seus efeitos do sistema jurídico¹⁷².

O juízo que verifica a existência de um vício no ato administrativo é condição necessária para a invalidação, mas não é suficiente por si só. Pode haver um juízo que verifique um vício no ato administrativo, mas que não seja seguido da invalidação. Ou seja, a invalidade não é decorrência lógica do juízo constatador do vício¹⁷³.

Os atos administrativos viciados são atos válidos e só perdem essa qualificação após a manifestação de um órgão competente que os invalide. A decisão invalidatória tem natureza constitutiva e decorre de uma manifestação normativa. Até a invalidação, portanto, o ato administrativo viciado produz efeitos, que podem ser de natureza jurídica ou fática¹⁷⁴.

Mas as próprias normas jurídicas podem admitir que, em determinados casos, alguns atos administrativos viciados permaneçam válidos para o Direito. As normas também podem permitir que a decisão invalidatória autorize que alguns dos efeitos produzidos pelo ato administrativo viciado se mantenham válidos¹⁷⁵.

É justamente nesse ponto que reside algumas das principais problemáticas desta monografia: saber quando um ato viciado deve ter seus efeitos mantidos válidos pela decisão invalidatória; quais efeitos fáticos e jurídicos podem ser preservados; e qual o meio apropriado para se promover tal preservação. E mais: identificar as normas jurídicas que fundamentam essas possibilidades no ordenamento jurídico brasileiro¹⁷⁶.

¹⁷¹ CÂMARA, Jacintho Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. **R. bras. de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 9, n. 18, jul./dez. 2020, p. 27.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 28.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Esses objetivos serão atingidos no Capítulo 3.

Desde logo, cabe esclarecer que as soluções admitidas envolvem o grau de invalidez verificado no ato administrativo concreto e as consequências jurídicas que decorrem de suas manifestações.

2.5.3 Os graus de invalidez do ato administrativo

A disciplina relativa à invalidez dos atos jurídicos se desenvolveu, por muitos anos, no âmbito do direito privado. O direito administrativo moderno incorporou, em certa medida, as soluções consolidadas naquele ramo do direito, notadamente os dois graus de invalidez correspondentes aos vícios de nulidade e de anulabilidade.

Dessa forma, antes de tratar dos graus de invalidez dos atos administrativos, faz-se imprescindível descrever como os graus de invalidez foram originalmente concebidos no direito privado.

2.5.4 Os graus de invalidez do ato jurídico no direito privado

No direito privado, distinguem-se duas espécies de invalidez que representam grau diverso de reprovação ao vício que macula um certo ato jurídico: a nulidade e a anulabilidade¹⁷⁷.

A nulidade (ou nulidade absoluta) é a espécie mais grave de invalidez e se verifica quando o vício do ato lesiona interesses indisponíveis ou interesses disponíveis de sujeitos indeterminados¹⁷⁸. A gravidade do vício impõe a necessidade de uma resposta do ordenamento jurídico que seja capaz de restaurar o estado de coisas anterior à existência do ato.

Por isso, a nulidade é dotada de qualidades especiais: (i) ela é insanável; (ii) pode ser declarada de ofício; e (iii) opera efeitos retroativos, *ex tunc*, para desconstituir os efeitos pretéritos produzidos pelo ato enquanto ele não era considerado inválido¹⁷⁹.

A anulabilidade (ou nulidade relativa), por sua vez, representa espécie menos grave de invalidez e se verifica quando o vício contido no ato lesiona interesses disponíveis de sujeitos específicos¹⁸⁰.

A anulabilidade (i) é sanável, admite convalidação; (ii) depende de provocação da parte interessada; e (iii) opera efeitos prospectivos, *ex nunc*, de modo a manter eficazes os efeitos pretéritos produzidos pelo ato enquanto ele não era considerado inválido¹⁸¹.

¹⁷⁷ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 341-342.

¹⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 192.

¹⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 349.

¹⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 192.

¹⁸¹ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. *Op. cit.*, p. 349.

O Código Civil¹⁸², nos art. 166 a 184, disciplina a invalidade dos atos jurídicos¹⁸³. O art. 166 especifica as hipóteses em que são configuradas a nulidade. O art. 171, a anulabilidade. Confira-se:

Art. 166. É **nulo** o negócio jurídico quando:
 I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
 II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
 III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
 IV - não revestir a forma prescrita em lei;
 V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;
 VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
 VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é **anulável** o negócio jurídico:
 I - por incapacidade relativa do agente;
 II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

Observe-se, desde já, que as hipóteses de configuração da anulabilidade, no direito privado, resultam (i) da incapacidade relativa do agente e (ii) de vícios ocorridos durante a manifestação de vontade. Essa solução é antiga e já constava do Código Civil de 1916¹⁸⁴, especificamente entre seus arts. 86 e 113 e no seu art. 154.

2.6 O desenvolvimento inicial das invalidades no direito administrativo: a incorporação das soluções do direito privado

A incorporação pelo direito administrativo das soluções do direito privado no tema das invalidades gerou contradições impossíveis de serem superadas pela doutrina publicista do s. XX¹⁸⁵, especialmente com relação à anulabilidade e à preservação dos efeitos jurídicos de atos administrativos viciados.

Isso porque, por um lado, somada à brevidade da norma legal, que será apresentada adiante, as hipóteses tradicionalmente aceitas pelo direito privado para a anulabilidade (a incapacidade relativa do agente e os vícios da vontade) são de diminuta importância no direito administrativo, pois raramente se verificam¹⁸⁶.

¹⁸² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

¹⁸³ Vale esclarecer que os arts. 166 a 184 do Código Civil integram o capítulo destinado à invalidade dos negócios jurídicos. Mas o art. 185 do Código Civil determina a extensão da disciplina dos arts. 166 a 184 aos atos jurídicos lícitos.

¹⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Coleção das Leis da República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 1916.

¹⁸⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da Proteção à Confiança e a Teoria da Invalidade dos Atos Administrativos no Direito Brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patrícia; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). Estudos: Direito Público: homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. São Paulo: Lex Editora, 2012, p. 15.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 16.

Por outro lado, na época, predominava o entendimento de que o direito administrativo estava vinculado à realização da supremacia do interesse público, entendido como interesse indisponível e, portanto, incompatível com institutos que se destinavam à disciplina de interesses disponíveis, tal como é a anulabilidade¹⁸⁷.

O resultado da incorporação irrestrita pelo direito administrativo das soluções do direito privado no tema das invalidades foi a incorporação da disciplina relativa à nulidade e a rejeição da disciplina relativa à anulabilidade.

Reputava-se que a nulidade era o único grau de invalidade capaz de responder à gravidade das infrações que atingiam o ato administrativo e violavam o interesse público, que era indisponível e não podia ser sacrificado.

2.6.1 A influência de Hely Lopes Meirelles

Hely Lopes Meirelles foi árduo defensor da impossibilidade de se aludir à anulabilidade no âmbito do direito administrativo. Para Hely, o único grau de invalidade reconhecível em atos administrativos era o da nulidade, insanável e retroativa. Confira-se:

[...] **em direito público não há lugar para os atos anuláveis** [...]. Isto porque a nulidade (absoluta) e a anulabilidade (relativa) assentam, respectivamente, na ocorrência do **interesse público e do interesse privado** na manutenção ou eliminação do ato irregular. Quando o ato é de exclusivo interesse dos particulares – o que só ocorre no direito privado – embora ilegítimo ou ilegal, pode ser mantido ou invalidado segundo o desejo das partes; **quando é de interesse público – e tais são todos os atos administrativos – a sua legalidade se impõe como condição de validade e eficácia do ato, não se admitindo o arbítrio dos interessados para a sua manutenção ou invalidação, porque isto ofenderia a exigência de legitimidade da atuação pública. O ato administrativo é legal ou ilegal; é válido ou inválido. Jamais poderá ser legal ou meio legal; válido ou meio válido, como ocorreria se se admitisse a nulidade relativa ou anulabilidade [...]**¹⁸⁸.

Essa orientação era professada por Hely Lopes Meirelles desde muito tempo antes e esteve presente na primeira edição de seu curso de direito administrativo, publicado em 1964¹⁸⁹.

Vale destacar que outros administrativistas da época rejeitavam a tese de Hely. É o caso de Miguel Seabra Fagundes¹⁹⁰ e de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹⁹¹. Ambos defendiam a existência de atos nulos e anuláveis no direito administrativo, embora entendessem que o direito administrativo deveria conter hipóteses próprias para a anulabilidade, uma vez que as

¹⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, pp. 183-184.

¹⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. *Op. cit.*, pp. 183-184 – grifo próprio.

¹⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

¹⁹⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

¹⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

hipóteses previstas no Código Civil (incapacidade relativa do agente e vícios ocorridos durante a manifestação de vontade) teriam nenhuma utilidade no direito administrativo.

Em outras palavras, Miguel Seabra e Oswaldo Aranha entendiam que a disciplina do direito privado relativa às invalidades deveria ser incorporada de modo adaptado, considerando aspectos próprios do direito administrativo¹⁹².

2.6.2 A disciplina da Lei 4.717/1965

Mas o entendimento adotado por Hely Lopes Meirelles prevaleceu e se refletiu nas regras dos arts. 1º a 4º da Lei 4.717/1965, a Lei de Ação Popular, aplicáveis de modo extensivo a todo o direito público.

Os arts. 2º e 4º enumeram as hipóteses em que se configuram a nulidade. O art. 3º trata da configuração da anulabilidade.

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios [...].

Art. 2º São **nulos** os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

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

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- 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;
- 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.

Art. 3º Os atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou privado, ou das entidades mencionadas no art. 1º, cujos vícios não se compreendam nas especificações do artigo anterior, serão **anuláveis**, segundo as prescrições legais, enquanto compatíveis com a natureza deles.

Art. 4º São também **nulos** os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º. [...].

A Lei 4.717/1965 disciplina as invalidades de modo diverso do Código Civil. Em primeiro lugar, a Lei 4.717/1965 acrescentou duas hipóteses de nulidade desconhecidas no direito privado: a inexistência de motivos e o desvio de finalidade. Em segundo lugar, a Lei 4.717/1965 foi breve em seu art. 3º e se limitou a determinar que a anulabilidade deveria ser

¹⁹² SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

aplicada de modo excepcional, quando não restassem configuradas as várias hipóteses minuciosamente elencadas pelo art. 2º, que trata das nulidades¹⁹³.

A superficialidade do art. 3º da Lei de Ação Popular contribuiu para o estrangulamento da anulabilidade no âmbito do direito administrativo.

2.6.3 A edição e a literalidade da Súmula 473 do STF

A doutrina de Hely¹⁹⁴ também refletiu a jurisprudência predominante do STF quanto às invalidades no direito administrativo, sintetizada nas Súmulas 346 e 473, ainda vigentes no ordenamento jurídico brasileiro¹⁹⁵.

A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos¹⁹⁶.

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 judicial¹⁹⁷.

A Súmula 346 foi editada em 1963 e a Súmula 473¹⁹⁸, em 1969. A segunda complementou a primeira¹⁹⁹ e consolidou o entendimento do STF em um assunto sobre o qual ele tinha se manifestado em três ocasiões anteriores.

Na primeira, em 1955, a corte julgou a regularidade de um loteamento realizado com alvarás cassados. Na segunda, em 1964, julgou um mandado de segurança que discutia o enquadramento forçado de servidores públicos. Na terceira, também em 1964, julgou outra segurança: desta vez, sobre a regularidade do ato administrativo que revogou a instalação de um moinho de trigo na cidade do Rio de Janeiro²⁰⁰.

¹⁹³ COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da Proteção à Confiança e a Teoria da Invalidez dos Atos Administrativos no Direito Brasileiro. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patrícia; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). Estudos: Direito Público: homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. *Op. cit.*, pp. 16-17.

¹⁹⁴ Vale destacar que, apesar de pugnar pela tese da nulidade, Hely reconhecia que, em certos casos, notadamente naqueles em que já haviam se consolidado os efeitos jurídicos a terceiros de boa-fé, os efeitos jurídicos de atos inválidos poderiam ser preservados (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991).

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria das nulidades no direito administrativo. **Revista dos Tribunais**, vol. 1.046/2022, dez. 2022, pp. 79-80.

¹⁹⁶ BRASIL. STF. **Súmula n. 346**. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 de jun. de 2025.

¹⁹⁷ BRASIL. STF. **Súmula n. 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vício que os torne ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 de jun. 2025 – grifo próprio.

¹⁹⁸ Para os fins desta monografia, interessa apenas a primeira parte do texto da Súmula, relativo à invalidação de atos administrativos.

¹⁹⁹ Apesar da relevância da Súmula 346 para a época em que foi editada, dar-se-á nesta monografia enfoque para a Súmula 473, que a complementou.

²⁰⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Súmula nº 473: é hora de dizer adeus – Ela cumpriu seu papel, mas hoje traz problema. In: SUNDEFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon Bockmann; MARQUES NETO,

A Súmula 473 é central para o estudo da evolução do tratamento das invalidades no direito administrativo brasileiro e revela uma série de debates e de implicações.

2.6.4 A adesão da Súmula 473 do STF à tese de Hely Lopes Meirelles

Em seu último trecho, “porque deles [dos atos inválidos] não se originam direitos”, a Súmula 473 do STF indica que a invalidação de atos administrativos tem o condão de desfazer o ato e os efeitos por ele produzidos.

Nesse trecho, a Súmula 473 do STF sinaliza sua adesão à tese de Hely de que não haveria lugar para a anulabilidade no direito administrativo. Isso porque a invalidação em grau de anulabilidade gera efeitos prospectivos e mantém eficazes os “direitos” produzidos pelo ato enquanto ele era considerado válido. Ao negar que do ato inválido se origine “direitos”, a Súmula rejeita a possibilidade de se aludir à anulabilidade no direito administrativo.

Em outras palavras, a Súmula reconhece que a nulidade absoluta, insanável e retroativa, é o único grau admissível para a invalidade de atos administrativos. Reputava-se que o ato administrativo estava vinculado à supremacia do interesse público, que era indisponível e impossível de ser negligenciado ou sacrificado. Assim, qualquer incompatibilidade do ato administrativo concreto com um modelo normativo devia necessariamente ser pronunciado para produzir o desfazimento do ato e de seus efeitos, de modo a recompor a situação fática e jurídica anterior à existência do ato.

2.6.5 O contexto histórico de edição da Súmula 473 do STF

A orientação da Súmula 473 do STF revela concepções filosóficas que se sustentavam no âmbito do Estado autoritário que se perpetuava na ocasião de sua edição.

O relacionamento entre a Administração Pública e os particulares era marcado por distanciamento e por disparidade de prerrogativas: reputava-se que a Administração Pública ocupava uma posição de superioridade em face dos particulares. A atividade administrativa, nesse contexto, não se orientava a satisfazer necessidades individuais, e sim a realizar os interesses da própria Administração²⁰¹.

No âmbito da Constituição de 1967, como apresentado no capítulo 1, o direito administrativo assentava suas bases no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular²⁰². O princípio funcionava como uma regra e estabelecia a prevalência *a priori* do

Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. Publicistas: direito administrativo sob tensão. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Obs.: os acórdãos não foram encontrados após pesquisa de jurisprudência.

²⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria das nulidades no direito administrativo. *Op. cit.*, p. 80.

²⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. *Op. cit.*, p. 49.

interesse público sobre os demais interesses particulares envolvidos em eventual colisão de princípios²⁰³.

Isso porque o interesse público era concebido como interesse indisponível. O conceito de interesse público impregnava-se de concepções organicistas e utilitaristas, bem como confundia-se com os interesses da própria Administração, que detinha o poder-dever de enunciá-los em casos concretos. Os atos administrativos, sob essa perspectiva, eram instrumentos por meio dos quais a Administração enunciava o interesse público.

Reputava-se, ainda, não haver vícios na atividade administrativa: a atuação jurídica da Administração Pública se vinculava positivamente à lei; isto é, a Administração só agia de acordo com as condutas expressamente autorizadas²⁰⁴.

Caso se verificassem eventuais vícios em atos administrativos, eles deviam necessariamente ser desfeitos, de modo a cessar seus efeitos, a restaurar o estado de coisas anterior a sua existência e a manter incólume a legalidade administrativa. O sancionamento era rígido e não admitia saneamentos. Prevalencia noção causalista, que priorizava a causa em detrimento dos efeitos²⁰⁵.

2.6.6 As implicações doutrinárias da Súmula 473 do STF sobre a invalidade de atos administrativos

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e a estrita noção de legalidade administrativa, entendida como vinculação positiva da Administração à lei, conformavam as bases sobre as quais se sustentava a concepção de que a nulidade (insanável e retroativa) seria o único grau admissível para a invalidade de atos administrativos.

Desses pressupostos, alcançavam-se os seguintes resultados²⁰⁶: (i) a invalidade, em todos os casos, fere o interesse público e, por isso, deve ser pronunciada para, em seguida, desfazer o ato e seus efeitos, de modo a restaurar o estado de coisas do momento anterior à existência do ato; (ii) o ato inválido não produz efeitos jurídicos, sob pena de violação ao interesse público e à legalidade administrativa; e (iii) o único grau admissível para a invalidade de atos administrativos é o da nulidade, que é insanável e tem eficácia retroativa.

²⁰³ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público. *Op. cit.*, p. 185.

²⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria das nulidades no direito administrativo. *Op. cit.*, p. 80.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 190.

2.7 Ressalvas iniciais à Súmula 473 do STF

Desde já, o entendimento da Súmula 473 do STF merece ressalvas.

2.7.1 A presunção relativa de legitimidade dos atos administrativos e a proteção à confiança

Ao adotar orientação causalista para a disciplina das invalidades no direito administrativo, a Súmula 473 do STF negligencia um atributo relevante atribuído aos atos administrativos: a presunção relativa de legitimidade.

Os sujeitos que se relacionam com a Administração Pública confiam que sua atuação jurídica seja dotada de regularidade jurídica. A partir disso, agem em observância ao conteúdo dos atos administrativos, esperando estarem de acordo com os modelos de conduta desejáveis.

Muitas vezes, a invalidação de atos administrativos ocorre em momento posterior à consumação de seus efeitos práticos e jurídicos. Pense no exemplo de uma licitação que precedeu a uma contratação administrativa. Quando se verifica ter havido uma invalidade em algum ato administrativo que constituiu a licitação, a contratação pode já estar efetuada, bem como o objeto do contrato pode já ter sido entregue pelo particular e a contraprestação da Administração pode já ter sido adimplida. Nesse caso, os envolvidos agiram de acordo com o ato administrativo viciado e, se comprovada a boa-fé, não podem ter suas legítimas expectativas frustradas.

Como se verá adiante, a evolução da teoria das invalidades no direito administrativo pós-1988 se destinará a consagrar mecanismos que considerem, na decisão invalidatória, os efeitos jurídicos e as legítimas expectativas gerados por atos administrativos viciados.

2.7.2 A superação dos pressupostos da Súmula 473 do STF

Como visto no Capítulo 1, o direito administrativo viveu uma crise de paradigmas em vista da releitura de suas premissas à luz da Constituição de 1988, que conduziu à (i) superação do princípio da supremacia do interesse público como norma-princípio e como fundamento normativo do direito administrativo; e (ii) à superação da noção estrita de legalidade administrativa, entendida como vinculação positiva da Administração à lei.

A superação desses paradigmas provocou a desconstrução dos pressupostos da Súmula 473 do STF, apresentados no item 2.6.6, vide: a vinculação do ato administrativo ao interesse público e à lei, em sentido formal. Cai por terra, também, todas as implicações que se produziam a partir desses pressupostos, como se verá adiante.

De acordo com os novos paradigmas do direito, o ato administrativo constitucionalizado está vinculado à realização da dignidade humana e dos direitos fundamentais, e deve ser normativamente fundado no bloco de legalidade, referido como “juridicidade administrativa”, que admite, inclusive, hipóteses *contra legem*.

2.7.3 Os equívocos das implicações suscitadas pela Súmula 473 do STF

As implicações obtidas a partir das orientações professadas pela Súmula 473 do STF (enunciadas no subtópico 2.6.6) incorrem em graves equívocos.

A primeira implicação equivocada é a de que a invalidade deve, em todos os casos, ser pronunciada e o ato administrativo viciado deve necessariamente ser invalidado, com a conseqüente eliminação de todos seus efeitos fáticos e jurídicos²⁰⁷. A Súmula rejeitava qualquer hipótese de saneamento do vício do ato e desconsiderava os efeitos que poderiam advir da invalidação. Ainda, confundia a existência de um vício no ato com sua invalidação. Como visto no subtópico 2.5.2, a invalidade não é decorrência lógica da constatação de um vício²⁰⁸.

A segunda implicação equivocada diz respeito à constatação de que atos inválidos não geram direitos. A afirmativa não está totalmente equivocada, mas precisa ser entendida com ressalvas: o ato inválido não produz os efeitos jurídicos que a norma jurídica prevê para o ato válido²⁰⁹. Mas eventualmente o ato inválido produz efeitos (jurídicos e fáticos). A questão, portanto, reside em saber quais os efeitos que um ato inválido pode produzir²¹⁰. Isso porque, como explicado no subtópico 2.5.2, o ordenamento consagra normas jurídicas que admitem, em certos casos, a preservação dos efeitos (ou de alguns dos efeitos) produzidos por atos administrativos inválidos²¹¹.

A terceira implicação equivocada consiste na redução dos vários graus de invalidade a uma única categoria: a nulidade. Os vícios verificáveis em atos administrativos podem ser classificados em uma escala de gravidade, tomando em vista os objetivos que as normas jurídicas buscam ao impor determinada disciplina para uma dada conduta²¹². O tema merece tratamento detalhado em subtópico específico.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ CÂMARA, Jacintho Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. **R. bras. de Infraestrutura – RBINF** | Belo Horizonte, ano 9, n. 18, jul./dez. 2020, p. 27.

²⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025, p. 1673.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ A apresentação dessas soluções normativas será realizada no capítulo 3.

²¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 191.

2.7.4 A existência de diversos graus de invalidade dos atos administrativos

Os vícios verificáveis em atos administrativos, de acordo com Marçal Justen Filho, podem ser classificados da seguinte maneira, em ordem crescente de gravidade: (i) irregularidade irrelevante; (ii) irregularidade suprível; (iii) nulidade relativa, ou anulabilidade; (iv) nulidade absoluta, ou nulidade; e (v) inexistência jurídica²¹³. Para cada tipo de vício, a disciplina jurídica impõe soluções diferentes.

A irregularidade irrelevante se observa quando a desconformidade do ato administrativo não viola interesses jurídicos relevantes. Um exemplo é o erro na grafia de uma palavra que não altere o sentido pretendido pela oração. Nesse caso, não se deve sequer reconhecer a existência de um vício jurídico²¹⁴.

A irregularidade suprível ocorre quando o vício contido no ato administrativo é sanável e não acarreta prejuízos a interesses jurídicos relevantes²¹⁵. Um exemplo é a nomeação de um servidor para cargo em comissão sem a devida publicação do ato no diário oficial, desde que todos os demais requisitos legais tenham sido observados. É possível, nesse caso, corrigir o ato e manter seus efeitos sem que ele seja excluído do sistema jurídico.

A anulabilidade (ou nulidade relativa) se verifica, como já mencionado, quando o vício do ato administrativo afeta interesses disponíveis de sujeitos específicos. Admite-se, na anulabilidade, que se preserve a juridicidade dos efeitos produzidos pelo ato viciado até a decisão invalidatória.

A nulidade (ou nulidade absoluta) ocorre, por outro lado, quando o vício do ato administrativo afeta interesses indisponíveis ou interesses disponíveis de sujeitos indeterminados. A invalidade em grau de nulidade tem eficácia retroativa e, quando faticamente possível, desfaz todos os efeitos produzidos pelo ato.

Por fim, a inexistência jurídica se verifica quando o ato administrativo não cumpre os requisitos mínimos necessários à sua qualificação como um ato pertencente ao Direito. Um possível exemplo de inexistência é um ato administrativo editado por uma pessoa desprovida de competência para a edição do ato. Nesses casos, o grau de desconformidade é tão intenso que sequer se alude a um vício jurídico: trata-se apenas de um ato material sem qualquer valor para o Direito²¹⁶.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*, p. 192.

2.7.5 Questões terminológicas: o uso equivocado dos termos “anular” e “ilegal”

A Súmula 473 do STF estabelece que a Administração pode “anular” seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem “ilegais”. Para fins elucidativos, cumpre ressaltar o uso dos termos destacados.

Costuma-se aludir à “anulação” em sentido genérico no direito administrativo, de modo a abranger todas as hipóteses em que exista um vício no ato administrativo²¹⁷. A expressão era compatível com os paradigmas existentes na época de edição da Súmula 473 do STF, pois considera a nulidade o único grau de invalidade do ato administrativo e ignora a existência dos demais graus possíveis. O mais correto é aludir-se à invalidação, que pode ocorrer tanto em grau de nulidade quanto em grau de anulabilidade.

A Súmula também alude à “ilegalidade” como o vício apto a acarretar a invalidade. Mas invalidade e ilegalidade são conceitos distintos, que não se confundem. Sobre a distinção, confira-se:

A invalidade (em sentido amplo) consiste na desconformidade entre um ato concreto, praticado no mundo real, e o modelo contido em uma norma jurídica. Essa desconformidade conduz à não incidência dos efeitos previstos no mandamento da norma.

A ilicitude é uma conduta que se identifica com um modelo normativo, previsto como pressuposto de incidência de uma sanção²¹⁸.

Assim, eventualmente, pode haver hipóteses em que se configurem, juntas, invalidades e ilegalidades, quando haja duas ou mais normas jurídicas disciplinando o caso. Entretanto, nem todos os atos inválidos são atos ilícitos, assim como nem todos os atos ilícitos são atos inválidos. Deve-se observar, em todos os casos, a diferença entre as figuras da invalidade e da ilegalidade.

2.7.6 A evolução normativa posterior a 1988

As ressalvas apresentadas, sobretudo com relação às implicações deduzidas da Súmula 473 do STF (item 2.7.3 e 2.7.4), foram consagradas normativamente no parlamento de modo paulatino após a Constituição de 1988. Essa evolução será objeto do próximo capítulo.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 190.

²¹⁸ *Ibid.*

3. AS SOLUÇÕES CONSEQUENCIALISTAS PARA A INVALIDADE: A INCOMPATIBILIDADE COM A SÚMULA 473 DO STF

O desenvolvimento inicial do tema das invalidades no direito administrativo, incorporado do direito civil, influenciado por Hely Lopes Meirelles e refletido na orientação da Súmula 473 do STF, incorreu em contradições insuperáveis pela doutrina publicista tradicional do s. XX.

Adotava-se enfoque causalista para a invalidação. Isto é, a incompatibilidade entre o ato administrativo e o modelo normativo resultava em consequências lógicas, inevitáveis, consistentes na pronúncia da invalidade, no desfazimento do ato e na ausência de produção dos efeitos jurídicos pretendidos.

Tal enfoque era compatível com a rigidez e o autoritarismo que se cultivavam na atividade administrativa na época da ditadura. Eventuais violações à lei formal e ao interesse público, supremo e indisponível, assumiam feição política diferenciada e representavam grave violação à ordem jurídica.

A Constituição de 1988 consagrou a dignidade humana e os direitos fundamentais como critério distintivo e fundamento normativo e axiológico do direito administrativo. Os atos administrativos, no novo contexto constitucional e desprovidos de sua tradicional alienação, não se vinculam mais à supremacia e à indisponibilidade do interesse público, e sim à realização da dignidade humana e dos direitos fundamentais.

Após a Constituição de 1988, o esforço acadêmico no tema das invalidades se irradiou para o parlamento. As leis editadas suplantaram o enfoque causalista anterior por um enfoque consequencialista, que prioriza o efeito em detrimento da causa e vincula a decisão invalidatória à observância das circunstâncias do caso concreto e dos possíveis efeitos práticos e jurídicos que dela podem advir.

Essa foi a solução pensada, no direito administrativo brasileiro, para compatibilizar a pronúncia de uma invalidade com a segurança jurídica, com a confiança dos particulares que se relacionam com a Administração e com a aparência derivada da presunção de legitimidade dos atos administrativos.

A solução aproximou o direito administrativo brasileiro das soluções pensadas há muito no direito comunitário europeu. Por isso, neste terceiro capítulo, apresentar-se-á em um primeiro momento o desenvolvimento das invalidades em três países da Europa (França, Alemanha e Itália), o que servirá de ponto de partida para a análise das soluções consequencialistas propostas pelo direito administrativo brasileiro.

Concluir-se-á, no final, que as soluções normativas admitidas pela ordem jurídica brasileira são incompatíveis com as orientações professadas pela Súmula 473 do STF. Formular-se-ão, ainda, ressalvas a essas soluções normativas, que, elevadas ao extremo, podem incorrer em vícios indesejáveis.

3.1 As contribuições do direito europeu

Na Europa, a disciplina das invalidades no direito administrativo se desenvolveu de modo diverso do que se verificou no Brasil. Desde há muito, a segurança jurídica e a presunção de legitimidade dos atos administrativos são levadas a sério. O estudo das soluções pensadas no direito europeu pode trazer luz às problemáticas enfrentadas pelo direito brasileiro.

3.1.1 Ainda a nulidade absoluta e a inexistência jurídica no direito brasileiro

No Brasil, a doutrina de Pontes de Miranda foi decisiva, no direito privado, para a identificação dos três planos do ato jurídico: o da existência, o da validade e o da eficácia²¹⁹. A partir de sua obra, passou a ser majoritário o entendimento de que a inexistência jurídica se manifesta por um juízo de insuficiência: é dizer, por um juízo verificador das qualidades mínimas necessárias para que um ato jurídico exista no mundo do Direito²²⁰. Como vimos, o direito administrativo incorporou ao seu regime jurídico os três planos do ato jurídico para instituir a figura do ato administrativo.

Embora a doutrina de Pontes de Miranda seja quase incontestável nos dias de hoje, não se pode deixar de atentar para a possibilidade de confusão entre o ato inexistente e o ato nulo. A invalidação, em grau de nulidade absoluta, retira o ato do mundo do Direito e opera com eficácia retroativa, de modo a restaurar o estado de coisas existente antes da edição do ato viciado. Torna-se necessário, desse modo, distinguir-se entre:

[...] o que é, mesmo invalidamente, e o que não chegou a existir juridicamente, embora se situasse muito próximo do Direito, numa zona que, por vezes, poderá haver dificuldade na identificação do ser e do não ser, notadamente entre o que não chegou a existir e o que existiu invalidamente²²¹.

²¹⁹ MIRANDA, Pontes de. Atual. de Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. **Tratado de direito privado**. Tomo 5: Eficácia jurídica, direitos e ações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 69.

²²⁰ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo 5: Eficácia jurídica, direitos e ações. *Op. cit.*

²²¹ COUTO E SILVA, Almiro do. 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). **In:** DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 3: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. *Op. cit.*, p. 570.

3.1.2 A experiência francesa

Na França, essa confusão entre atos nulos e inexistentes se acentuou no direito administrativo, quando da adaptação da disciplina das invalidades inicialmente incorporada do direito privado.

Almiro do Couto e Silva²²² explica que, no início do século passado, a jurisprudência do Conselho de Estado francês se consolidou no sentido de reconhecer que os atos administrativos viciados só podem ser invalidados pela Administração no prazo de sessenta dias (prazo extremamente curto). Decorrido o prazo, o ato viciado não pode mais ser invalidado, em grau de nulidade absoluta.

Apesar de rejeitar a invalidação retroativa, o Conselho de Estado admite a possibilidade de, mesmo após o decurso do prazo de sessenta dias, declarar-se a inexistência jurídica do ato administrativo viciado. A situação fomentou, no direito administrativo francês, a confusão entre os atos administrativos nulos e os inexistentes.

Isso conduziu à necessidade de se delimitar em quais hipóteses seria possível a declaração de inexistência. René Chapus (apud. Almiro do Couto e Silva), ao enunciar o entendimento majoritário, define como atos inexistentes os atos:

a) emanados de órgãos sem existência legal; b) manifestamente insuscetíveis de serem referidos a um poder detido pela Administração; c) cujo autor não tem poder de decisão; d) que impliquem invasão na competência judiciária; e) de “nomination pour ordre”, ou seja atos de nomeação que se destinam, na verdade, não a prover determinado cargo público mas a permitir que o interessado obtenha benefícios pessoais com tal nomeação, por lhe ensejar acesso a outra posição ou a outras vantagens; f) que ignoram o limite de idade para a permanência no serviço público e mantêm o funcionário no cargo²²³.

As hipóteses, em síntese, identificam-se com a ausência de competência do editor do ato administrativo (a, b, c e d) e com a ilicitude do conteúdo objeto do ato (e, f).

Perceba-se, desde já, que as hipóteses são restritas. O entendimento estabelece que, depois do prazo de sessenta dias para a invalidação em grau de nulidade absoluta, as únicas hipóteses em que se permite a retirada do ato do mundo jurídico são a incompetência do agente público que editou o ato e a ilicitude do objeto. Em todos os outros casos, o ato administrativo e seus efeitos são preservados.

²²² *Ibid.*, p. 571.

²²³ CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Paris, França: Montchrestien, 1997 apud COUTO E SILVA, Almiro do. 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). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 3: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. *Op. cit.*, p. 572.

As hipóteses de inexistência são excepcionalíssimas e raramente se verificam. Cumpre mencionar, por fim, que o ato inexistente não gera direitos subjetivos e podem ter sua inexistência pronunciada a qualquer tempo²²⁴.

3.1.3 A experiência alemã

Na Alemanha, atingiram-se resultados semelhantes aos franceses, mas por trajetos distintos. A Lei de Processo Administrativo alemã estabelece, na alínea 1ª de seu art. 44, uma cláusula geral a respeito do ato administrativo nulo, assim entendido o ato viciado por falha “grave e manifesta”. As alíneas 2ª e 3ª do art. 44 complementam a alínea 1ª²²⁵.

A alínea 2ª, por um lado, estabelece um rol de casos em que o ato administrativo poderia ser considerado nulo mesmo sem um vício “grave e manifesto”. São elas:

1. impossibilidade de identificação da autoridade que emitiu o documento; 2. inobservância da regra de forma que prevê a emissão de um documento; 3. violação da competência territorial [...]; 4. impossibilidade de fato (p. ex. ordem de demolição de imóvel já demolido); 5. imposição de prática de ato que tipifica ilícito penal (crime ou contravenção); 6. contrariedade aos bons costumes²²⁶.

Trata-se de hipóteses relacionadas com (i) a incompetência do agente que editou o ato (1 e 3); (ii) o vício de forma na emissão do documento (2); e (iii) a impossibilidade, a ilicitude ou a contrariedade aos bons costumes do conteúdo objeto do ato (4, 5 e 6).

A alínea 3ª do art. 44, por sua vez, apresenta as hipóteses em que o ato administrativo será considerado válido e terá seus efeitos preservados, apesar da verificação de vícios²²⁷.

A Alínea 1ª, em todos os casos, é aplicada apenas excepcionalmente, quando não for possível a aplicação de alguma das hipóteses das Alíneas 2ª e 3ª²²⁸. Sua aplicação é associada à configuração da “teoria da evidência”, que corresponde ao entendimento de que o vício que

²²⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. 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). **In:** DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 3: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. *Op. cit.*, p. 572.

²²⁵ *Ibid.*, p. 573.

²²⁶ STELKENS; BONK; SACHS, 1993 apud COUTO E SILVA, Almiro do. 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). **In:** DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 3: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. *Op. cit.*, p. 573.

²²⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. 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). **In:** DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 3: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. *Op. cit.*, p. 573.

²²⁸ *Ibid.*, p. 573.

atinge o ato, para acarretar a invalidade, deve ser tão “grave e manifesto” que sua identificação, por qualquer cidadão minimamente atento, torne-se evidente.

Por vício “grave e manifesto”, entende-se o vício inconciliável com a ordem jurídica. Nesse sentido, Almiro do Couto e Silva esclarece:

[...] a gravidade, per se, não é suficiente para conduzir à nulidade. Deverá estar associada à evidência. Assim, o ato contrário à Constituição ou violador do direito fundamental não é, só por essas razões, nulo. [...]. A contrariedade deve ir além da equivocada interpretação e ser insuportável para o ordenamento jurídico, desse modo ferido no mais alto grau, a tal ponto que ninguém seria capaz de reconhecer força vinculativa ao ato administrativo exarado²²⁹.

Nas palavras de Hartmut Maurer:

A mera impugnabilidade do ato administrativo é a regra. Excepcionalmente, um ato jurídico antijurídico é nulo. Isso é, como já foi exposto, então o caso, quando ele sofre de um vício manifesto e grave. [...].

O ato administrativo nulo não desenvolve efeitos jurídicos. Ele não pode ser observado e executado pela administração. Ele não precisa ser cumprido pelo cidadão²³⁰.

A partir disso, a constatação que se faz é a de que os atos administrativos nulos no direito alemão, da mesma forma que os atos administrativos inexistentes no direito francês, situam-se “na área mais profunda e obscura da patologia jurídica, compreendendo um número reduzido de casos e situações excepcionais, que poderíamos até mesmo chamar de teratológicas”²³¹.

Por isso, os atos nulos no direito administrativo alemão não se beneficiam do princípio da segurança jurídica, nem mesmo da decadência do direito da Administração de invalidá-los. Prevalece sempre quanto a eles o princípio da legalidade²³².

Nos demais casos, que são a regra, os atos administrativos viciados produzirão seus efeitos fáticos e jurídicos até o momento em que forem desconstituídos. A decisão invalidatória tem, em regra, eficácia prospectiva, *ex nunc*²³³. Hartmut Maurer destaca que a eficácia jurídica dos atos administrativos, no geral, independe de vícios:

A peculiaridade do ato administrativo consiste nisto, que ele se torna eficaz juridicamente e vinculativo, mesmo que ele seja antijurídico. A questão da conformidade ao direito ou antijuridicidade, portanto, inicialmente é insignificante. Determinante é, somente, que foi publicada uma regulação em forma de ato administrativo. O cidadão, por isso, não pode ignorar um ato administrativo que lhe

²²⁹ *Ibid.*, p. 574.

²³⁰ MAURER, Hartmut. **Elementos do direito administrativo alemão**. Trad. de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 108.

²³¹ COUTO E SILVA, Almiro do. 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). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 3: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. *Op. cit.*, p. 574.

²³² *Ibid.*

²³³ *Ibid.*

afeta com a alusão que ele é antijurídico e, por conseguinte, não vinculativo, mas deve, sem consideração a isto, se ele é conforme o direito ou antijurídico, observá-lo e cumpri-lo. Ele, todavia, não precisa aceitá-lo ‘sem demanda’. Antes, ele pode impugnar o ato administrativo e por essa via obter sua revogação pela autoridade de recurso ou tribunal administrativo. A eficácia jurídica está, portanto, sob a reserva da impugnação e revogação posterior. Ela, além disso, no fundo, não acontece se o ato administrativo padece de um vício grave e notório. Nesse caso, o ato administrativo é, de antemão, nulo²³⁴.

3.1.4 A experiência italiana

Na Itália, adota-se entendimento similar aos professados pelas doutrinas alemã e francesa. Por lá, a nulidade absoluta de atos administrativos também é hipótese excepcionalíssima, confundida com a inexistência jurídica (como na França)²³⁵.

São hipóteses reconhecidas de nulidade/inexistência: (i) a indeterminação, a impossibilidade e a ilicitude do objeto; e (ii) a incompetência do agente²³⁶.

3.1.5 A síntese das contribuições europeias

Em síntese, ainda com base nos ensinamentos de Almiro do Couto e Silva²³⁷, as contribuições europeias a respeito do tema das invalidades se organizam do seguinte modo: (i) a redução dos casos de nulidade absoluta dos atos administrativos a hipóteses excepcionalíssimas, que contenham vícios grosseiros, gravíssimos, manifestos e evidentes, independentemente da norma violada; e (ii) a adoção, em regra, da anulabilidade em todos os demais casos, de modo que se reconheça que os atos viciados produzam todos seus efeitos até a eventual pronúncia da invalidade e, portanto, que a decisão invalidatória tenha eficácia prospectiva, *ex tunc*.

²³⁴ MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Trad. de Luis Afonso Heck. *Op. cit.*, p. 97.

²³⁵ GALLI, Rocco. Corso di Diritto Amministrativo, 1994 apud COUTO E SILVA, Almiro do. 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). **In:** DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 3: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. *Op. cit.*, p. 575.

²³⁶ SANDULLI, Aldo M. Manuale di Diritto Amministrativo. Apud. COUTO E SILVA, Almiro do. 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). **In:** DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 3: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. *Op. cit.*, p. 575.

²³⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. 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). **In:** DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 3: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. *Op. cit.*, pp. 576-577. No mesmo sentido, AMARAL FILHO, Marcos J. T. do. Limites ao exercício do poder discricionário em face do princípio da segurança jurídica. **In:** MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 281.

Cumpra mencionar, por fim, que a União Europeia absorveu as contribuições alemães, francesas, italianas etc. para produzir seu regime jurídico das invalidades²³⁸. Portanto, aplica-se ao direito comunitário europeu as considerações apresentadas.

3.1.6 A contribuição de Hans Kelsen

As contribuições europeias no tema das invalidades, sobretudo as alemães, estão contempladas na doutrina de Hans Kelsen. Para ele, em regra, as invalidades se manifestam em grau de anulabilidade.

[...] resulta que, dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável. Mas esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados²³⁹.

Mas Kelsen também excepciona a regra e descreve as hipóteses em que acredita ser cabível a configuração de uma nulidade.

Não pode negar-se que há casos em que algo, especialmente uma ordem, que surge com a pretensão de ser uma norma jurídica, quer dizer, de ser uma norma posta por um ato conforme à norma fundamental, não costuma ser considerada tal por ninguém, sem que a ordem jurídica confira competência a todas as pessoas para essa apreciação, sem que seja sequer necessário um ato especial de anulação previsto pela ordem jurídica. Assim sucede quando, v. g., um internado num hospital de alienados edita uma 'lei'. Se se admite que, nestes casos, existe nulidade *a priori*, esta cai fora do domínio jurídico²⁴⁰.

Observe-se, novamente, o caráter excepcionalíssimo atribuído às nulidades. Tão excepcional que Kelsen alega que seria impossível para a ordem jurídica determinar precisamente esses casos. Por isso, costuma-se estabelecer genericamente que as hipóteses de incompetência do sujeito editor da norma e de ilicitude ou impossibilidade do objeto são as hipóteses de configuração da nulidade²⁴¹.

Kelsen, ainda, faz interessante analogia ao comparar o tema das nulidades com a história do rei Midas, da mitologia grega. De acordo com a história, Midas era rei da Frígia e foi agraciado por Dionísio com a realização de um pedido em troca de um favor. Midas pediu que tudo o que tocasse se tornasse ouro.

²³⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. 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). In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 3: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2008, pp. 575-576.

²³⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. *Op. cit.*, p. 306.

²⁴⁰ *Ibid.*, pp. 307-308.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 308.

Pois, para Kelsen, o Direito é como o Rei Midas: tudo em que “toca” se torna jurídico²⁴². E, por isso, seria impossível assumir *a priori* que algo que adentrou o mundo jurídico torne-se nulo, como se nunca tivesse sido tocado pelo Direito.

3.2 A evolução legislativa inicial em momento posterior a 1988

Apenas com a redemocratização do Estado, o direito administrativo brasileiro pôde alinhar-se com as experiências europeias, sob certas perspectivas.

3.2.1 A disciplina da Lei 8.666/1993

O primeiro passo nessa evolução, ainda que bastante incipiente, foi dado pelo art. 59, parágrafo único, da Lei 8.666/1993²⁴³, que disciplinava as normas gerais de licitações e contratos administrativos²⁴⁴.

A Lei 8.666/1993 adotava, em grande medida, o entendimento tradicional da Súmula 473 do STF: de que a nulidade era o único grau admissível para a invalidação de atos administrativos e de que dos atos inválidos não se produziam direitos²⁴⁵. Tal entendimento se refletia no caput do art. 59.

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Mas o parágrafo único do art. 59 previa uma exceção: admitia o reconhecimento dos efeitos produzidos pelo contrato administrativo inválido até a data em que foi pronunciada sua invalidade para, se for o caso, promoverem-se indenizações e responsabilizações.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

O primeiro passo dado na direção do consequentialismo, portanto, destinou-se a reconhecer um equivalente jurídico (a indenização) para as hipóteses em que a invalidação afetasse situações consolidadas e irreversíveis²⁴⁶ (no caso, a parte executada do objeto de um contrato administrativo até a data em que pronunciada a invalidade).

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

²⁴⁴ A Lei 8.666/1993 foi revogada pela Lei 14.133/2021, que será avaliada adiante.

²⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. *Op. cit.*, p. 1660.

²⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, pp. 77-78.

3.2.2 A disciplina da Lei 9.784/1999

A Lei 9.784/1999²⁴⁷, que disciplina as normas de processo administrativo em âmbito federal, embora tenha repetido, em seu art. 53, boa parte da literalidade da Súmula 473 do STF, retirou a expressão “porque deles não se originam direitos” ao referir-se à invalidação de atos administrativos.

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Além disso, a Lei estabeleceu duas regras importantes para a preservação dos efeitos de atos administrativos viciados. A primeira, no art. 54, previu a decadência, no prazo de 5 anos, da possibilidade de invalidação de atos de que decorram efeitos favoráveis para o destinatário, que tenha agido de boa-fé. Em outras palavras, o dispositivo reconheceu que o decurso do tempo produz a consolidação de situações fáticas, mesmo que tenha ocorrido certa invalidade em sua constituição.

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.

A segunda regra, expressa no art. 55, introduziu a possibilidade de os atos administrativos, que “não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros”, serem convalidados.

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.

Em síntese, os dispositivos da Lei 9.784/1999 foram pioneiros no sentido de reconhecer: (i) que a pronúncia da invalidação nem sempre é possível em vista do decurso do tempo e da consolidação de situações fáticas (art. 54); (ii) que o vício em um ato administrativo nem sempre está vinculado à violação do interesse público²⁴⁸ (art. 55); e (iii) que o ato administrativo pode ser convalidado se contiver defeitos sanáveis.

²⁴⁷ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1º fev. 1999.

²⁴⁸ Em 1999, ainda era majoritário o entendimento de que o critério distintivo e o fundamento normativo do direito administrativo era o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

3.2.3 A disciplina das Leis 9.868/1999 e 9.882/1999

As Leis 9.868²⁴⁹ e 9.882²⁵⁰, ambas de 1999, disciplinam as ações de controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do STF.

Elas foram pioneiras na admissão da modulação dos efeitos jurídicos das declarações de inconstitucionalidade de leis e atos normativos. Confirma-se a disciplina do art. 27 da Lei 9.868/1999, que é idêntico a do art. 11 da Lei 9.882/1999:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Depreende-se de uma interpretação literal do dispositivo que o STF, por voto de pelo menos 8 ministros, pode restringir os efeitos jurídicos de sua própria decisão ou decidir que ela tenha eficácia a partir de um outro momento²⁵¹. Em outras palavras, o dispositivo permite que o STF atribua eficácia prospectiva, *ex nunc*, à sua decisão em controle concentrado de constitucionalidade (que, em regra, teria eficácia retroativa, *ex tunc*).

O dispositivo é próprio do direito constitucional e não autoriza a Administração a tornar prospectiva a eficácia de suas decisões invalidatórias. No entanto, ele serviu de base para a consagração dessa solução em momento posterior no direito administrativo, como se verá.

3.3 A Reforma da Lindb (Lei 13.655/2018) e suas implicações para a disciplina das invalidades de atos administrativos

A Reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb²⁵²), promovida pela Lei 13.655/2018²⁵³, reforçou o movimento de superação da noção tradicional da invalidação de atos administrativos por meio da introdução de soluções consequencialistas, que determinam a observância das circunstâncias do caso concreto e dos efeitos práticos e jurídicos que a invalidação pode acarretar.

²⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 nov. 1999.

²⁵⁰ BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 6 dez. 1999.

²⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 79.

²⁵² BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, 5 set. 1942.

²⁵³ BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Acrescenta dispositivos à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 26 abr. 2018.

3.3.1 A disciplina do art. 20 da Lindb

O caput do art. 20 da Lindb determina que a decisão administrativa, controladora ou judicial que submeta um caso concreto à disciplina de uma norma jurídica abstrata considere as possíveis consequências práticas da decisão que aplica a norma²⁵⁴.

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

O parágrafo único do art. 20 complementa o caput e estabelece que a sobredita decisão deva conter a justificativa para a submissão de um caso concreto à disciplina de uma norma jurídica. Determina, ainda, que essa justificativa deva observar a máxima da proporcionalidade e suas submáximas da necessidade e da adequação.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

O dispositivo menciona expressamente a hipótese da decisão que invalida atos administrativos. Estabelece que é nula a decisão que, ao analisar a validade de atos administrativos, baseie-se unicamente em valores abstratos, sem promover a devida motivação e sem examinar a pertinência da invalidação no caso concreto²⁵⁵.

3.3.2 A disciplina do art. 21 da Lindb

O caput do art. 21 da Lindb determina a consideração das possíveis consequências jurídicas e administrativas pela decisão invalidatória de atos administrativos.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Por “consequências jurídicas e administrativas”, entendem-se os estados passados e futuros associados à interpretação e à aplicação do Direito²⁵⁶. Na maioria dos casos, “a consequência jurídica diz do dever ou do direito que surge a partir da decisão, e a consequência administrativa é a sua decorrência material”²⁵⁷. Assim, o decisor que invalida um ato, contrato,

²⁵⁴ MAFFINI, Rafael. Art. 20 da LINDB. In: DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (Coords.). Segurança jurídica na aplicação do Direito Público. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 54.

²⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. *Op. cit.*, p. 1661.

²⁵⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 48.

²⁵⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Op. cit.*, p. 48.

processo ou norma da Administração deve considerar, de um ponto de vista material e jurídico, os efeitos produzidos pelo ato em momento passado e os possíveis efeitos que decorrerão da invalidação²⁵⁸.

O parágrafo único do art. 21 determina ao decisor que indique as medidas pertinentes para a regularização do ato viciado.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Por “regularização”, depreendem-se duas interpretações, de acordo com José Vicente Santos de Mendonça²⁵⁹. A primeira é a de que a decisão invalidatória deve identificar a possibilidade de preservação de algum dos efeitos produzidos pelo ato viciado. A segunda é a de que ela pode ser o próprio ato regularizador, que define as condições para a atribuição de validade jurídica ao ato, contrato, processo ou norma viciados.

O dispositivo determina que a regularização deve ocorrer de modo proporcional e equânime. Significa que, por um lado, ela deve preencher as submáximas da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito), além de ser justificável em vista de custos e benefícios. Por outro lado, significa que ela deve considerar a distribuição “equânime” de cargas, de modo a evitar a imposição de ônus excessivos a uma das partes²⁶⁰.

Observe-se, ainda, que o parágrafo único do art. 21 consagra um regime de corresponsabilidade pelas consequências advindas da decisão invalidatória. Compreende que retirar um ato, contrato, processo ou norma da ordem jurídica é decisão grave, que demanda a regulação de seus efeitos, seja em relação aos efeitos produzidos no passado, seja em relação aos efeitos futuros²⁶¹.

Os dispositivos, portanto, contêm novidades relevantes para o tema das invalidades. Primeiro, promove a dissociação da figura do vício jurídico e do desfazimento do ato e de seus efeitos jurídicos. Segundo, reconhece a possibilidade de se atribuir juridicidade aos efeitos

²⁵⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 55. O posicionamento foi reforçado pela jurisprudência do TCU (TCU, Acórdão 2.601/2020, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 30.09.2020).

²⁵⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Op. cit.*, p. 53. No mesmo sentido SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 80.

²⁶⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Op. cit.*, p. 53.

²⁶¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. *Op. cit.*, p. 55.

jurídicos produzidos pelo ato viciado. Terceiro, estabelece que a decisão invalidatória indique suas consequências jurídicas, o que envolve, se for o caso, a modulação de sua própria eficácia e a definição de quais efeitos jurídicos produzidos pelo ato viciado podem ser preservados. Confira-se, nesse sentido, a doutrina de Carlos Ari Sunfeld:

[...] para a nova LINDB, invalidar não é reação necessária e única diante de vícios de legalidade, mesmo graves, em atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas.

Invalidades [...] nem sempre autorizam invalidações (ações de desfazer). O controlador pode, por exemplo, em juízo de pertinência, constatar que nenhuma invalidação é mais necessária, mesmo a situação tendo nascido inválida – desnecessidade que ocorrerá, por exemplo, quando os efeitos do ato já tiverem se esgotado, não houver má-fé e não tiver havido prejuízo material para as partes e terceiros. Nesse caso, o controlador não só manterá intocada a situação jurídica, como se absterá de medidas alternativas. Mas ele pode, em outra hipótese, limitar-se a uma medida alternativa, se for essa a solução mais adequada para a crise de legalidade [...]. Em segundo lugar, se o controlador concluir que o caso exige uma invalidação, terá que, a seguir, resolver sobre o seu grau, isto é, sobre as consequências que dela advirão. Caberá a ele decidir, por um lado, quais efeitos, passados ou futuros, serão preservados, e em que extensão, bem como a partir de quando deixarão de ser produzidos os efeitos a serem atingidos pela invalidação. Por outro lado, caberá ao controlador decidir sobre outras medidas pertinentes de regularização [...]²⁶².

Por meio do art. 21, a nova Lindb reforçou o movimento de superação da noção de que a nulidade é o principal grau de invalidade de atos administrativos. Ela atingiu esse resultado ao trocar o velho cânone do desfazimento automático e retroativo dos atos viciados por solução mais aberta, mais pragmática e realista²⁶³.

3.3.3 A disciplina do art. 4º do Decreto 9.830/2019

O Decreto 9.830/2019²⁶⁴ regulamentou os dispositivos incluídos pela Lei 13.655/2018 na Lindb (arts. 20 a 30). O art. 4º do Decreto regulamenta especificamente os arts. 20 e 21 da Lindb.

Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas.

§ 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação.

§ 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

§ 3º Quando cabível, a decisão a que se refere o caput indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.

²⁶² SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo: o novo olhar da LINDB**. *Op. cit.*, pp. 79-80.

²⁶³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo: o novo olhar da LINDB**. *Op. cit.*, p. 79.

²⁶⁴ BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta dispositivos da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que acresce à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jun. 2019.

§ 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado:

I - restringir os efeitos da declaração; ou

II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido.

§ 5º A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso.

O caput e os §§ 1º e 2º do art. 4º do Decreto destinam-se a regulamentar o art. 20 da Lindb. Os §§ 3º, 4º e 5º regulamentam o art. 21.

Quanto a este último artigo, o § 3º autoriza a modulação de efeitos da decisão invalidatória, com o intuito de possibilitar a melhor regularização do ato viciado.

O § 4º, por sua vez, detalha as formas de se promover a modulação: pode o decisor restringir os efeitos da invalidação (§ 4º, I); ou decidir que a eficácia da invalidação se inicie em momento futuro (§4º, II).

O §5º, enfim, detalha os objetivos da modulação: a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da Administração que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso.

Os dispositivos reforçam as novidades introduzidas pelos arts. 20 e 21 da Lindb no tema das invalidades e detalham aspectos relevantes de sua disciplina, sobretudo com relação à modulação de efeitos da decisão invalidatória.

Ainda, a rigor, a possibilidade de decisões invalidatórias prospectivas (art. 21 da Lindb e art. 4º, § 4º, do Decreto 9.830/2019), somadas à possibilidade de saneamento de vícios (art. 55 da Lei 9.784/1999) e à dissociação do ato administrativo da tutela de interesses indisponíveis (resultado dos novos paradigmas do direito administrativos), permite aludir-se à existência da anulabilidade como um grau possível de invalidade no direito administrativo.

3.3.4 A disciplina do art. 24 da Lindb

O art. 24 da Lindb estabelece que a decisão sobre a invalidade de um ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa levará em consideração a orientação geral adotada à época de sua edição. O dispositivo veda que a decisão que pronuncia a invalidade de situações plenamente constituídas com base em orientações gerais supervenientemente adotadas.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

O art. 5º do Decreto 9.830/2019 regulamenta o art. 24 da Lindb e, em seu § 3º, considera como orientação geral “as interpretações e as especificações contidas em atos públicos de

caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária e as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

Ressalte-se que as “orientações gerais” não estão restritas ao âmbito interno da Administração: admitem-se como tais a jurisprudência majoritária e as interpretações adotadas pela prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

O art. 24 da Lindb atribui força normativa às orientações gerais adotadas no passado e considera válidos os efeitos produzidos pelos atos que tenham sido editados com base nessas interpretações, ainda que elas sejam alteradas posteriormente²⁶⁵. O dispositivo é um grande reforço à segurança jurídica e ao enfoque consequencialista pretendido pela reforma da Lindb.

3.4 A disciplina da Lei 14.133/2021 e o Estudo de Impacto Invalidatório

A Lei 14.133/2021²⁶⁶, que disciplina as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, em seus arts. 147 e 148, aplicáveis de modo extensivo a todo o direito público²⁶⁷, complementou a evolução produzida pela Lindb, reforçou seu caráter consequencialista e produziu maior detalhamento para a disciplina das invalidades no direito administrativo.

3.4.1 O art. 147 da Lei 14.133/2021

O art. 147 contém um itinerário a ser percorrido pelo agente público que verifica um vício em um ato administrativo.

O primeiro passo (i) é identificar se é cabível o saneamento do ato/contrato; (ii) depois, caso se conclua pela impossibilidade de saneamento, o segundo passo é avaliar os possíveis efeitos da invalidação/suspensão do ato/contrato e, para tanto, o dispositivo elenca 11 aspectos a serem considerados; (iii) se possível a invalidação/suspensão, ela se procederá em grau de nulidade, com eficácia retroativa; (iv) se impossível a invalidação/suspensão, em vista das 11 circunstâncias ou da irreversibilidade da situação consolidada, deverá dar-se continuidade ao ato/contrato e promover-se a correção do vício por meio de um equivalente jurídico, consistente na indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidades.

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da

²⁶⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo: o novo olhar da LINDB**. *Op. cit.*, p. 81. CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB: irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), pp. 113-134, nov. 2018.

²⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Institui a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1º abr. 2021.

²⁶⁷ Entende-se que a disciplina dos arts. 147 e 148 da Lei 14.133/2021 é aplicável de modo extensivo a todo o direito público (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. *Op. cit.*, p. 192).

execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III - motivação social e ambiental do contrato;

IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

Em síntese, o dispositivo estabelece que, toda vez que a Administração verificar um vício em um ato/contrato seu, ela deva considerar os possíveis efeitos que podem advir da decisão invalidatória ou suspensiva, bem como avaliar a possibilidade de saneamento do ato/contrato viciado.

O rol composto pelos onze incisos é exemplificativo e abrange a consideração de: (i) implicações econômicas externas à Administração (incs. I, IX e XI); (ii) implicações econômicas internas à Administração (incs. I, IV, V, VI, VIII e X); implicações sociais e ambientais (incs. II e III); e eliminação de defeitos e correção de problemas (inc. VII)²⁶⁸.

Ao comentar o dispositivo, Marçal Justen Filho alude a uma espécie de “Estudo de Impacto Invalidatório”²⁶⁹. De modo geral, a análise de tais aspectos deve resultar em uma precificação econômica da invalidação ou de sua avaliação em perspectiva social e ambiental²⁷⁰. Nesse sentido, confira-se jurisprudência do TCU:

16. Como se observa, a norma instituiu uma espécie de ‘estudo de impacto invalidatório’ do contrato, composto por 11 temas distintos. **Ou seja, há uma previsão dos possíveis efeitos decorrentes da anulação dos ajustes, para avaliar se o desfazimento do ato é mais nocivo do que sua convalidação. Portanto, é expressamente admitido que o ato inválido produza efeitos jurídicos e seja mantido, ainda que não seja sanado.**

17. **Caso a anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis (parágrafo único do art. 147).**

²⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. *Op. cit.*, p. 1669.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 1670.

18. O dispositivo citado está em plena consonância com o disposto nos artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): [...].

19. O disposto no art. 147 é uma das características do novo diploma legal, que demonstra a incorporação do pragmatismo como fundamento filosófico do Direito Administrativo. Dito de outra forma, o novo estatuto de licitações e contratos permite a convalidação do ato ou do contrato viciado, possibilidade não prevista expressamente na Lei 8.666/1993²⁷¹.

Quanto à teoria das invalidades, o art. 147 reforça as novidades introduzidas pelo art. 21 da Lindb, vide a dissociação entre as figuras da invalidade e do desfazimento do ato viciado²⁷² e a possibilidade de se preservar os efeitos produzidos por atos viciados.

3.4.2 O art. 148 da Lei 14.133/2021

O art. 148 complementa o art. 147. Em seu caput, o art. 148 determina que, após o percurso do itinerário previsto no art. 147, se verificado vício de nulidade e reconhecida a necessidade de priorização da legalidade administrativa, a invalidação do ato/contrato administrativo opera efeitos retroativos.

Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 147 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.

Reconhecida a eficácia retroativa da invalidação, reconstitui-se a situação fática anterior à existência do ato administrativo inválido. No âmbito de contratações públicas, por exemplo, isso significa que o particular e a Administração devem restituir, uns aos outros, as prestações recebidas.

Mas nem sempre é possível que a nulidade opere efeitos retroativos. Quando a evolução dos fatos consuma eventos irreversíveis, a retroatividade precisa ser afastada. Os §§ 1º e 2º do art. 148 preveem essas hipóteses.

§ 1º Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

§ 2º Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez.

O art. 148, § 1º, estabelece um equivalente jurídico para a invalidade nas hipóteses em que seja impossível o retorno à situação anterior ao ato inválido. O equivalente é a indenização por perdas e danos²⁷³, que não prejudica a responsabilização dos envolvidos.

²⁷¹ BRASIL. TCU, Acórdão 681/2022, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 30.03.2022 – grifo próprio.

²⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. *Op. cit.*, p. 1663.

²⁷³ *Ibid.*, p. 1680.

O art. 148, § 2º, por sua vez, admite a modulação de efeitos da invalidação. O dispositivo cuida da hipótese em que a invalidação de um determinado contrato administrativo geraria prejuízos para a continuidade da atividade administrativa. Autoriza-se que a invalidação comece a produzir efeitos em até 6 meses depois da decisão, prorrogável uma única vez, de modo que a Administração tenha tempo suficiente para efetuar nova contratação.

Sob outra perspectiva, trata-se da possibilidade de se atribuir eficácia prospectiva à decisão invalidatória da Administração Pública. Isso reforça a noção, introduzida pelo art. 55 da Lei 9.784/1999 e pelo art. 21 da Lindb, de que a anulabilidade é um grau possível de invalidade dos atos administrativos.

3.5 O resumo das soluções admitidas

Em síntese, constatado um vício em um ato administrativo que o torne desconforme ao modelo normativo, a disciplina da Lei 9.784/1999, da Lindb e da Lei 14.133/2021 admitem as seguintes soluções para a invalidação²⁷⁴:

- (i) em todos os casos, se possível de um ponto de vista fático e jurídico, a convalidação ou a repetição lícita do ato serão obrigatórias²⁷⁵ (art. 147, caput, da Lei 14.133/2021 c/c art. 55 da Lei 9.784/1999). A obrigatoriedade da solução decorre de sua eficiência, que promove a legalidade ao mesmo tempo em que preserva a segurança jurídica²⁷⁶;
- (ii) em todos os casos, se houver decorrido o prazo decadencial de 5 anos para a Administração invalidar seus atos (art. 54 da Lei 9.784/1999), estabilizam-se os efeitos produzidos pelo ato viciado, com base no princípio da segurança jurídica. Entende-se que o prazo de 5 anos é o suficiente para consolidar uma situação e torná-la irreversível²⁷⁷;
- (iii) se for impossível a convalidação ou a repetição lícita do ato e se não houver decorrido o prazo decadencial de 5 anos para a Administração invalidar seus atos, deve-se proceder ao Estudo de Impacto Invalidatório, isto é, ao juízo sobre a possibilidade de invalidação do ato administrativo, que envolve a consideração dos

²⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. *Op. cit.*, pp. 198-200. CÂMARA, Jacintho Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. *Op. cit.*

²⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. *Op. cit.*, p. 198.

²⁷⁶ Solução adotada em: STJ, REsp 300.116/SP, 1ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 06.11.2001, DJe 25.02.2002.

²⁷⁷ Solução adotada em: BRASIL. STF, RE 1.493.148/MT, Monocrática, rel. Min. Flávio Dino, j. 11.11.2024, DJe 12.11.2024.

aspectos econômicos, sociais e ambientais elencados pelos onze incisos do caput do art. 147 da Lei 14.133/2021:

- a. se ao final do Estudo de Impacto Invalidatório, concluir-se que a invalidação produz efeitos prejudiciais a interesses econômicos, sociais ou ambientais, o ato administrativo e seus efeitos continuarão válidos e o vício identificado poderá ser regularizado por meio da indenização por perdas e danos, sem prejuízo da responsabilização dos envolvidos no vício jurídico (art. 147, parágrafo único, da Lei 14.133/2021 e art. 21 da Lindb)²⁷⁸;
- b. se ao final do Estudo de Impacto Invalidatório, concluir-se ser impossível o retorno à situação fática anterior à existência do ato viciado, a invalidação será resolvida por meio de um equivalente jurídico, consistente na indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidades e da aplicação de penalidades (art. 148, § 1º, da Lei 14.133/2021)²⁷⁹;
- c. se ao final do Estudo de Impacto Invalidatório, mesmo que se conclua pela existência de efeitos prejudiciais decorrentes da invalidação ou pela impossibilidade de retorno à situação anterior à existência do ato, o intérprete/aplicador do direito poderá ponderar a legalidade administrativa com a segurança jurídica no caso concreto para, se for o caso, invalidar o ato com eficácia prospectiva, *ex nunc* (art. 148, § 2º, da Lei 14.133/2021 c/c art. 21 da Lindb c/c art. 4º, § 4º, do Decreto 9.830/2019)²⁸⁰;
- d. mas, se ao final do Estudo de Impacto Invalidatório, concluir-se que a invalidação não gera efeitos prejudiciais a interesses econômicos, sociais ou ambientais e que é possível o retorno à situação fática anterior à existência do ato, a invalidação será promovida, em grau de nulidade absoluta, com eficácia retroativa, para desfazer o ato e desconstituir os efeitos já produzidos (art. 148, caput, da Lei 14.133/2021)²⁸¹.

²⁷⁸ Solução adotada em: BRASIL. TCU, Acórdão 2.075/2021, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 01.09.2021.

²⁷⁹ Solução adotada em: BRASIL. STJ, REsp 1.707.944/SC, Monocrática, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 16.11.2017, DJe 23.11.2017.

²⁸⁰ Solução adotada em: BRASIL. STF, ADI 3.378 ED/DF, Plenário, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 21.02.2022, DJe 07.03.2022.

²⁸¹ Solução adotada em: BRASIL. TCU, Acórdão 2.118/2024, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 09.10.2024.

Constata-se, portanto, que a invalidação em grau de nulidade é a alternativa restante após o percurso de um itinerário que obriga a consideração de circunstâncias fáticas, econômicas, sociais e ambientais.

Esse é o entendimento majoritário nos Tribunais Superiores brasileiros, notadamente o do TCU, que costuma examinar de modo mais detido questões relativas a invalidades no direito administrativo. Confira-se o teor de alguns de seus enunciados:

O risco de prejuízos para a Administração pode excepcionalmente justificar a convalidação de atos irregulares ocorridos na licitação e a continuidade da execução do contrato, em razão da prevalência do interesse público²⁸².

O risco de prejuízos para a Administração decorrentes de eventual rescisão de contrato pode justificar a convalidação de atos irregulares, a exemplo de indevida inabilitação de licitante, de forma a preservar o interesse público, pois a atuação do Poder Público não pode ocasionar um dano maior do que aquele que objetiva combater com a medida administrativa²⁸³.

3.6 A incompatibilidade das soluções normativamente admitidas para a invalidação de atos administrativos com a orientação da Súmula 473 do STF

A orientação professada pela Súmula 473 do STF perdeu correspondência normativa²⁸⁴, em vista de sua incompatibilidade com o regime jurídico consagrado conjuntamente na Lei 9.784/1999, na Lindb e na Lei 14.133/2021.

Como já mencionado, a Súmula consagrava enfoque causal para a questão da invalidade, que priorizava a causa em detrimento dos efeitos; isto é: a legalidade em detrimento da segurança jurídica. Reputava-se que (i) qualquer invalidade no ato administrativo necessariamente acarretava seu desfazimento e a extirpação de seus efeitos; (ii) que do ato viciado não se originavam efeitos jurídicos; e (iii) que o único grau admissível para a invalidade do ato administrativo era o da nulidade.

As leis posteriores a 1988, em nome da segurança jurídica e da proteção à confiança, percorreram o trajeto no sentido de consagrar enfoque consequencialista para a questão das invalidades, de modo a priorizar o efeito em detrimento das causas e de vincular a decisão invalidatória à observância das circunstâncias do caso concreto e dos efeitos práticos e jurídicos que dela podem advir.

Nesse contexto, como demonstrado no tópico anterior, as três implicações sustentadas pela Súmula 473 do STF foram normativamente superadas: (i) dissociou-se a pronúncia da invalidade do desfazimento do ato e de seus efeitos jurídicos; (ii) passou-se a reconhecer que

²⁸² BRASIL. TCU, Acórdão 988/2022, Plenário, rel. Min. Antonio Anastasia, j. 04.05.2022.

²⁸³ BRASIL. TCU, Acórdão 1.737/2021, Plenário, rel. Min. Weder de Oliveira, j. 21.07.2021.

²⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. *Op. cit.*, p. 1671.

do ato viciado podem se originar efeitos jurídicos (não os previstos para o ato válido, mas ao menos alguns dos produzidos durante a vigência válida do ato); e (iii) reconheceu-se a possibilidade de se aludir a outros graus de invalidade no ato administrativo. Os subtópicos deste item destrincharão essas novas concepções.

3.6.1 A possibilidade de preservação dos efeitos produzidos por atos administrativos viciados

A dissociação da pronúncia da invalidade do desfazimento do ato e o reconhecimento de que o ato viciado pode produzir efeitos fáticos e jurídicos são autorizadas em cinco hipóteses no ordenamento jurídico brasileiro:

- (i) a convalidação ou a repetição lícita do ato, quando possível (art. 147, caput, da Lei 14.133/2021 c/c art. 55 da Lei 9.784/1999);
- (ii) a estabilização dos efeitos produzidos pelo ato viciado por decurso do prazo decadencial de 5 anos para a Administração invalidar seus atos (art. 54 da Lei 9.784/1999);
- (iii) a continuidade do ato e de seus efeitos, acompanhada da correção do vício, quando concluir-se que a invalidação é solução prejudicial a interesses econômicos, sociais ou ambientais (art. 147, parágrafo único, da Lei 14.133/2021 e art. 21 da Lindb);
- (iv) a imposição de equivalentes jurídicos, consistentes na indenização por perdas e danos, nos casos em que se reputar impossível o retorno à situação fática existente anteriormente ao ato (art. 148, § 1º, da Lei 14.133/2021);
- (v) a invalidação prospectiva do ato, quando no caso concreto a segurança jurídica prevalecer sobre a legalidade após uma ponderação proporcional entre os dois princípios (art. 148, § 2º, da Lei 14.133/2021 c/c art. 21 da Lindb c/c art. 4º, § 4º, do Decreto 9.830/2019).

O decisor terá certa margem de discricionariedade para indicar quais efeitos do ato viciado poderão ser preservados e quais efeitos não poderão ser preservados (art. 21 da Lindb c/c art. 4º, §§ 3º, 4º e 5º do Decreto 9.830/2019).

3.6.2 O reconhecimento de outros graus de invalidade para o ato administrativo

O reconhecimento normativo da possibilidade de saneamento de vícios em atos administrativos (art. 147, caput e parágrafo único, da Lei 14.133/2021 c/c art. 55 da Lei 9.784/1999 c/c art. 21 da Lindb) e da atribuição de eficácia prospectiva a decisões invalidatórias (art. 148, § 2º, da Lei 14.133/2021 c/c art. 21 da Lindb c/c art. 4º, § 4º, do Decreto 9.830/2019)

permite inferir que a anulabilidade é um grau de invalidade identificável no direito administrativo. Ela é preferível, inclusive, à nulidade (uma vez que é hipótese a ser levada em consideração antes da invalidação retroativa).

Apesar disso, denota-se que a anulabilidade ainda não possui disciplina própria e uniforme, que especifique suas possíveis manifestações, como possui o Código Civil (art. 171). A falta de um Código para o direito administrativo é uma possível causa para esse problema.

De todo modo, de volta aos debates do s. XX, constata-se que a posição há muito proferida por Miguel Seabra Fagundes²⁸⁵ e por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁸⁶ acabou por prevalecer. Eles defendiam, em contraposição a Hely Lopes Meirelles, que o direito administrativo devia criar suas próprias hipóteses para a anulabilidade, e não adotar irrestritamente as hipóteses previstas no Código Civil.

Somente com a constatação da necessidade de se preservar certos efeitos produzidos por atos administrativo viciados, acompanhado da afirmação do princípio da segurança jurídica como subprincípio do Estado de Direito, é que o direito administrativo brasileiro pôde readequar a disciplina ora incorporada do direito privado com relação aos graus de invalidade do ato jurídico²⁸⁷.

Hoje, a invalidade em grau de nulidade é hipótese excepcional, enquanto a invalidade em grau de anulabilidade e a preservação dos efeitos do ato viciado se tornaram a regra²⁸⁸.

3.7 Ressalvas às evoluções normativas: os possíveis excessos do consequentialismo

Por outro lado, há de se atentar para que a defesa da segurança jurídica e a proteção à confiança não signifiquem a violação de normas jurídicas.

3.7.1 Os limites da autonomia decisória quanto à invalidação

A autonomia atribuída aos intérpretes e aplicadores do direito na melhor solução para a invalidação de atos administrativos não implica uma margem de autonomia insuscetível de controle ou fiscalização²⁸⁹.

²⁸⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. *Op. cit.*

²⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. *Op. cit.*

²⁸⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. 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 n° 9.784/99). **In:** DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 3: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. *Op. cit.*

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. *Op. cit.*, p. 1663.

A necessidade de ponderação entre legalidade e segurança jurídica reflete a ausência de solução vinculada. Ou seja, a invalidação de atos administrativos envolve, de fato, certa margem de discricionariedade.

Mas essa discricionariedade não é ampla. Há soluções distintas que devem ser aplicadas de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a partir de uma avaliação consequencialista, que considere os efeitos produzidos por eventual invalidação²⁹⁰.

Marçal Justen Filho afirma que a invalidação de atos deve se orientar pelo “princípio do prejuízo”, segundo o qual: “aplica-se o princípio da proporcionalidade para identificar a solução menos onerosa para os interesses fundamentais”²⁹¹.

3.7.2 A necessidade de rápida identificação dos vícios para a adoção de providências

Em segundo lugar, o novo regime das invalidades não afasta a necessidade de uma rápida identificação dos vícios, que consiga evitar o surgimento de situações consolidadas. A identificação dos vícios exige providências imediatas. Não se pode permitir que, sob a proteção da segurança jurídica, um agente público aguarde o decurso do tempo para, diante de um cenário irreversível, pretender atribuir legitimidade a condutas abusivas²⁹².

3.7.3 A ausência de permissão para a inobservância da lei e a responsabilização dos agentes envolvidos

Tampouco pode o agente público utilizar-se da segurança jurídica para incorrer propositalmente em invalidades quando da edição de atos administrativos.

A autorização contemplada no art. 147 propicia, de modo intencional, um incentivo ao desrespeito à ordem jurídica. [...] surge a possibilidade de que sujeitos mal-intencionados atuem de modo preordenado à violação da ordem jurídica, antevendo que a consolidação da situação fática afastará o desfazimento das infrações²⁹³.

Em vista disso, mesmo que se decida, no caso concreto, pela manutenção do ato viciado, deve-se promover o saneamento das irregularidades e, se for o caso, a responsabilização dos agentes envolvidos quando existirem indícios de atuação irregular (art. 147, parágrafo único, da Lei 14.133/2021)²⁹⁴. Nesse sentido já decidiu o TCU:

[...] a manutenção do contrato não significa a imunidade desse ajuste às alterações destinadas a eliminar os vícios constatados (por exemplo, sobrepreço decorrente de corrupção) ou a imunidade dos agentes envolvidos às punições cabíveis²⁹⁵.

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ *Ibid.*, p. 1664.

²⁹² *Ibid.*, p. 1673.

²⁹³ *Ibid.*, p. 1672.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 1670.

²⁹⁵ BRASIL. TCU, Acórdão 681/2022, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 30.03.2022.

As flexibilizações promovidas pela Lei 14.133/2021 no tema das invalidades não significam autorização para ignorar os vícios do ato administrativo, deixar impunes os agentes públicos envolvidos ou permitir o enriquecimento ilícito dos particulares que se relacionam com a Administração. Em todos os casos, cabe providenciar as devidas responsabilizações para que o saneamento dos vícios não produza benefícios indevidos²⁹⁶.

Considerações Finais

Esta monografia pretendeu demonstrar a incompatibilidade da Súmula 473 do STF com os novos paradigmas do direito administrativo e com as soluções normativas consagradas em momento posterior à Constituição de 1988. Nessa empreitada, percorreu-se o trajeto de afirmação do estágio atual da disciplina jurídica relativa às invalidades no direito administrativo brasileiro.

Em meados do s. XX, no âmbito de um Estado autoritário e da influência de Hely Lopes Meirelles, o STF editou a Súmula 473, que refletia a incorporação irrestrita pelo direito administrativo da disciplina produzida pelo direito privado no tema das invalidades.

Reputava-se, de acordo com a Súmula, que (i) qualquer invalidade no ato administrativo necessariamente acarretava seu desfazimento e a extirpação de seus efeitos; (ii) que do ato viciado não se originavam efeitos jurídicos; e (iii) que o único grau admissível para a invalidade do ato administrativo era o da nulidade.

Isso gerava controvérsias impossíveis de serem superadas. Lembre-se do caso de Barbarius Philippus apresentado na introdução desta monografia. Se a orientação da Súmula 473 do STF estivesse vigente na Roma antiga, todos os atos realizados por Barbarius Philippus no exercício do cargo de pretor seriam nulos e, portanto, nenhum de seus efeitos fáticos e jurídicos seriam válidos. Situações semelhantes se disseminaram no direito brasileiro.

A promulgação da Constituição de 1988 e a afirmação dos novos paradigmas do direito administrativo alteraram esse cenário. A possibilidade de atribuição de juridicidade administrativa *contra legem* a atos administrativos, somada ao reconhecimento de normatividade ao princípio jurídico da segurança jurídica, em acepção subjetiva, passou a fundamentar a pretensão de se garantir proteção à confiança dos particulares quando da invalidação de atos administrativos.

²⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. *Op. cit.*, p. 1670.

Esse foi o núcleo condutor para a adaptação da disciplina das invalidades às necessidades do direito administrativo brasileiro, originalmente incorporada do direito privado.

Em todos os casos, a legalidade administrativa passou a ser proporcionalmente ponderada com a segurança jurídica para a preservação ou não dos efeitos jurídicos produzidos por atos administrativos viciados e para a definição da retroatividade ou da prospectividade da decisão invalidatória.

A Lei 9.784/1999, a Lei 13.655/2018, que reformou a Lindb, e a Lei 14.133/2021 destinaram-se a detalhar o novo regime jurídico para as invalidades no direito administrativo, à luz dos novos paradigmas do direito administrativo e da normatividade do princípio da segurança jurídica.

Em contraposição à orientação da Súmula 473 do STF, consagraram-se soluções consequencialistas para as invalidades, que priorizam os efeitos em detrimento das causas e vinculam a decisão invalidatória à observância das circunstâncias do caso concreto e dos possíveis efeitos práticos e jurídicos que da decisão invalidatória podem advir.

No novo regime das invalidades, a invalidação retroativa, por vício de nulidade, passou a ser a exceção e a preservação dos efeitos produzidos por atos administrativos viciados restou autorizado em cinco hipóteses (item 3.6.1).

Ainda, a possibilidade de saneamento do ato e de atribuição de eficácia prospectiva à decisão invalidatória conduziram à afirmação da anulabilidade como um grau possível para a invalidade dos atos administrativos. Trata-se, inclusive, de hipótese a ser considerada antes da invalidação retroativa, em grau de nulidade absoluta.

Nesse contexto, a doutrina de Hely Lopes Meirelles e as antigas implicações deduzidas da Súmula 473 do STF caíram por terra. Isso porque (i) dissociou-se a pronúncia da invalidade do desfazimento do ato e de seus efeitos jurídicos; (ii) passou-se a reconhecer que do ato viciado podem se originar efeitos jurídicos (não os previstos para o ato válido, mas ao menos alguns dos produzidos durante a vigência válida do ato); e (iii) reconheceu-se a possibilidade de se aludir a outros graus de invalidade no direito administrativo.

Todavia, a flexibilização das invalidades, apesar de atribuir maior discricionariedade aos decisores, não os desvincula da submissão ao controle da atividade administrativa. O novo regime das invalidades não autoriza a inobservância das normas jurídicas. A legalidade administrativa não pode ser sacrificada em prol da segurança jurídica.

É justamente na necessidade de se preservar a legalidade que se conduz a uma consideração final relevante a respeito da subsistência da Súmula 473 do STF na ordem jurídica brasileira.

Em perspectiva comparada, observou-se que o desenvolvimento da disciplina das invalidades no direito administrativo brasileiro o aproximou das experiências consagradas no direito europeu, sobretudo com relação a adoção da anulabilidade como a regra, e da nulidade como a exceção.

Na Europa, em geral, é consolidado o entendimento de que, no direito administrativo, a anulabilidade é a principal espécie de invalidade. A nulidade é hipótese excepcionalíssima, confundida com a inexistência jurídica. Isso ocorre em respeito à presunção de legitimidade dos atos administrativos e à proteção à confiança dos particulares que se relacionam com a Administração.

Mas a comparação com o direito europeu não pode deixar de considerar certos aspectos. No Brasil, diversamente da Europa, a nulidade continua a se observar quando há vício que viole sobremaneira a legalidade administrativa, em casos que não configuram inexistência jurídica. Por aqui, não se confundem invalidade e inexistência.

Assim, admite-se a invalidação retroativa como a solução adequada para a preservação da legalidade (art. 148, caput, da Lei 14.133/2021), quando essa for a conclusão atingida a partir da ponderação proporcional com a segurança jurídica, após o percurso do itinerário previsto pelo art. 147 da Lei 14.133/2021.

A subsistência da Súmula 473 do STF é reflexo da necessidade de se reconhecer um vício de nulidade quando gravemente violado o princípio da legalidade administrativa.

No entanto, a subsistência da Súmula 473 do STF não prejudica a constatação de que as implicações dela deduzidas e os pressupostos que as embasavam foram superados pelos novos paradigmas do direito administrativo e são incompatíveis com as soluções normativas propostas posteriormente à promulgação da Constituição de 1988.

O regime jurídico para as invalidades no direito administrativo brasileiro está suficientemente pronto para prescindir da Súmula 473 do STF. Quando violada sobremaneira a legalidade e, se assim for mais consentâneo aos interesses envolvidos, aplica-se o art. 148, caput, da Lei 14.133/2021, que autoriza a invalidação retroativa.

Portanto, para parafrasear Ronald Dworkin²⁹⁷, no romance em cadeia que constitui a jurisprudência dos tribunais, é imperioso identificar o momento de superar orientações passadas em prol de alternativas mais consentâneas com a contemporaneidade. A Súmula 473 do STF é prescindível para o regime de invalidades no direito administrativo brasileiro e pode ser revogada.

²⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

REFERÊNCIAS:

- ALEXY, Roberto. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL FILHO, Marcos J. T. do. Limites ao exercício do poder discricionário em face do princípio da segurança jurídica. **In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). Os caminhos do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 281.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista da EMERJ**, v. 9, nº 33, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. **In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo – natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. **Int. Públ. – IP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 29-70, nov./dez. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. **In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 31-56.
- BAQUER, Sebastián Martín-Retortillo. **El Derecho Civil en la Genesis del Derecho Administrativo y de sus Instituciones**. Madrid, Espanha: Civitas, 1996.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Coleção das Leis da República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 1916.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.** Regula a ação popular. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 5 jul. 1965.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, 5 set. 1942.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1º fev. 1999.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 nov. 1999.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 6 dez. 1999.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.** Acrescenta dispositivos à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 26 abr. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.** Regulamenta dispositivos da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que acresce à Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 11 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Institui a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 1º abr. 2021.

BRASIL. **STJ, REsp 300.116/SP, 1ª Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 06.11.2001, DJe 25.02.2002.**

BRASIL. **STJ, REsp 1.707.944/SC, Monocrática, rel. Min. Regina Helena Costa, j. 16.11.2017, DJe 23.11.2017.**

BRASIL. **STF, Pet 2.900-3 QO, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2003.**

BRASIL. STF, MS 24.268/MG, Plenário, rel. Min. Ellen Gracie, red. p/ ac. Min. Gilmar Mendes, j. 05.02.2004, DJe 17.09.2004.

BRASIL. STF, MS 22.357/DF, Plenário, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2004, p. 05.11.2004.

BRASIL. STF, ADI 3.378 ED/DF, Plenário, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 21.02.2022, DJe 07.03.2022.

BRASIL. STF, RE 1.493.148/MT, Monocrática, rel. Min. Flávio Dino, j. 11.11.2024, DJe 12.11.2024.

BRASIL. STF. Súmula n. 346. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: [inserir data de acesso].

BRASIL. STF. Súmula n. 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vício que os torne ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 de jun. 2025.

BRASIL. TCU, Acórdão 2.601/2020, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 30.09.2020.

BRASIL. TCU, Acórdão 1.737/2021, Plenário, rel. Min. Weder de Oliveira, j. 21.07.2021.

BRASIL. TCU, Acórdão 2.075/2021, Plenário, rel. Min. Raimundo Carreiro, j. 01.09.2021.

BRASIL. TCU, Acórdão 681/2022, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 30.03.2022.

BRASIL. TCU, Acórdão 988/2022, Plenário, rel. Min. Antonio Anastasia, j. 04.05.2022

BRASIL. TCU, Acórdão 2.118/2024, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 09.10.2024.

CÂMARA, Jacintho Arruda. A preservação dos efeitos dos atos administrativos viciados. **R. bras. de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 9, n. 18, pp. 23-56, jul./dez. 2020.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Art. 24 da LINDB: irretroatividade de nova orientação geral para anular deliberações administrativas. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), pp. 113-134, nov. 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 11. reimp. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. 1a ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CHUEIRI, Vera Karam de et al. **Fundamentos de Direito Constitucional – Novos Horizontes Brasileiros**. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2025.

COUTO E SILVA, Almiro do. 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). **In:** DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, J. J. Gomes; COSTA, José de Faria. *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Vol. 3: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2008.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da Proteção à Confiança e a Teoria da Invalidez dos Atos Administrativos no Direito Brasileiro. **In:** MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patrícia; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coords.). *Estudos: Direito Público: homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. São Paulo: Lex Editora, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra: Almedina, 1996.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 13. ed., rev., atual. e ampl. Barueri - SP: Atlas, 2025.

GODOY, Miguel Gualano de. **Devolver a constituição ao povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais**. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HORBACH, Carlos Bastide. **Teoria das nulidades do ato administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2025.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria das nulidades no direito administrativo. **Revista dos Tribunais**, vol. 1.046/2022, p. 79-88, dez. 2022.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KHUN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 1998.

LUHMANN, Niklas. **A constituição como aquisição evolutiva**. Trad. para fins acadêmicos não publicada de Menelick de Carvalho Netto e Paulo Sávio Peixoto Maia.

- MAFFINI, Rafael. Art. 20 da LINDB. **In:** DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael (Coords.). *Segurança jurídica na aplicação do Direito Público*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A superação do ato administrativo autista. **In:** MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein (Orgs.). *Os caminhos do ato administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MAURER, Hartmut. **Elementos do direito administrativo alemão**. Trad. de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 20. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.
- MIRANDA, Pontes de. Atual. de Judith Martins-Costa, Gustavo Haical, Jorge Cesar Ferreira da Silva. **Tratado de direito privado**. Tomo 1: Pessoas físicas e jurídicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. Atual. de Ovídio Rocha Barros Sandoval. **Tratado de direito privado**. Tomo 2: Bens e fatos jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. Atual. de Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. **Tratado de direito privado**. Tomo 4: Validade, nulidade e anulabilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- MIRANDA, Pontes de. Atual. de Marcos Bernardes de Mello e Marcos Erhardt Jr. **Tratado de direito privado**. Tomo 5: Eficácia jurídica, direitos e ações. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Súmula nº 473: é hora de dizer adeus – Ela cumpriu seu papel, mas hoje traz problema. **In:** SUNDEFELD, Carlos Ari; JORDÃO, Eduardo; MOREIRA, Egon

Bockmann; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; BINENBOJM, Gustavo; CÂMARA, Jacintho Arruda; MENDONÇA, José Vicente Santos de; JUSTEN FILHO, Marçal; MONTEIRO, Vera. *Publicistas: direito administrativo sob tensão*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2007.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. **In:** SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstituindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2006.

SÓFOCLES. **Antígona**. Trad. de Sueli Maria Regino. São Paulo: Martin Claret, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari et al. **Curso de Direito Administrativo em ação – Casos e Leituras para Debates**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.