



Centro Universitário de Brasília

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

ALEXANDRE PEIXOTO FIGUEIRA

# DA POSSIBILIDADE DOS VÍCIOS DE CONSENTIMENTO NO ATO ADMINISTRATIVO

Brasília, 2011

ALEXANDRE PEIXOTO FIGUEIRA

DA POSSIBILIDADE DOS VÍCIOS DE CONSENTIMENTO  
NO ATO ADMINISTRATIVO

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Bastide Horbach.

Brasília, 2011.

## RESUMO

Sabe-se que os vícios de consentimento consistem em defeitos que maculam a manifestação de vontade do agente, tendo como consequência a sujeição do ato jurídico defeituoso aos regimes sancionatórios da nulidade ou anulabilidade. No âmbito do direito privado, a liberdade de contratar, bem como de definir o conteúdo do contrato, é relativamente ampla, desde que não contrarie o ordenamento jurídico. O mesmo não ocorre quando se trata de atos da Administração Pública, cujos princípios informadores impõem uma disciplina diferente. O princípio da legalidade obriga a Administração a agir somente quando autorizada por lei, de modo que sua atuação, em regra, é vinculada. No entanto, a vinculação absoluta da Administração à lei tornaria impossível sua atuação, pois não seria possível o legislador prever todas as suas condutas. Este é, dentre outros, o motivo pelo qual se confere discricionariedade à Administração, de forma a viabilizar a persecução do interesse público. Assim, busca-se investigar, nesta monografia, se os vícios de consentimento são possíveis no âmbito dos atos administrativos, uma vez que a discricionariedade de que goza a Administração confere certa margem de liberdade ao agente público.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Teoria do fato jurídico. Vícios de consentimento. Ato administrativo.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	4
1 DO FATO JURÍDICO .....	8
1.1 Teoria do fato jurídico .....	8
1.2 Ato administrativo .....	13
1.2.1 Ato administrativo vinculado e discricionário .....	17
2 DA AUTONOMIA E DA VONTADE.....	20
2.1 Autonomia privada .....	20
2.2 Legalidade .....	22
2.3 Autonomia pública .....	23
2.3.1 Discricionariedade e conceitos jurídicos intederminados .....	27
2.4 Da vontade .....	29
2.4.1 Vontade no Direito Administrativo.....	35
2.5 Dos vícios de consentimento .....	37
3 DA INVALIDADE.....	40
3.1 Invalidade no ato administrativo.....	42
4 DA POSSIBILIDADE DOS VÍCIOS DE CONSENTIMENTO NO ATO ADMINISTRATIVO .....	45
4.1 Da oportunidade de se alegarem os vícios de consentimento no ato administrativo .....	51
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS.....	58

## INTRODUÇÃO

Se é certo que a Ciência do Direito não é tão pura quanto queria Kelsen, não se pode desprezar sua contribuição. Ao tentar livrar o direito das influências provenientes de outras áreas, como a sociologia e a política, Kelsen contribuiu de maneira decisiva para seu aprimoramento, dotando-o de maior rigor científico<sup>1</sup>.

A teoria do fato jurídico está entre os temas de maior relevância para o direito. Sob a ótica da dogmática jurídica, o fato jurídico é o cerne do fenômeno jurídico, pois permite a compreensão de como os fatos são considerados pelo direito e quais suas implicações. Desse modo, resta incontestável a importância desta teoria para a Ciência do Direito, não apenas pela base teórica que fornece aos juristas, mas também porque tem implicações práticas muito claras no que toca ao tratamento dos atos jurídicos.

Conforme será visto mais detalhadamente, certos acontecimentos considerados relevantes para o direito possuem em seu cerne a vontade humana. Exemplo típico é o contrato, um acordo de vontades que permite às pessoas dar vazão a seus interesses de forma dinâmica, cuja utilidade é enorme e tende a aumentar em razão da complexidade crescente da sociedade contemporânea.

Entretanto, não se pode esquecer que o direito protege certos valores, pela razão de que essa proteção garante o bem maior da sociedade. Assim, não é dado ao indivíduo agir de forma contrária ao direito, porque estaria violando, em última instância, os valores que possibilitam o convívio em sociedade. Por esse motivo, o direito repele, por meio de sanções, os atos inválidos, ou seja, aqueles atos que tenham sido praticados em desconformidade com a ordem jurídica.

---

<sup>1</sup> Adotar-se-á o conceito de Ciência como sendo um conjunto sistematizado de conhecimentos e métodos próprios. Essa posição pretende eliminar do contexto deste trabalho qualquer discussão sobre o caráter científico, ou não, da Ciência do Direito. Uma digressão sobre este ponto desviaria por demais o foco da investigação, ainda mais quando se sabe que o próprio termo Ciência não é inequívoco e suscita as mais variadas discussões. Sobre este aspecto, diz Tércio Sampaio Ferraz Jr.: “O termo *ciência* não é unívoco; se é verdade que com ele designamos um tipo específico de conhecimento, não há, entretanto, um critério único que determine a extensão, a natureza e os caracteres deste conhecimento; os diferentes critérios têm fundamentos filosóficos que ultrapassam a prática científica, mesmo quando esta prática pretende ser ela própria usada como critério” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 9). Pode-se concluir, portanto, que há uma impossibilidade lógica de definir ciência utilizando critérios científicos, ou seja, não pode a ciência ser anterior a ela própria. Destarte, inevitavelmente, a construção do conceito de ciência requer uma tomada de posição filosófica.

Nos atos jurídicos praticados cotidianamente, como nos contratos de compra e venda, por exemplo, a todo momento as pessoas manifestam suas vontades. A vontade, para que possa ser tomada como válida pelo ordenamento, deve ser manifestada de forma livre, sem qualquer interferência que a deforme. Faz sentido que assim seja, pois aos particulares aplica-se o princípio da autonomia privada, fundamento da liberdade contratual privada. Portanto, se o ordenamento confere ao indivíduo, no espaço deixado pela lei, o poder de regular seus interesses segundo sua vontade, apenas esta é idônea a vincular juridicamente o indivíduo, não merecendo acolhida ato jurídico que se apoie em vontade que não foi manifestada livremente. Se assim não ocorrer, estar-se-á diante de vício de consentimento, ou seja, aquele vício que diz respeito a hipóteses nas quais a manifestação de vontade do agente não corresponde ao íntimo e verdadeiro intento do agente<sup>2</sup>.

Já se sabe, pois, que os vícios de consentimento dizem respeito a algum defeito ocorrido na vontade do agente. Mas quando se tratar de um ato administrativo, há de se falar em vício de consentimento?

Eis a questão que sintetiza o objeto desta monografia, qual seja, investigar a **possibilidade teórica dos vícios de consentimento no âmbito dos atos administrativos**, tema pouco explorado na literatura jurídica.

Normalmente, os autores que tratam do Ato Administrativo não se dedicam a investigar os vícios de consentimento. Muitas vezes se limitam a falar que a vontade do agente público está integralmente condicionada à vontade normativa, e por isso consideram que tal espécie de vícios é irrelevante.

É certo que a sujeição dos atos administrativos ao regime jurídico de direito público faz com que tenham características especiais, como a submissão à legalidade e ao interesse público, dentre outros princípios, e que em alguns casos este regime suprime por completo a vontade do agente, mas o fato é que há situações em que o agente público goza de liberdade, mesmo que esta não seja tão ampla quanto aquela da qual dispõem os particulares no âmbito do direito privado. A esse respeito, veja-se a opinião de Carlos Bastide Horbach:

---

<sup>2</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil. Teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 468.

Em relação aos requisitos objetivos há a importante questão dos vícios de vontade, ou dos vícios das declarações de vontade normativa que instruem os atos administrativos. A Administração, sendo uma pessoa jurídica, atua por meio de pessoas físicas, as pessoas titulares dos órgãos que efetuam a declaração, o que faz que os vícios da vontade sejam relativos à psicologia pessoal de tais indivíduos. Por outro lado, sendo a atividade administrativa uma atividade subordinada à lei, nos casos em que o ato está em conformidade com a lei não haverá falar em investigação dos vícios de vontade ou do estado psicológico do agente. Porém, essa posição somente é válida para os atos vinculados, já que na hipótese do ato discricionário a posição psicológica do agente é fundamental para a escolha de uma das opções legalmente estabelecidas.<sup>3</sup>

Vê-se, então, que há uma vontade psicológica do agente a dar suporte à atuação administrativa, de modo que tal constatação merece investigação mais detida.

Dada a escassez de páginas dedicadas ao tema e sua complexidade, não será possível aprofundar-se na investigação sem percorrer um longo caminho, passando obrigatoriamente por alguns institutos, conceitos e idéias, que serão fundamentais para se chegar a qualquer conclusão mínima sobre o assunto.

O início dessa jornada terá como ponto de partida a teoria do fato jurídico, apresentada em traços gerais, com ênfase naqueles pontos que têm ligação mais estreita com o tema objeto deste trabalho. Depois, também em linhas gerais, discorrer-se-á sobre o ato administrativo, com ênfase na distinção, de extrema importância para esta investigação, entre atos administrativos discricionários e vinculados.

Em seguida, proceder-se-á à análise da autonomia privada, enquanto fundamento dos atos jurídicos praticados pelos particulares. Posteriormente, a atenção recairá sobre a autonomia pública e o princípio da legalidade, que embasa todo o agir da Administração. Da comparação entre as autonomias pública e privada, buscar-se-á extrair as diferenças e semelhanças existentes, de modo a delinear até que ponto a consideração da autonomia no âmbito do direito público influencia na questão dos vícios de consentimento. A

---

<sup>3</sup> HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 50.

incursão pela seara da autonomia pública não poderia se completar sem passar pela discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados, elementos nos quais reside o diminuto espaço de liberdade de que goza o agente público na prática dos atos administrativos.

Após o cotejo das autonomias privada e pública, a análise será direcionada para a vontade, elemento de extrema importância nesta investigação, uma vez que é ela o palco de atuação dos vícios de consentimento. Neste ponto, far-se-á importante reflexão sobre a expressão “vontade normativa”, visto que a semântica de tal expressão, acredita-se, obscurece a questão da vontade no âmbito do ato administrativo.

A seguir, tratar-se-á dos vícios de consentimento no âmbito do direito civil, tendo em mente que suas normas não se restringem apenas ao direito privado, mas espraiam-se para todos os ramos do direito, porquanto têm caráter geral. Ressalva-se, antes que se possa gerar qualquer equívoco ou expectativa, que os vícios de consentimento não serão tratados em suas minúcias, visto que o detalhamento de cada espécie (dolo, erro, coação, lesão e estado de perigo) extrapolaria o escopo desta monografia. Interessa a este trabalho o vício de consentimento enquanto gênero, e como este se relaciona com o ato administrativo.

Aproximando-se do fim do percurso, far-se-á uma breve incursão pela invalidade e suas espécies (nulidade e anulabilidade) no âmbito do sistema geral do Código Civil, para depois considerá-la no âmbito do ato administrativo.

Por fim, com base no que foi possível apreender a partir do caminho trilhado, será enfrentada a questão central deste trabalho, qual seja, a da possibilidade, ou impossibilidade, de ocorrência dos vícios de consentimento no âmbito do ato administrativo.

## 1 DO FATO JURÍDICO

### 1.1 Teoria do fato jurídico

Em vista do objeto desta pesquisa relacionar-se intimamente com a teoria do fato jurídico, iniciar por sua exposição impõe-se como requisito. Não se fará aqui uma descrição abrangente e exaustiva, pois demandaria um verdadeiro tratado, mas apenas aquela necessária ao bom desenvolvimento deste trabalho.

Como já se afirmou, a teoria do fato jurídico é de alto valor científico para a dinâmica do direito positivo. Sua compreensão permite apreender como o fato concreto, ocorrido no mundo real, ingressa e produz efeitos no mundo jurídico.

No dizer de Marcos Bernardes de Mello, fatos jurídicos “são o resultado da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático quando concretizado no mundo dos fatos”<sup>4</sup>. É o fato jurídico, pois, aquele fato que ingressa no mundo do direito porque sobre ele incidiu a norma jurídica. Nem todos os acontecimentos do mundo fático são relevantes para o mundo do direito, de modo que somente aqueles fatos que gozam de importância para o mundo jurídico serão selecionados para sofrer a incidência da norma jurídica.

Não obstante tenha se desenvolvido principalmente no âmbito do direito privado, a teoria do fato jurídico localiza-se no campo da Teoria Geral do Direito, uma vez que a essência do fenômeno jurídico é a mesma, não importando o ramo do direito considerado. Ocorre apenas que as disciplinas jurídicas por vezes adotam terminologias diferentes, mas que estão a indicar a mesma coisa. Considerem-se como exemplo as diferentes designações empregadas para denominar a descrição abstrata de um fato apto a produzir efeitos no mundo jurídico: suporte fático hipotético<sup>5</sup> na Teoria Geral, tipo penal no Direito Penal e hipótese de incidência no Direito Tributário.

No estágio atual de desenvolvimento da teoria, o mundo jurídico encontra-se dividido em três planos. O primeiro deles é o da existência, que diz respeito aos elementos essenciais para que o fato jurídico exista. A falta de qualquer destes elementos implica na inexistência jurídica do fato, posto que não haverá incidência da norma jurídica. Neste plano não se cogita da validade ou eficácia.

---

<sup>4</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>5</sup> Esta denominação é utilizada por Marcos Bernardes de Mello.

O segundo plano, da validade, diz respeito àqueles requisitos que devem ser cumpridos para que o ato não ofenda a ordem jurídica. A violação do ordenamento, por conseguinte, gera uma sanção, que visa proteger a ordem jurídica. Esta sanção consiste em uma das espécies de invalidação dos atos jurídicos: nulidade ou anulabilidade.

Os requisitos de validade são criados, portanto, para resguardar aqueles valores mais importantes eleitos pela comunidade em determinada época. Por certo, um passeio pelos ordenamentos jurídicos de diferentes comunidades nos revelaria que não há uniformidade quanto a esses requisitos, já que cada comunidade apresenta uma realidade histórica e cultural específica. Tampouco haveria uniformidade quanto às sanções aplicadas às violações do ordenamento.

Carlos Bastide Horbach, ao analisar as experiências jurídicas de vários países no que tange às nulidades dos atos jurídicos e atos administrativos, fez essa constatação:

A análise das diferentes experiências jurídicas apresentadas ao longo do texto, quais sejam as experiências francesa, alemã, espanhola, italiana, portuguesa e brasileira no tratamento das nulidades dos atos jurídicos e dos atos administrativos, indica que cada ordenamento responde de maneira peculiar a certas questões que lhe são postas. Não há, portanto, uma resposta homogênea do direito civil ou do direito administrativo, considerados como ramos da ciência jurídica, às ilegalidades sancionadas pelas nulidades. Cada um dos ordenamentos estudados, ainda que guardem entre si algumas semelhanças, responde de maneira própria aos mesmos casos de nulidade que lhes são apresentados, gerando soluções diferentes numa comparação entre ordenamentos e, também, numa avaliação mais acurada de um mesmo ordenamento.<sup>6</sup>

Não é por outro motivo que Marcos Bernardes de Mello pensa ser impossível elaborar uma Teoria Geral das Nulidades:

Com efeito, uma teoria geral busca, a partir da realidade, enunciar princípios gerais que, harmonicamente estruturados, sintetizem a essência da instituição a que se refere, aplicando-se a todas as situações possíveis. A elaboração de uma teoria geral na área do direito, portanto, tem de partir da análise das normas do direito positivo e num processo gradativo de abstração chegar à enunciação de princípios tão gerais que a eles se ajustem todas as espécies que integram a instituição jurídica respectiva.

---

<sup>6</sup> HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 278.

Considerando esse sentido, a elaboração de uma teoria geral das nulidades nos parece uma missão irrealizável, em face da desuniformidade com que as espécies são tratadas no plano do direito positivo. Para atender às realidades e necessidades sociais, o legislador se vê na contingência de adotar regras que, por constituírem exceções à regras gerais, criam a impossibilidade de serem traçadas as características essenciais comuns a todas as espécies, o que permitiria a definição dos princípios gerais extraídos das normas de direito positivo. Na verdade, não há ponto no campo das nulidades em que se possam enunciar regras sem que haja a necessidade de mencionar pelo menos uma exceção.<sup>7</sup>

O terceiro plano ao qual se deve fazer menção é o da eficácia, que diz respeito aos efeitos produzidos no mundo jurídico. Importante ressaltar que para Marcos Bernardes de Mello, cuja terminologia tem por base aquela engendrada por Pontes de Miranda em seu Tratado de Direito Privado, com alguns desenvolvimentos específicos, a eficácia diz respeito à produção de efeitos no mundo do direito, sendo imperativo que não seja confundida com seu conceito sociológico, que refere-se à produção de efeitos da norma jurídica no meio social. Fica claro, então, que não se trata de saber se a norma jurídica é observada no contexto social, porquanto o enfoque desta pesquisa é dogmático jurídico.

Vê-se, portanto, que o fato jurídico é considerado sempre sob três aspectos: existência, validade e eficácia. Sobre a interrelação desses planos, muito lúcida e esclarecedora é a lição de Marcos Bernardes de Mello que, apesar de sua extensão, merece ser transcrita:

Como parece suficientemente demonstrado, existir, valer e ser eficaz são situações distintas em que se podem encontrar os fatos jurídicos.

[...]

O fato jurídico *existe* como resultado da incidência de uma norma sobre o seu suporte fáctico suficientemente composto.

O ser válido (valer), ou inválido (não-valer), já pressupõe a existência do fato jurídico. Da mesma forma, para que se possa falar de eficácia (= *ser eficaz*) é necessário que o fato jurídico exista. A recíproca, porém, em ambos os casos, não é verdadeira.

O existir independe, completamente, de que o fato jurídico seja válido ou de que seja eficaz. O ato jurídico nulo é fato jurídico como qualquer outro, só que deficientemente. A deficiência de elemento do suporte fáctico o faz inválido. Assim também ocorre com a eficácia [...].

Ser válido, ou inválido, e ser eficaz, ou ineficaz, são *qualificações* distintas atribuídas ao fato jurídico pelas normas jurídicas. O existir (=

---

<sup>7</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14-15.

ser fato jurídico) constitui, portanto, pressuposto essencial da validade, ou invalidade, e da eficácia, ou ineficácia, do fato jurídico, donde implicar uma *contradictio in adiecto* dizer-se, por exemplo, que o fato jurídico nulo, ou o ineficaz, é inexistente, porque somente o que existe pode ser qualificado.<sup>8</sup>

Estando bem compreendido o que vem a ser o fato jurídico e os três planos em que se desenvolve, é possível passar à classificação dos fatos jurídicos.

Os autores que teorizaram sobre os fatos jurídicos produziram as mais variadas classificações, de modo que não há uniformidade nesse ponto. Seguir-se-á aqui a classificação elaborada por Marcos Bernardes de Mello. Entretanto, esta não será explorada por inteiro, mas apenas no que for relevante para este trabalho<sup>9</sup>. Desse modo, revela-se interessante esclarecer o sentido da expressão fato jurídico e os significados das categorias fato jurídico *stricto sensu*, ato jurídico, ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico.

Por fato jurídico, conforme já se afirmou, entende-se aquele fato que ingressa no mundo jurídico porque sobre ele incidiu uma norma jurídica. A locução fato jurídico, quando empregada sem nenhum outro qualificativo, tem uma acepção genérica. Refere-se, portanto, a qualquer fato que sofreu a incidência da norma, não importando se tal fato é fruto de evento exclusivo da natureza ou da vontade humana, ou seja, designa qualquer fato sobre o qual incidiu a norma, independentemente de suas características. Destarte, as categorias fato jurídico *stricto sensu*, ato jurídico, ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico são todas fatos jurídicos. Como sinônimo de fato jurídico, nesta acepção que se acabou de explanar, emprega-se também a expressão fato jurídico *lato sensu*.

---

<sup>8</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12-13.

<sup>9</sup> Conforme afirmado no corpo do texto, abordar-se-ão apenas as categorias de maior contato com o tema aqui desenvolvido, justamente porque não é foco deste trabalho esgotar a classificação do referido autor, o que revelar-se-ia contraproducente. Por esse motivo, dentre os dois elementos cerne do suporte fático utilizados como critério pelo autor para engendrar sua classificação, quais sejam, “conformidade e contrariedade a direito” e “presença e ausência de conduta humana volitiva”, apenas este último será considerado. Além disso, todas as categorias enquadradas na divisão dos fatos contrários a direito serão omitidas. Serão abordadas, portanto, aquelas categorias enquadradas na divisão dos fatos conformes a direito, exceto o ato-fato jurídico, do qual também não se dará notícia. Para um esquema da classificação deste autor na sua integralidade cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 123.

A vontade tem um papel central na classificação dos fatos jurídicos<sup>10</sup>. Segundo a ausência ou presença de manifestação de vontade no suporte fático hipotético do fato jurídico, este será classificado em fato jurídico *stricto sensu* ou ato jurídico, respectivamente. Fato jurídico *stricto sensu*, portanto, refere-se àqueles fatos juridicamente relevantes em que a manifestação de vontade está ausente. Já o ato jurídico refere-se àqueles fatos juridicamente relevantes em que há manifestação de vontade. Impende, pois, destacar, a bem do rigor terminológico, que a utilização do termo ato pressupõe sempre a existência de vontade.

A categoria dos atos jurídicos divide-se ainda em mais duas: ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico. Por ato jurídico *stricto sensu* entende-se aquele fato juridicamente relevante em que há manifestação de vontade, mas esta não pode dispor sobre os efeitos jurídicos do ato, pois estes já estão previstos na lei, ou seja, a vontade é livre apenas para decidir quanto à oportunidade de praticar o ato, mas não para escolher seus efeitos jurídicos. São elucidativas as palavras de Marcos Bernardes de Mello:

No ato jurídico *stricto sensu*, como se conclui, a vontade não tem escolha da categoria jurídica, razão pela qual a sua manifestação apenas produz efeitos necessários, ou seja, preestabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, e invariáveis.<sup>11</sup>

O negócio jurídico, por sua vez, é aquele fato juridicamente relevante em que há manifestação de vontade direcionada a escolher os efeitos jurídicos pretendidos, desde que autorizados pelo ordenamento jurídico. Percebe-se, então, que a diferença entre essas duas espécies está na liberdade, ou não, de escolher as categorias eficaciais.

---

<sup>10</sup> O desenvolvimento da teoria do negócio jurídico conduziu a uma discussão sobre qual seria o papel da vontade no negócio jurídico. Assim, surgiram aqueles que procuraram definir o negócio pela sua gênese, conferindo papel de destaque à vontade, razão pela qual foram chamados de voluntaristas. De outro lado, houve aqueles que criticaram o papel conferido à vontade, dando ênfase à função do negócio jurídico, figurando nesse rol Emílio Betti, talvez o crítico mais acerbo das concepções voluntaristas baseadas no “dogma da vontade”. Alternativamente às duas concepções citadas, encontra-se aquela defendida entre nós pelo professor Antônio Junqueira de Azevedo, que procura definir o negócio jurídico por sua estrutura. Adianta-se que a polêmica existente em torno do papel da vontade no negócio jurídico será enfrentada no momento oportuno, quando se falar da vontade. Por enquanto, a exposição será feita levando em conta as concepções iniciais dos voluntaristas.

<sup>11</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 163.

## 1.2 Ato administrativo

A evolução histórica do ato administrativo confunde-se com a própria história do Direito Administrativo. Investigar as origens desse conceito, bem como sua autonomia e sistematização, passa pela análise do nascimento do Direito Administrativo na França, em especial a existência da jurisdição administrativa.<sup>12</sup>

A relevância da jurisdição administrativa para o conceito e a autonomia do ato administrativo reside no fato de que era necessário, nos primórdios do Conselho de Estado, estabelecer, diante do caso concreto, critérios que definissem quais atos estariam submetidos à jurisdição administrativa. Dessa forma, ainda que com base na casuística, deram-se os primeiros passos na direção do conceito de ato administrativo. Sobre este ponto, é digna de menção a lição de Carlos Bastide Horbach:

A definição de ato administrativo e, em consequência, os traços que o distinguem dos atos jurídicos do direito privado devem ser buscados, em primeiro lugar, na jurisprudência administrativa, em especial nos julgados do Conselho de Estado. A construção dos elementos característicos da autonomia desse instituto foi desenvolvida, sobretudo, pela análise da admissibilidade de recursos pela jurisdição administrativa, em especial o recurso de excesso de poder, já que somente podem ser objeto de análise pelo contencioso administrativo os atos administrativos, ou seja, ato administrativo é aquele que pode ser objeto de impugnação perante um tribunal administrativo.<sup>13</sup>

Apesar dos primeiros esforços de conceituação e sistematização do conceito de ato administrativo datarem da Revolução Francesa, ou até antes, para aqueles que entendem que as bases do Direito Administrativo datam do Antigo Regime<sup>14</sup>, os autores não chegaram até hoje a um conceito único, livre de oscilações decorrentes de suas concepções pessoais e dos seus sistemas jurídicos pátrios.

---

<sup>12</sup> Não se cuidará de esclarecer as razões históricas que determinaram a configuração da jurisdição administrativa na França, porque tal digressão se revela desnecessária em face do tema.

<sup>13</sup> HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 278.

<sup>14</sup> Sobre a polêmica do momento de surgimento do Direito Administrativo, se no Antigo Regime, ou na Revolução Francesa, cf. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 16 e ss.

CrITÉRIOS vÁRIOS foram utilizados pelos administrativistas para tentar alcançar a essÊncia do ato administrativo, valendo fazer referÊncia a dois critÉrios principais, o subjetivo e o objetivo.

Pelo critÉrio subjetivo, determina-se a natureza do ato pela pessoa que o praticou, ou seja, serÁ administrativo o ato praticado pela AdministraÇão. Contudo, não É difÍcil perceber que em alguns casos a utilizaÇão deste critÉrio conduz a erro, porquanto atos de Direito Privado praticados pela AdministraÇão seriam considerados atos administrativos. Outrossim, nenhum dos atos praticados fora do âmbito das funÇões tÍpicas do Poder JudiciÁrio ou Legislativo seria considerado ato administrativo. Exemplificando, ato que concede fÉrias a servidor público do Poder Executivo seria ato administrativo, ao passo que ato que concede fÉrias a servidor público do Poder JudiciÁrio não o seria, embora sejam, em essÊncia, o mesmo ato.

Pelo critÉrio objetivo, a natureza do ato É identificada segundo a funÇão que se exerce. Assim, são atos administrativos aqueles praticados no exercÍcio da funÇão administrativa. Este critÉrio tambÉm não É perfeito, pois, da mesma forma, classificaria atos privados praticados no exercÍcio da funÇão administrativa como atos administrativos.

A despeito de sua insuficiÊncia, pode-se dizer que os doutrinadores inclinaram-se para o critÉrio objetivo, acrescentando-lhe novos elementos.<sup>15</sup>

De extrema relevÂncia, porque reflete a posiÇão metodológica adotada nesta monografia, É o fato de que muitos doutrinadores pensaram o conceito de ato administrativo a partir da Teoria Geral do Direito, enquadrando-o na teoria do fato jurÍdico, em especial na categoria do ato jurÍdico. Tal fato não É de difÍcil observaÇão, como se pode constatar em passagens de obras de vÁrios autores. Iniciando por Celso Antônio Bandeira de Mello, tem-se que:

O ato administrativo É um ato jurÍdico, pois se trata de uma declaraÇão que produz efeitos jurÍdicos. É uma espÉcie de ato jurÍdico, marcado por caracterÍsticas que o individualizam no conjunto dos atos jurÍdicos. Se não apresentasse sua própria especificidade dentro deste gÊnero não haveria razão alguma para que a doutrina

---

<sup>15</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 204.

se afadigasse em formular seu conceito, pois bastaria o conceito de ato jurídico.<sup>16</sup>

Nesse mesmo sentido, Edmir Netto de Araújo afirma:

A noção de *ato jurídico*, despida de adjetivos e atributos, sem dúvida pertence não ao Direito Civil, mas à Teoria Geral do Direito; não é conceito exclusivo do Direito Civil, mas *categoria jurídica*, e o ato administrativo não é conceito transplantado do ato jurídico “civil” para o Direito Administrativo, mas espécie do gênero ato jurídico. [grifos no original]<sup>17</sup>

Por derradeiro, na mesma linha, a lição de Odete Medauar:

Na teoria geral do direito, as manifestações de vontade ou, simplesmente manifestações de um sujeito, que acarretam efeitos jurídicos, recebem o nome de atos jurídicos. Se efetuadas com observância de requisitos fixados na lei, tais manifestações produzem mudanças nas situações jurídicas.

Na esfera das relações entre particulares, o ato jurídico é estudado principalmente pelo direito civil, que, no decorrer de séculos, consolidou preceitos e noções, dos quais se vale a teoria do ato jurídico em geral.

Para atingir os fins a que se propõe e em virtude dos quais existe, o Estado desenvolve atividades múltiplas e ininterruptas, atuando por meio de seus agentes, os quais tomam decisões, expressas em atos que produzem efeitos jurídicos (por exemplo: reconhecem direitos, modificam direitos, extinguem direitos). Tais atos são igualmente atos jurídicos.<sup>18</sup>

Apreende-se, pois, que o ato administrativo é espécie do gênero ato jurídico, o que significa dizer que ele possui os traços essenciais do ato jurídico, além de trazer em si uma essência só sua, que o diferencia das outras espécies deste gênero.

A fixação do ato administrativo na taxonomia dos fatos jurídicos ocorre quando em seu conceito se afirma que ele contém uma declaração de vontade apta a produzir efeitos jurídicos. Neste exato momento a categoria do ato administrativo insere-se no todo, guardando coerência com o sistema, e ao mesmo tempo ganha autonomia, quando lhe são fixados seus caracteres distintivos.

<sup>16</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 371.

<sup>17</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 53.

<sup>18</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 138.

Não importa aqui produzir um conceito de ato administrativo, tampouco eleger um dentre os vários existentes, mas apenas destacar que será válido, para os fins deste trabalho, qualquer conceito de ato administrativo que contemple os seguintes elementos: ser uma declaração de vontade; e apresentar um ou mais traços distintivos.

O primeiro elemento é importante porque é ele que faz a ligação entre o conceito de ato administrativo e a teoria do fato jurídico, arcabouço teórico deste trabalho. Já o segundo elemento é formal, cujo conteúdo será preenchido segundo a opção de cada doutrinador ao formular o seu conceito de ato administrativo, e é importante porque diferencia a espécie ato administrativo do gênero ato jurídico. Desse modo, tanto um conceito de ato administrativo como declaração de vontade submetida ao regime jurídico de direito público, quanto um conceito de ato administrativo como declaração de vontade no exercício da função administrativa, serviriam ao propósito deste trabalho, pois ambos os conceitos possuem os elementos retro aludidos: declaração de vontade e traço(s) distintivo(s).

Na verdade, o que se está a fazer é criar um metaconceito, que equivaleria ao seguinte: ato administrativo é uma declaração de vontade acrescida de um ou mais traços distintivos que caracterize este ato como administrativo. Dito de outra forma, ato administrativo é o ato jurídico mais o traço (ou traços) que lhe confira especificidade.

Em antecipação a eventuais críticas, admite-se de antemão que tal construção peca por excesso de abstração, mas em defesa, adverte-se que se quer apenas livrar o conceito de ato administrativo daqueles traços peculiares que cada autor considera essencial, mas que são indiferentes para os efeitos deste trabalho. Isso porque o foco aqui é a vontade, já que se quer investigar a pertinência dos vícios de consentimento nos atos administrativos.

Assim, por exemplo, é desnecessário saber se a unilateralidade é traço essencial do ato administrativo. Da mesma forma, revela-se desnecessário saber se o ato administrativo pode ser genérico e abstrato, ou seja, saber se os regulamentos são atos administrativos.

Para ilustrar melhor, considerem-se dois conceitos de ato administrativo, um mais restrito, da lavra de José Cretella Júnior:

[...] a manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.<sup>19</sup>

E outro mais amplo, da lavra de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Já agora, após estes preliminares, é possível conceituar ato administrativo como: declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. [grifo no original]<sup>20</sup>

Para José Cretella Júnior não seriam atos administrativos os atos que encerram opinião, juízo ou conhecimento, pelo fato de serem manifestações de vontade. Também não seriam atos administrativos os atos normativos, já que estes não possuem imediatidade.<sup>21</sup>

Por outro lado, o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello é bastante abrangente, englobando atos individuais e normativos, unilaterais e bilaterais (contratos), declarações de juízo, de conhecimento, de opinião e de vontade.<sup>22</sup>

Apesar das diferenças existentes entre os conceitos, todos podem ser utilizados para os fins deste trabalho, pois trazem os requisitos que os ligam à teoria do fato jurídico, sendo irrelevantes diferenças como as apontadas acima.

### **1.2.1 Ato administrativo vinculado e discricionário**

Aos atos administrativos são atribuídas as mais variadas classificações. No que diz respeito ao presente trabalho, é absolutamente pertinente fazer menção à classificação dos atos administrativos em vinculados e discricionários.

<sup>19</sup> CRETELLA JR, José. *Do ato administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1977 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 204.

<sup>20</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 385.

<sup>21</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 205.

<sup>22</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 205.

Ato administrativo vinculado, para Celso Antônio Bandeira de Mello, é aquele “que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos”.

No que tange aos atos discricionários, cabe mencionar que alguns autores impõem reserva à utilização desta expressão, dentre eles o próprio Celso Antônio Bandeira de Mello, para o qual os atos discricionários são “assim impropriamente chamados, porque discricionários, na verdade, são aspectos da competência em seu exercício”<sup>23</sup>. Segundo o autor, melhor seria denominá-los “*atos praticados no exercício de competência discricionária*”<sup>24</sup>.

Não obstante a ressalva do grande mestre do Direito Administrativo, utilizar-se-á a expressão ato discricionário porque extremamente difundida e consolidada, e também porque não acarreta qualquer prejuízo terminológico.

Feitas tais considerações, pode-se agora trazer a lume o conceito de ato administrativo discricionário, que é, apoiando-se mais uma vez em Celso Antônio Bandeira de Mello, aquele ato que “a Administração pratica dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo”<sup>25</sup>.

Com base na classificação apresentada, torna-se possível fixar pressuposto metodológico adotado neste trabalho, qual seja, o de que **só há espaço para se perquirir sobre vícios de consentimento nos atos administrativos discricionários, não havendo que se falar deles em sede de atos administrativos vinculados**. Assim se conclui porque a vinculação faz com que o agente não tenha liberdade para escolher qualquer efeito que seja; pouco importa sua vontade, o efeito do ato vinculado está predefinido na lei, sua liberdade de escolha é completamente suprimida. Merece transcrição, a esse respeito, a lição de Regis Fernandes de Oliveira ao tratar do poder vinculado:

---

<sup>23</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 375.

<sup>24</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 424.

<sup>25</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 424.

A vinculação se identifica, assim, pela impossibilidade de mais de um comportamento possível por parte da Administração. A ação administrativa acha-se delimitada pela lei. Quando esta prevê apenas uma atuação possível ao agente, temos o ato vinculado. Exemplo típico da vinculação encontra-se no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal. Estabelece referido dispositivo que “servidor será aposentado: ... II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição”. Diante de tal preceito constitucional, vê-se tratar de norma absolutamente vinculada. A Administração não tem outro comportamento possível senão o de, tratando-se de funcionário público e completando ele setenta anos, aposentá-lo.<sup>26</sup>

Em reforço, temos também o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in verbis*:

Reversamente, o exame da vontade – e, portanto, o móvel do agente – é absolutamente irrelevante quando o ato for completamente vinculado, ou seja: quando a lei predetermina antecipadamente, de modo objetivo e completo, o único possível comportamento administrativo perante motivo por ela já caracterizado em termos que inaditem qualquer subjetivismo quanto ao reconhecimento de sua existência. É o que sucederia, *exempli gratia*, no deferimento de aposentação requerida por servidor público que contasse com 35 anos de contribuição.

Deveras, nos atos inteiramente vinculados a vontade do agente não tem importância para efeito algum. É notório o exemplo de ato vinculado praticado por servidor louco e que, apesar disto, é válido se expedido nos termos que teria que sê-lo.<sup>27</sup>

Não resta dúvida, portanto, quanto à impossibilidade de se cogitar de vício de consentimento em ato vinculado. Desse modo, o foco da investigação residirá nos atos administrativos discricionários, pois nesta categoria a Administração goza de “margem de liberdade para decidir-se”.

---

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 89.

<sup>27</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 400.

## 2 DA AUTONOMIA E DA VONTADE

### 2.1 Autonomia privada

A autonomia privada não se confunde com a autonomia da vontade, embora comumente sejam tratadas como sinônimas. Nas palavras de Gerson Luiz Carlos Branco, autonomia da vontade seria:

[...] expressão que designa concomitantemente uma construção ideológica típica do século XIX, com enfoque sobre o acordo mútuo como centro do fenômeno contratual, como representação do fenômeno comercial oitocentista em que o acordo de vontades assume o caráter de espontânea composição dos interesses privados.<sup>28</sup>

Como se vê, a autonomia da vontade está ligada a toda uma concepção político-ideológica existente à época da Revolução Francesa. Tal princípio atendia aos interesses da burguesia de realizar o comércio sem a interferência do Estado, com base no instrumento principal do contrato, que possibilitava a circulação de riquezas. O poder atribuído à vontade era de tal forma exacerbado, que muitos lhe conferiam o *status* de fonte criadora do Direito. Bem representativo deste pensamento era o adágio, muito propalado à época, que afirmava que o contrato fazia lei entre as partes<sup>29</sup>.

Por outro lado, a autonomia privada é compreendida como competência para a nomogênese<sup>30</sup>, ou seja, uma autorização que o ordenamento jurídico confere ao particular para fazer nascer preceitos. Nas palavras de José Manuel Sérvulo Correia, é “a permissão da criação pessoal de efeitos jurídicos não predeterminados por outras regras e a titularidade e exercício do correspondente poder”<sup>31</sup>.

É possível, pois, perceber que a autonomia privada traduz-se numa realidade derivada, no sentido de que o “poder” de auto-regular interesses conferido aos particulares deriva do ordenamento jurídico, e não originariamente de suas

<sup>28</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

<sup>29</sup> Não é necessário repisar as injustiças que tal ideologia produziu, pois a literatura jurídica é farta a esse respeito, além de não ser este o foco do trabalho.

<sup>30</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 18.

<sup>31</sup> SÉRVULO CORREIRA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 432.

vontades. Se o “poder” conferido à vontade do indivíduo deriva do ordenamento jurídico, por conseguinte seu espaço de liberdade também será por ele fixado. A esse respeito, é digno de transcrição o pensamento do já citado autor português:

Somos pois daqueles que pensam que, no moderno Estado de Direito, só a autonomia constituinte pode ser originária. Quando a vontade individual gera efeitos de direito, fá-lo com base num poder conferido por uma norma jurídica. Os negócios jurídicos exprimem uma vontade submetida ou subordinada a normas criadas e reveladas a um nível superior ao da capacidade jurígena dos seus autores. A vontade é indispensável, mas a juridicidade dos seus efeitos advém de normas jurídicas geradas por fontes de valor hierárquico superior ao da vontade individual. A força jurídica da vontade deriva do Direito objectivo e não da própria vontade. (...) A autonomia privada existe na medida em que, directa ou indirectamente, o ordenamento estadual a permite e delinea.<sup>32</sup>

Ainda sobre o carácter derivado da autonomia privada, vale trazer a lição do ilustre jurista italiano Emílio Betti:

A autonomia – como autoridade, e como *potestas* de auto-regulamentação dos próprios interesses e relações, exercidas pelo próprio titular deles – pode ser reconhecida pela ordem jurídica estadual com duas funções distintas e diversas: *a)* Pode ser reconhecida como fonte de normas jurídicas, destinadas a fazer parte integrante da própria ordem jurídica, que a reconhece, precisamente, como fonte de direito subordinada e dependente; *b)* Poder ser, além disso, reconhecida como pressuposto e causa geradora de relações jurídicas já disciplinadas, em abstrato e em geral, pelas normas dessa ordem jurídica. Aqui só interessa considerar a autonomia privada. Esta autonomia é reconhecida pela ordem jurídica, no campo do direito privado, exclusivamente na segunda das indicadas funções. É, portanto, reconhecida como atividade e *potestas*, criadora, modificadora ou extintora de relações jurídicas entre particulares: relações cuja vida e cujas vicissitudes, são, antecipadamente, disciplinadas por normas jurídicas preexistentes.<sup>33</sup>

Assim, é possível fixar mais um pilar metodológico orientador deste trabalho, qual seja, o de que **a autonomia privada consiste em um espaço concedido pelo ordenamento jurídico ao particular, onde ele pode manifestar sua vontade de modo a produzir efeitos jurídicos.** O delineamento dos contornos precisos da autonomia privada revela-se necessário porque ela será cotejada com a

<sup>32</sup> SÉRVULO CORREIRA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 436.

<sup>33</sup> BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo I. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p. 71-72.

autonomia pública, no intuito de compreender quais são os caracteres específicos que norteiam a manifestação de vontade, seja do particular, seja da Administração.

## 2.2 Legalidade

Para cumprir o desiderato de examinar a autonomia pública e compará-la com a autonomia privada, conforme declarado no tópico anterior, faz-se necessário, ainda que de maneira breve, referir-se ao princípio da legalidade, já que este permeia todo o agir da Administração. Seu surgimento se deu com o Estado de Direito, no momento em que se idealizou a sujeição do soberano à lei, como forma de garantia dos indivíduos. Referido princípio consiste, portanto, na “materialização jurídica do ideal político de submeter os exercentes do poder a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos”.<sup>34</sup>

O conteúdo do princípio da legalidade é variável. Segundo a experiência jurídica de cada país, o princípio pode ser mais estrito ou mais flexível, resultando em maior liberdade autônoma para a Administração. Segundo anota Celso Antônio Bandeira de Mello, em países como França, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha a “esfera em que a Administração pode se manifestar com alguma desenvoltura em relação à lei é incomparavelmente maior do que no Brasil”.<sup>35</sup>

Contudo, mesmo no Brasil o princípio da legalidade não teve sempre o mesmo conteúdo, sendo que sua conformação atual é bem diferente, por exemplo, da que possuía na Constituição de 1891, pois a Administração podia fazer tudo que a lei não proibisse<sup>36</sup>. Observa-se que o princípio assemelhava-se à autonomia da vontade, algo impensável na ordem jurídica hodierna, onde o princípio da legalidade assume contornos claros no sentido de que a Administração só pode agir quando autorizada por lei.

Em nosso país, anota Celso Antônio Bandeira de Mello que o princípio da legalidade assenta-se na própria estrutura do Estado de Direito, além de

---

<sup>34</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 100.

<sup>35</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 101.

<sup>36</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 49.

encontrar guarida em dispositivos específicos da Constituição<sup>37</sup>. O inciso II, art. 5º, da Carta Magna, dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”. Decorre deste inciso que à Administração só é dado impor obrigações aos particulares quando houver autorização legal, não sendo permitido fazê-lo por meio de decreto, regulamento, resolução ou qualquer outro ato que seja. Ademais, o inciso IV, art. 84 dispõe que “Compete privativamente ao Presidente da República: ... IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução;”. Extrai-se do dispositivo que, ainda quando em sua competência privativa, o Presidente da República, autoridade máxima do Poder Executivo, só pode editar decretos e regulamentos antecidos por lei. Desse modo, pode-se dizer que “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”<sup>38</sup>.

É importante notar que a legalidade não se encerra apenas na imposição de autorização legal para agir, pois lei que outorga competência a órgão administrativo de maneira genérica praticamente não lhe submete, já que tal órgão gozaria de grande liberdade, sendo que tal situação esvaziaria a finalidade de proteção que o princípio da legalidade ostenta desde seu nascimento. Assim, a lei deve possuir uma densidade mínima a regular o modo pelo qual a Administração vai agir, sob pena de não se cumprir um dos princípios de maior estatura do Direito Público.

### **2.3 Autonomia pública**

A partir do delineamento do princípio da legalidade, observa-se uma relação de proporcionalidade inversa entre este e a autonomia da Administração, na medida em que quanto mais estrita for a legalidade, menor será a liberdade de agir da Administração, e vice-versa. Por isso se diz que não é possível falar de autonomia pública sem se considerar o princípio da legalidade.

Autonomia pública, nas palavras de José Manuel Sérvulo Correia, é a “permissão da criação, no âmbito dos actos administrativos e dos contratos

---

<sup>37</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 102-103.

<sup>38</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 103.

administrativos, de efeitos de direito não predeterminados por normas jurídicas e titularidade e exercício do correspondente poder<sup>39</sup>. Verifica-se, então, que a Administração goza de certa liberdade de ação, cujos limites estarão fixados na lei e nos princípios que regem a atividade administrativa, principalmente o princípio da legalidade.

Não se pode examinar a autonomia pública sem se cogitar dos seus fundamentos, sobretudo porque se pretende compará-la com a autonomia privada. A autonomia pública, enquanto modo de atuação jurígena, é composta pela discricionariedade e pelos conceitos jurídicos indeterminados<sup>40</sup>, dos quais se falará mais adiante. Por conseguinte, os fundamentos da autonomia pública e da discricionariedade são comuns, razão pela qual utilizar-se-á o que se expôs na doutrina sobre esta última.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar de forma resumida dos fundamentos da discricionariedade, aplicáveis à autonomia pública, repise-se, apresenta-os em número de quatro<sup>41</sup>.

O primeiro fundamento reside na intenção do próprio Legislador de conferir certa margem de liberdade à Administração, já que esta encontra-se em melhor posição para avaliar o caso concreto e decidir sobre a medida mais adequada ao atendimento do interesse público.

O segundo fundamento diz respeito à impossibilidade material de suprimir a autonomia pública em sua totalidade, pois, por uma questão prática, que decorre de uma característica do próprio Direito - qual seja, a impossibilidade de criar norma abstrata que contemple previamente todas as situações possíveis que deve regular -, revelar-se-ia impossível o Legislador prever todas as condutas da Administração na persecução do interesse público, de modo que seria inviável o Legislador criar leis para uma infinidade de atos que a Administração deve praticar, além do que o interesse público restaria seriamente prejudicado pela morosidade de

---

<sup>39</sup> SÉRVULO CORREIRA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 470.

<sup>40</sup> SÉRVULO CORREIRA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 472.

<sup>41</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 965-968.

tal solução. A corroborar o pensamento aqui expendido, tem-se a lição de José Manuel Sérvulo Correia, *in verbis*:

Em muitos casos, o legislador não é capaz de prever até ao fim uma situação de facto no seu recorte hipotético. De outras vezes, não pode, em face de um quadro determinável, valorar de antemão todos os factos concretos que o integrarão nas situações da vida. Ainda que da filosofia da organização do Estado não resultasse o imperativo de uma administração vinculada quanto aos fins mas tendencialmente livre quanto aos meios, a impossibilidade prática de regular previamente todas as situações concretas na sua diversidade e imprevisibilidade imporia sempre ao legislador o reconhecimento de uma margem de autodeterminação à Administração, no âmbito do qual esta valora e pondera livremente sobre as exigências do interesse público.<sup>42</sup>

Como terceiro fundamento, tem-se a impossibilidade jurídica de supressão da autonomia pública, pois esta implicaria em uma “invasão e substituição indevida dos órgãos do poder”<sup>43</sup>, violando frontalmente o princípio da tripartição dos poderes.

Por derradeiro, tem-se a impossibilidade lógica de supressão da autonomia pública. Tal fundamento reside no fato de que os conceitos presentes na lei são vagos, de modo que “a liberdade administrativa estender-se-ia ao longo do percurso de imprecisão do conceito utilizado”<sup>44</sup>. Vale transcrever a lição de Regis Fernandes de Oliveira:

Além da impossibilidade material, é logicamente impossível ao legislador transmitir comandos precisos e indubitáveis aos administrados. É que na elaboração das normas, utiliza-se de conceitos. Todo conceito, por ser conceito, tem limites. Ainda que todo ele possua um núcleo mínimo de significação e compreensão, na maior parte das vezes são vagos. Daí decorre que “é logicamente necessário que, nos limites da incerteza conceitual, o agente deva fixar-se ele próprio, numa das várias interpretações possíveis e, tendo-a fixado, deva agir consequentemente”.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 470.

<sup>43</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 94.

<sup>44</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 967.

<sup>45</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 94.

Feitas essas ponderações, impõe-se realizar um cotejo entre as autonomias pública e privada, e saber se o fato de possuírem diferentes fundamentos e serem informadas por diferentes princípios as tornam diferentes em essência.

Já se afirmou que a autonomia privada possui natureza derivada, ou seja, os efeitos jurídicos emanados da vontade dos particulares decorrem do reconhecimento da ordem jurídica; por isso se diz que a vontade não é fonte originária de efeitos jurídicos, porque necessita obrigatoriamente da mediação do direito. O mesmo se pode afirmar em relação à autonomia pública, ou seja, ela também possui natureza derivada, tanto quanto a autonomia privada, pois assim informa o princípio da legalidade ao preceituar que a Administração só age quando autorizada por lei; seria impossível, portanto, efeitos jurídicos nascerem originariamente da vontade da Administração.

Desse modo, conclui-se que ambas as autonomias, pública e privada, são formalmente iguais e diferem quanto à substância. Do ponto de vista do direito positivo, possuem regramentos distintos, ao passo que uma se submete ao regime jurídico de direito público e outra ao regime jurídico de direito privado, mas tal fato não lhes retira a característica comum de serem ambas uma permissão do ordenamento jurídico para que a vontade se manifeste com potencialidade jurídica.

No âmbito da autonomia privada o espaço de liberdade conferido ao particular é muito maior que aquele conferido à Administração na autonomia pública, mas a essência de uma permissão concedida pelo ordenamento permanece. Assim, enquanto a autonomia privada remete à imagem de uma clareira em cujo seio é possível se movimentar com relativa facilidade, a autonomia pública assemelha-se a uma floresta densa onde igualmente é possível movimentar-se, todavia com muito mais dificuldade, pois muitos são os obstáculos.

A diferença existente entre uma e outra reside no regime jurídico peculiar a cada uma delas. O regime de direito público, em razão dos princípios aos quais se submete, é muito mais rigoroso que o regime jurídico de direito privado. Não significa que os particulares não encontrem limitação. O Código Civil de 2002 positivou vários princípios que são da mais alta relevância na busca de uma relação mais justa entre os particulares, abandonando a ótica individualista e patrimonialista

do Código de 1916, trazendo limitações ao exercício da liberdade dos particulares. Tome-se como exemplo, dentre outros, a função social dos contratos, princípio que afeta a autonomia privada, reduzindo a margem de liberdade do indivíduo. De outra banda, o agente público estará sempre vinculado aos princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência e todos os outros que informam a atividade da Administração.

Pode-se afirmar, portanto, que as autonomias pública e privada, enquanto consideradas no plano político e ideológico, apresentaram motivações e fundamentos específicos que lhes deram suas feições iniciais, mas que em seus desenvolvimentos, quando transferidas para o plano jurídico, assumiram a mesma forma, qual seja, a de permissão de criação de efeitos jurídicos, cujo espaço será conformado pelo regime jurídico respectivo.

Desse modo, fixa-se mais uma premissa metodológica adotada nesta monografia, qual seja: **tanto a autonomia privada, quanto a pública, apesar de submetidas a diferentes regimes jurídicos que lhes dão substância, consistem em permissões de criação de efeitos jurídicos, cuja força provém do efeito jurígeno que o ordenamento confere à vontade.**

### **2.3.1 Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados**

Conforme já mencionado, a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados são modos de atuação jurígena da Administração nos quais se decompõe a autonomia pública.

Conceitos jurídicos indeterminados são aqueles que carregam em si uma imprecisão que permite certa valoração subjetiva. Revelam-se em expressões como “moral e bons costumes”, “notável saber”, “idoneidade”, “interesse público” etc.

Em sua acepção mais restrita, discricionariedade consiste na situação em que o agente público pode escolher entre várias alternativas estipuladas na lei, conforme seu juízo de conveniência e oportunidade. Em sua acepção mais ampla, consiste na situação em que o agente goza de “liberdade” para escolher a melhor conduta, segundo seu juízo de conveniência e oportunidade, sem considerar-se o nascedouro dessa liberdade, se proveniente de alternativas expressas na lei,

ou se proveniente do espaço conferido pelos conceitos jurídicos indeterminados. Adotar-se-á, para os fins deste trabalho, a acepção mais ampla de discricionariedade.

Faz-se necessário mencionar a distinção que se faz na doutrina entre interpretação e discricionariedade. A interpretação consiste no esclarecimento da norma e produz uma única solução do ponto de vista do intérprete, revela-se em um processo intelectual. Já a discricionariedade confere ao aplicador a oportunidade de uma apreciação subjetiva da imprecisão ou das alternativas contidas na norma, de modo que revela-se um processo volitivo. Se a interpretação não resulta em várias alternativas possíveis dentre as quais pode o administrador escolher a mais conveniente e oportuna, conclui-se que ela não é modo pelo qual a Administração exerce sua autonomia pública. Esta a importância da distinção, pois desde logo evidencia que a interpretação não confere discricionariedade à Administração. Sobre essa questão, imperioso transcrever a lição de Regis Fernandes de Oliveira, por sua clareza:

A interpretação é ato intelectual. Examina os fatos à luz dos princípios e das normas vigentes, dando-lhe uma solução possível e razoável. Evidente está que a interpretação realizada não está imune a toda sorte de sentimentos, religiosidade e ideologia. É fruto de procedimento intelectual prenhe de significações, de ponderações marcadas por todo tipo de preconceitos, angústias, incertezas etc. No entanto, o raciocínio caminha para uma só solução. Pode ser divergente de outra interpretação. Ambas, certas, do ângulo da lógica. Ambas, eventualmente, válidas do aspecto normativo. Uma só prevalente na solução do caso concreto.

A discricionariedade é ato volitivo. O agente deve interpretar a norma, podendo valer-se dos mesmos critérios de qualquer intérprete. No entanto, ao realizar o ato de aplicação da norma, pode transferir para o conteúdo do ato todo seu subjetivismo, consistente na vontade que dele dimana. A vontade final é que completa a ausência da precisão da lei ou a mera escolha transferida ao aplicador.

Daí por que não é lícito ao intérprete judicial invadir a esfera de intimidade do agente público. A substituição seria indevida, da vontade do administrador pela do juiz. O ato deste, é intelectual; o do agente, volitivo. Ambos não cabem na mesma esfera de raciocínio.<sup>46</sup>

Ao se tratar de discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, discute-se também a questão de suas localizações na estrutura da norma jurídica, ou seja, se localizam-se na **previsão** (*Tatbestand*) ou na **estatuição**

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 100.

(*Rechtsfolge*) da norma. Há autores que situam os conceitos jurídicos indeterminados na previsão e a discricionariedade na estatuição<sup>47</sup>, ao passo que há autores que não vêem sentido nessa compartimentalização<sup>48</sup>. Considerando que tal discussão não está contida no escopo deste trabalho, e que tampouco interfere em seu desenvolvimento, não se examinarão os argumentos de uma e outra corrente, sendo que se alude a este ponto apenas a título de informação.

## 2.4 Da vontade

A palavra vontade é altamente polissêmica, quer no que se refere aos seus sentidos vulgares, quer no que se refere aos seus sentidos técnico-científicos (psicológico, jurídico, sociológico, filosófico etc). Talvez por causa dessa pluralidade de significados em que pode ser considerada ela tenha causado tantos desentendimentos e críticas entre aqueles que em algum momento teorizaram a seu respeito.

Interessa a este trabalho a investigação da vontade no mundo do Direito, especificamente no que diz respeito à teoria do fato jurídico, sem desconsiderar, por óbvio, que sua conformação jurídica é resultado de concepções políticas, ideológicas e filosóficas que a influenciaram ao longo do tempo.

De início, cumpre esclarecer que as fronteiras dessa discussão circunscrevem apenas aqueles fatos que sejam de alguma forma afetados pela

---

<sup>47</sup> Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho: “Mas, enquanto o conceito jurídico indeterminado situa-se no plano de **previsão** da norma (antecedente), porque a lei já estabelece os efeitos que devem emanar do fato correspondente ao pressuposto nela contido, a discricionariedade aloja-se na **estatuição** da norma (consqüente), visto que o legislador deixa ao órgão administrativo o poder de ele mesmo configurar esses efeitos. Nesta, portanto, o processo de escolha tem maior amplitude do que o ocorrente naquele.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 51).

<sup>48</sup> Nesse sentido, José Manuel Sérvulo Correia: “Em fases anteriores da construção teórica do instituto da discricionariedade administrativa, pensou-se que a discricionariedade se localizaria sempre na parte de estatuição da norma: seria em face de um quadro de elementos rigidamente fixado por preceito jurídico que se tornaria exercitável o poder de conteúdo parcialmente indeterminado atribuído pela norma de competência. Mas a pretensão de arrumar a discricionariedade numa parte da norma tinha de improceder dada a artificialidade da partição da norma, que obedece mais a critérios didáticos ou explicativos do que a uma realidade estrutural que se imponha por si própria. Como escreve CASTANHEIRA NEVES, «se o *Tatbestand* fundamenta material-normativamente o efeito jurídico, o efeito jurídico exprime normativo-formalmente o *Tatbestand*. Só esta correlatividade nos dá o sentido da norma, e esta não é mais do que a unitária intencionalidade desta correlatividade normativa».

“E, por isso, tanto a vinculação como a discricionariedade têm de referir-se à aplicação da norma como um todo, na sua unitária correlatividade entre a hipótese e a injunção, sem poder dizer-se que uma ou outra se localizem exclusivamente na aplicação de um destes elementos abstractos (não autónomos) da norma.” (SÉRVULO CORREIRA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 319-320).

vontade. Assim, ficam excluídos desde logo os fatos jurídicos *stricto sensu*, porque em nada são influenciados pela vontade. Aliás, é bom que se esclareça, os fatos jurídicos *stricto sensu* não passam pelo plano da validade, ao contrário do que acontece com os atos jurídicos *lato sensu* (atos jurídicos *stricto sensu* e negócio jurídicos)<sup>49</sup>. O fato morte, por exemplo, consiste em suporte fático sobre o qual incide a norma jurídica, dando origem a um fato jurídico, sendo irrelevante, para todos os efeitos, se a morte decorreu de suicídio (vontade própria), homicídio (vontade de outrem) ou qualquer outra causa involuntária (doença, desastre natural etc). Importante não confundir o fato morte com o ato de matar (homicídio), porquanto este configura uma conduta (dotada de vontade, portanto), cujo suporte fático é diverso, ensejando a incidência de outra norma jurídica.

Feita essa separação inicial, restam, pois, aquelas categorias em que a vontade possui relevância, quais sejam: ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico. Visto que o terreno no qual se debateu com maior vigor o papel da vontade foi o do negócio jurídico, será no âmbito deste que tal discussão acontecerá.

O negócio jurídico não surgiu simultaneamente com a teoria do fato jurídico, mas em momento posterior, por obra dos pandectistas na Alemanha<sup>50</sup>. Posteriormente foi integrado ao quadro geral da teoria do fato jurídico, sendo que no início muitos autores não diferenciavam entre ato jurídico e negócio jurídico. Contudo, a maioria da doutrina hodiernamente distingue entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico, ambos espécies do ato jurídico *lato sensu*. Iguamente, o Código Civil de 2002 faz esta distinção, pois no Livro III (Dos Fatos Jurídicos) trata em títulos separados o negócio jurídico (Título I) e os atos jurídicos lícitos (Título II).

As primeiras definições sobre o negócio jurídico o identificaram como “ato de vontade” direcionado à produção de efeitos jurídicos. Segundo Antônio Junqueira de Azevedo, essas definições “são as mais antigas na ordem histórica e talvez se possa dizer que, até hoje, mesmo na doutrina estrangeira, são elas ainda as mais comuns.”<sup>51</sup>. Pelo papel de destaque que conferiram à vontade, fazendo dela

---

<sup>49</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 17.

<sup>50</sup> VASSILIEFF, Sílvia (coord.). *Teoria geral. Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 100.

<sup>51</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 4.

traço essencial do negócio jurídico, os integrantes dessa corrente foram chamados de voluntaristas. Como se vê, definir o negócio jurídico pela vontade consiste em assumir posição na qual o nascimento do negócio jurídico sobreleva os demais aspectos. Por esse motivo, essas teorias foram chamadas também de genéticas, pois definiram o negócio jurídico pela sua gênese.

Os primeiros juristas a se afastarem das concepções voluntaristas, adotando um enfoque mais objetivo, foram Brinz e Thon, que entenderam o negócio jurídico antes como um “meio” concedido pelo ordenamento para a produção de efeitos jurídicos, do que como “ato de vontade”. Em seguida, contribuiu para a crítica das teorias voluntaristas a instauração do debate entre a teoria da vontade e a teoria da declaração<sup>52</sup>.

O embate entre estas duas teorias gravita em torno de dois pólos principais, a saber: vontade real e vontade declarada. A vontade real diz respeito àquela vontade interna, existente no psiquismo da pessoa; já a vontade declarada diz respeito àquela vontade exteriorizada. Bem, é evidente que uma vontade que permaneça no psiquismo da pessoa, sendo conhecida apenas por ela própria, não está apta a produzir qualquer modificação na realidade, senão quando exteriorizada. Desse modo, a exteriorização da vontade, não importa a forma, é condição necessária para que a vontade psicológica venha a produzir qualquer efeito no mundo jurídico. Assim, dentro desta linha de raciocínio, sempre haverá uma vontade real (psicológica) e uma vontade declarada (exteriorizada).

Entretanto, a realidade, ao mesmo tempo em que serve de alicerce aos edifícios teóricos, retira-lhes a sustentação com extrema facilidade. Não é sempre que há correspondência entre a vontade real e a vontade declarada, e é justamente este o ponto nevrálgico do embate entre a teoria da vontade e a teoria da declaração, pois nesta, em nome da segurança das relações jurídicas, deve prevalecer a declaração em detrimento da vontade, ao passo que naquela, em prestígio ao dogma da vontade, deve prevalecer a vontade em detrimento da declaração.

---

<sup>52</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10.

Pode-se dizer que a dualidade vontade *versus* declaração foi a fase que abriu caminho ao surgimento das concepções objetivas do negócio jurídico, as quais verdadeiramente se contrapuseram às concepções voluntaristas. Não obstante a celeuma existente acerca da questão vontade *versus* declaração ter impresso um viés mais objetivo na problemática da definição do negócio jurídico, Antônio Junqueira de Azevedo considera que a teoria da declaração tinha ainda um ranço voluntarista, conforme se depreende do excerto a seguir:

De fato, embora se possa ver a teoria da declaração como uma fase para se chegar às concepções objetivas, convém insistir, porém, em que os partidários da teoria da declaração não se afastaram demasiado da concepção voluntarista tradicional, como a princípio poderia parecer. Basta pensar que a divergência entre eles e a corrente adversária (teoria da vontade) se colocou como: “qual a vontade que deve prevalecer, a vontade interna ou a vontade declarada?”, para se perceber que o ângulo é ainda voluntarista.<sup>53</sup>

As teorias objetivas buscaram definir o negócio jurídico por sua função. Dividiram-se em duas correntes principais, a preceptiva e a normativa. Para a teoria preceptiva, o negócio jurídico seria um preceito por meio do qual os particulares regulariam suas relações. Para a teoria normativa, o negócio jurídico seria um verdadeiro ato criador de normas<sup>54</sup>. Entre os adeptos das concepções objetivas, Emílio Betti foi talvez o crítico mais severo do voluntarismo. Considerava o “dogma da vontade”, expressão que utilizava para designar as concepções liberais-individualistas, a fonte dos equívocos cometidos pelos voluntaristas, e negava a essencialidade da vontade como elemento definidor do negócio jurídico. Merece transcrição, pela força de suas palavras, o trecho abaixo:

Uma definição, ainda hoje comum na doutrina, onde se tornou translaticia por uma espécie de inércia mental, caracteriza, ao invés, o negócio como uma manifestação de vontade, destinada a produzir efeitos jurídicos. Mas esta qualificação forma, frágil e incolor, inspirada no “dogma da vontade”, não lhe apreende a essência, a qual está na autonomia, no auto-regulamento de interesses nas relação privadas, como *fato social*: auto-regulamento, portanto, que o particular não deve limitar-se a desejar, a “querer”, na esfera interna

<sup>53</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10, nota de rodapé nº 18.

<sup>54</sup> VASSILIEFF, Sílvia (coord.). *Teoria geral. Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 102.

da consciência, mas antes a preparar, ou seja, a realizar objetivamente. [grifos no original]<sup>55</sup>

Adotando critério diverso das teorias voluntaristas e objetivas, temos a teoria estruturalista, sustentada pelo professor Antônio Junqueira de Azevedo, na qual não se procura saber “como o negócio *surge*, nem como ele *atua*, mas sim, simplesmente, o que ele é”<sup>56</sup>. Esta teoria define o negócio jurídico por sua estrutura, não por sua gênese ou sua função. Nesse contexto, negócio jurídico é a hipótese normativa consistente em “declaração de vontade”, sendo esta sua característica específica primária. Contudo, o entendimento desta teoria não se perfaz sem esclarecer o sentido próprio em que a locução “declaração de vontade” é considerada, qual seja, “manifestação de vontade, que, pelas suas circunstâncias, é vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos”<sup>57</sup>. Assim, dentro da ótica estruturalista, pode-se conceituar negócio jurídico como sendo a manifestação de vontade qualificada por circunstâncias que fazem com que ela seja reconhecida socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos.

Na teoria estruturalista, a apreensão dos corretos sentidos das expressões declaração de vontade e manifestação de vontade é muito importante, porque não são sinônimas, como poderia parecer. A manifestação de vontade é tomada como a exteriorização da vontade íntima da pessoa, já a declaração de vontade significa a manifestação de vontade acrescida de circunstâncias, as circunstâncias negociais, que têm o condão de torná-la reconhecida socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos. Tome-se como exemplo uma família reunida em frente à televisão, e o pai, ao ver o comercial de um automóvel, declara aos demais querer comprá-lo. Bem, dadas as circunstâncias em que tal declaração foi emitida, trata-se, a toda evidência, de mera manifestação de vontade (querer comprar o carro), inapta a produzir qualquer efeito jurídico. Houve exteriorização de vontade (manifestação), mas as circunstâncias não são socialmente reconhecíveis como indicadoras de que aquela manifestação está apta a produzir efeitos jurídicos. Situação diversa aconteceria se tal declaração fosse emitida dentro do salão de uma

---

<sup>55</sup> BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tomo I. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 82.

<sup>56</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15.

<sup>57</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 16.

concessionária de veículos, perante o vendedor, após várias tratativas. As circunstâncias, porque enquadradas dentro de um padrão cultural socialmente reconhecível, autorizam o entendimento de que a manifestação de vontade direciona-se à produção de efeitos jurídicos. Neste caso, indubitavelmente, ter-se-ia uma declaração de vontade.

Após esta passagem superficial pelas teorias que se ocuparam de definir e estudar o negócio jurídico, deve-se esclarecer que tal exposição não foi animada pela intenção de fazer um breve resumo informativo, mas sim permitir que se destaquem as consequências, quanto aos planos do mundo jurídico (existência, validade e eficácia), de se adotar uma ou outra teoria.

Como amiúde se afirmou, a vontade, considerada na teoria voluntarista, é elemento essencial do negócio jurídico, ela o define. Desse modo, se faltar a vontade em um negócio, simplesmente ele não existirá juridicamente. Trata-se de ausência de elemento cerne do suporte fático que faz com que o evento verificado no mundo real não ingresse no mundo jurídico, pois lhe faltou elemento essencial ao ingresso no plano da existência. Se o negócio não tem existência jurídica, não se cogita, conforme já visto, dos planos da validade e eficácia.

No entanto, o tratamento é diverso no caso das teorias objetivas e estruturalista. Estas teorias não consideram a vontade elemento essencial do negócio jurídico. Por esse motivo, a ausência de vontade não implica na inexistência jurídica do negócio. A vontade afetará os planos da validade e eficácia, não o da existência. Sobre este ponto, é digna de menção a valiosa lição de Antônio Junqueira de Azevedo:

*A nosso ver, a vontade não é elemento do negócio jurídico; o negócio é somente a declaração de vontade. Cronologicamente, ele surge, nasce, por ocasião da declaração; sua existência começa nesse momento; todo o processo volitivo anterior não faz parte dele; o negócio todo consiste na declaração. Certamente, a declaração é o resultado do processo volitivo interno, mas, ao ser proferida, ela o incorpora, absorve-o, de forma que se pode afirmar que esse processo volitivo não é elemento do negócio. A vontade poderá, depois, influenciar a validade do negócio e às vezes também a eficácia, mas, tomada como iter do querer, ela não faz parte, existencialmente, do negócio jurídico; ela fica inteiramente absorvida pela declaração, que é o seu resultado. O fato de ela poder vir a influenciar a validade ou a eficácia do negócio não a transforma em*

parte dele, como, aliás, também ocorre com diversos outros requisitos e fatores de eficácia. [grifos no original]<sup>58</sup>

Tendo sido analisada a vontade em seus contornos gerais no âmbito do direito privado, no próximo tópico ela será enfocada sob o prisma do direito público.

#### **2.4.1 Vontade no Direito Administrativo**

No momento em que se tratou das autonomias pública e privada, claro ficou que elas consistem em realidades derivadas, pois retiram seu fundamento de validade do ordenamento jurídico, e que este confere poder juridicizante à vontade, possibilitando que tanto a Administração quanto o particular regulem seus interesses segundo o molde conferido por cada regime jurídico específico.

Entretanto, o regime jurídico de direito público confere ao agente um espaço de liberdade bem menor que aquele conferido ao particular pelo regime jurídico de direito privado. Esta conformação própria do agir administrativo decorre justamente de seus princípios informadores, que lhe impõem uma série de balizas, direcionadas ao atendimento do interesse público. Assim, o administrador público não pode agir ao seu alvedrio, mas apenas quando autorizado por lei; não pode agir com predileção em relação a determinado administrado, nem tomar em conta interesses privados, seu ou de outrem; não pode contrariar a moralidade, agindo de maneira incompatível com o que dele se espera na sociedade; não pode agir de maneira oculta, impedindo ou dificultando que seus atos sejam passíveis de fiscalização; não pode agir com displicência, mas sempre com a diligência necessária ao atingimento dos melhores resultados com o menor dispêndio de recursos.

Como se vê, uma ordem tal de mandamentos reduz bastante a autonomia da Administração, mas ainda assim não logra tornar sua atividade plenamente vinculada, até mesmo porque a eliminação da discricionariedade é impossível, conforme se expôs quando se tratou de seus fundamentos.

---

<sup>58</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 82-83.

Torna-se claro, portanto, que outorgar liberdade ao administrador, para decidir-se segundo seu juízo de conveniência e oportunidade, não é uma questão de opção, mas uma imposição. Assim, se a Administração goza de liberdade para decidir-se em certos casos, e sua atuação se dá por meio de seus órgãos, cujas vontades são declaradas pelos respectivos agentes competentes, é inevitável que em algum momento esta liberdade encontre-se na esfera de vontade do agente.

Percebe-se, então, que a questão da manifestação de vontade pela Administração requer uma diferenciação entre as espécies de vontades presentes neste processo, de modo que fique claro o significado de cada uma. Trata-se das vontades psicológica e normativa (ou administrativa).

A vontade psicológica, conforme já se falou, corresponde àquela vontade presente no psiquismo do agente. A vontade normativa refere-se à vontade da Administração, declarada em conformidade com o que prescreve a lei. Não necessariamente elas coincidem; pode haver casos em que o agente profere declaração contrária à vontade existente em sua mente.

No que tange aos atos vinculados, a vontade psicológica é irrelevante, já que a situação está completamente descrita na norma, não demandando qualquer apreciação subjetiva por parte do agente. A vontade normativa, neste caso, reduz-se ao disposto na lei. No que concerne aos atos discricionários, “a lei faz coincidir a vontade normativa com a vontade psicológica do agente, desde que orientada para a persecução do fim legal”<sup>59</sup>.

Apesar de consagrada, há que se fazer menção à inadequação da expressão “vontade normativa”, visto ser altamente artificial. Melhor seria utilizar a expressão “vontade da Administração” e mencionar, no caso de atos discricionários, que a “vontade da Administração” consiste na vontade do agente titular do órgão da pessoa jurídica, exercida dentro do espaço conferido pela lei e pelos princípios do Direito Administrativo. Em relação aos atos vinculados, simplesmente não há vontade, pois a situação sobre a qual incide a norma esta completamente descrita na lei.

---

<sup>59</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 61.

O apego à expressão “vontade normativa” pode conduzir a equívocos na análise do problema enfrentado neste trabalho, pois pode induzir o observador a assumir premissas falsas. Não se pode excluir sumariamente a possibilidade de vícios de consentimento no ato administrativo ao argumento de que a vontade em questão seria a da lei (vontade normativa), o que tornaria irrelevante a vontade do agente, porque proceder desse modo implicaria ignorar solenemente o que acontece na realidade, onde a Administração age por meio de atos vinculados e discricionários, não sendo possível dar concreção a estes últimos sem a apreciação subjetiva do agente. O véu da vontade normativa encobre uma realidade que pode obscurecer a questão. Em verdade, a indagação adequada deve ser no sentido de saber se os parâmetros de invalidação dos atos administrativos discricionários alcançam uma objetividade tal que torna irrelevante a vontade do agente. Tratar-se-á deste problema com a devida atenção mais adiante.

## **2.5 Dos vícios de consentimento**

Já se afirmou que os requisitos de validade impõem a observância de regras que garantam a lisura do ato jurídico, segundo aqueles valores eleitos pela comunidade para serem positivados no ordenamento jurídico. O art. 104 do Código Civil dispõe que a validade do negócio jurídico depende de: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei. Da leitura do referido artigo é possível perceber que o rol mencionado consiste nos elementos do negócio jurídico (agente, objeto e forma), porém adjetivados. A partir desta observação, torna-se claro, portanto, que os requisitos de validade nada mais são que qualidades atribuídas pelo ordenamento aos elementos do ato jurídico, para que este seja considerado válido.

Apesar de não haver menção expressa à vontade no art. 104, ela também recebe proteção do ordenamento jurídico, sendo considerada válida apenas quando manifestada de forma livre. Se houver deformação da vontade, ela será considerada viciada. Estar-se-á, pois, diante de vício de consentimento, que consiste em defeito da vontade apto a produzir exteriorização indesejada, que de outro modo o sujeito não faria, ou faria de modo diverso.

São vícios de consentimento em espécie o erro, o dolo, a coação, a lesão e o estado de perigo, todos eles previstos no capítulo IV, título I, do livro III do Código Civil. Não constitui objeto deste trabalho esmiuçar as nuances de cada

espécie. Sendo de interesse desta investigação apenas a relação entre o gênero vício de consentimento e o ato administrativo discricionário, as sutilezas de uma ou outra espécie só serão abordadas se necessário.

Se os vícios de consentimento são ofensas à ordem jurídica, devem ser reprimidos pelo ordenamento. A sanção nestes casos é a invalidação (gênero), que divide-se em duas espécies, nulidade e anulabilidade, as quais serão tratadas mais adiante. Relativamente aos vícios de consentimento, a sanção que lhes cabe, conforme o teor do inciso II, art. 171, do Código Civil, é a da anulabilidade. Esta espécie de invalidação faz com que o ato fique sujeito ao arbítrio da pessoa legitimada, que pode desconstituí-lo. Caso não o faça, o ato produz seus efeitos normalmente.

O Código Civil, como se vê, traz a sistemática geral para lidar com estes vícios no âmbito do direito privado. A *vexata quaestio*, portanto, gira em torno da possibilidade, ou impossibilidade, de se admitir esses vícios no âmbito do ato administrativo, e, verificada a possibilidade, qual seria o regime jurídico aplicável.

A forte submissão da vontade psicológica do agente à lei e aos fins públicos é fator determinante para a concepção prevalente na doutrina de que não há espaço para se perquirir sobre vontade do agente no âmbito dos atos administrativos. Sílvio Luís Ferreira da Rocha, nessa linha, afirma que “o Direito Administrativo escolheu critérios objetivos para disciplinar a invalidação do ato administrativo, podendo prescindir dos chamados ‘vícios da vontade’ existentes no Direito Privado”<sup>60</sup>.

Se é certo que no regime jurídico de direito público a vontade sofre muito mais limitações, também é certo que a discricionariedade oportuniza ao agente da Administração escolher entre possibilidades permitidas em lei, conferindo-lhe certa liberdade. Ora, se a lei põe à disposição do agente competente três possibilidades, igualmente lícitas e em conformidade com o interesse público, e ele se vê obrigado, por estar sob coação, a escolher uma em detrimento de outra, por mais que aquela uma não viole objetivamente o ordenamento, a ocorrência de vício na vontade do agente é incontestável. Resta saber se fato desta natureza deve

---

<sup>60</sup> ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo*. RTDP, vol. 25, p. 43-55.

compor suporte fático de norma invalidante de ato administrativo, questão que será tratada no momento devido.

### 3 DA INVALIDADE

Como já se disse, o plano da validade diz respeito aos requisitos que o ato deve respeitar para não afrontar a ordem jurídica. A invalidação, portanto, consiste na sanção imposta pelo ordenamento ao ato desconforme ao direito, cujas espécies são a nulidade e a anulabilidade.

Em benefício do rigor terminológico, a expressão invalidade exige uma breve ressalva. Invalidade consiste em uma qualidade do ato, qual seja, estar em desconformidade com a ordem jurídica. Não há, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, graus de invalidade; ou o ato é válido, ou é inválido. Há gradação, na verdade, quanto às reações dirigidas aos atos inválidos, de modo que aqueles reprimidos sob o regime da nulidade são considerados nulos, e aqueles reprimidos sob o regime da anulabilidade são anuláveis.

De maneira geral, a nulidade refere-se a interesses públicos, cuja proteção é de interesse geral, ao passo que a anulabilidade refere-se a interesses particulares (conforme se verá à frente, não se endossa completamente este entendimento). É a partir dessa distinção que se reconhece a legitimidade para pleitear a invalidade dos atos. Por referir-se a interesses públicos, a nulidade pode ser suscitada por qualquer interessado ou pelo Ministério Público e o magistrado pode reconhecê-la de ofício. Por referir-se a interesses privados, somente o interessado pode suscitar a anulabilidade e o magistrado não pode reconhecê-la de ofício.

É importante destacar que o sistema geral de invalidades do Código Civil só será aplicado se o ato em questão não estiver submetido a nenhum sistema específico, como, por exemplo, do casamento, do Código de Processo Civil, do Código de Defesa do Consumidor e demais leis específicas.<sup>61</sup>

Em regra, a nulidade é insanável, imprescritível, alegável por qualquer interessado e pelo Ministério Público, decretável pelo juiz de ofício e tem o condão de impedir que o ato produza seus efeitos. Entretanto, na esteira dos ensinamentos de Marcos Bernardes de Mello, com os quais se concorda integralmente, é conveniente ressaltar que não se trata de características essenciais da nulidade, visto que para cada um destes traços há exceções no ordenamento

---

<sup>61</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil. Teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 448.

jurídico que os desmentem como reveladores de sua essência. Daí não ser cientificamente correto dizer que são características essenciais à nulidade, mas sim que lhe são, em geral, pertinentes.<sup>62</sup> Nas palavras do insígne autor:

Para atender situações especiais, particularizadas, algumas vezes resultantes da própria natureza do ato ou de suas conseqüências e interesses de ordem pública, os sistemas jurídicos criam exceções que impedem se possam fazer enunciados genéricos, com absoluto rigor científico, como, por exemplo, dizer-se que *nulidade é o defeito insanável, imprescritível, alegável por qualquer interessado e pelo Ministério Público, decretável de ofício pelo juiz, que torna o ato jurídico ineficaz*. Se considerarmos a generalidade dos casos esse enunciado é correto, mas não se aplica a toda a espécie, uma vez que há casos, excepcionais, é verdade, em que a nulidade: (a) convalesce, (b) extingue-se (= decadência) ou tem sua eficácia encoberta (= prescrição) pelo decurso do tempo, (c) não pode ser alegada por qualquer interessado, muito menos pelo Ministério Público, (d) depende de impugnação, não podendo ser decretada de ofício pelo juiz, e, finalmente, (e) o negócio jurídico é eficaz. [grifos no original]<sup>63</sup>

Para que se fique em apenas um exemplo, cite-se a hipótese de casamento putativo eivado de nulidade, mas que produz todos os efeitos em relação aos filhos e ao cônjuge de boa-fé (art. 1.561, CC). Por essas razões se afirmou adrede não ser possível elaborar cientificamente uma teoria das nulidades.

Segundo o sistema geral do Código Civil, são nulos os atos que se enquadrarem em qualquer das hipóteses dos arts. 166 e 167 (simulação), sendo importante mencionar o teor do inciso VII do art. 166, porquanto este dispositivo confere abertura para que as hipóteses de nulidade sejam estendidas, ao estatuir que o ato será nulo quando **a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção**.

Por outro lado, a anulabilidade possui como características ser sanável, estar sujeita a prazo decadencial, ser alegável apenas pelo interessado, não ser pronunciada de ofício pelo juiz e não obstar a produção de efeitos do ato, até que este seja desconstituído por sentença. Constituem o universo dos atos anuláveis aquelas hipóteses previstas no art. 171, além daquelas expressamente declaradas na lei.

<sup>62</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 225.

<sup>63</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 225.

Tendo sido apresentados os traços gerais da invalidade no sistema geral do Código Civil, o próximo tópico tratará da invalidade nos atos administrativos.

### **3.1 Invalidade no ato administrativo**

Pode-se dizer que a invalidação, enquanto gênero, é um instituto bem consolidado, pois qualquer que seja o ramo do direito em que se a considere, ela tem a mesma essência. Tomando-se, por exemplo, o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, para o qual invalidação “é a supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica”, verifica-se que se fosse suprimida de seu conceito a palavra “administrativo”, este poderia muito bem ser empregado em qualquer ramo do direito.

Grassa enorme controvérsia na doutrina quanto à invalidade no campo do direito administrativo. Divergem os autores, basicamente, quanto às espécies de invalidação (nulidade e anulabilidade) permitidas em matéria administrativa. Divide-se a doutrina, portanto, desconsideradas sutilezas de um ou outro autor, em duas correntes principais: uma que admite apenas o regime da nulidade; e outra que admite ambas as espécies, nulidade e anulabilidade.

Aqueles que defendem não existir o regime da anulabilidade em sede administrativa o fazem sob o argumento de que o “tratamento das nulidades no direito civil separa os defeitos referentes a normas imperativas e os defeitos decorrentes de normas protetoras de interesses de pessoas”<sup>64</sup>. Sendo as normas do direito administrativo de ordem pública, não haveria lugar para a anulabilidade.

Discorda-se dessa posição, pois acredita-se que a consequência decorrente da violação de uma norma é resultado de valoração do legislador, que não se pauta, necessária e unicamente, na distinção que se possa fazer entre normas de interesse público e normas de interesse privado. Nulidade e anulabilidade são regimes jurídicos sancionatórios, de modo que o emprego de uma ou outra espécie fica na esfera de avaliação do legislador, que pode considerar diretrizes valorativas das mais diversas<sup>65</sup>. O que se pode afirmar com certeza é que o regime

---

<sup>64</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 157.

<sup>65</sup> Tome-se como exemplo a simulação, que no Código Civil de 1916 era causa de anulabilidade, e atualmente é causa de nulidade.

da anulabilidade, enquanto reação à violação do ordenamento jurídico, é menos gravoso que o da nulidade, o que faz com que esta seja a sanção padrão para as normas de ordem pública. Entretanto, determinar qual afronta enseja reação mais (nulidade) ou menos (anulabilidade) enérgica, é questão valorativa que não se pauta apenas pela distinção entre normas referentes a interesses públicos e privados. Se o regime da anulabilidade for mais adequado a determinados casos, porque melhor atende ao interesse público, não há por que subtraí-lo ao administrador, ainda que se trate de norma de ordem pública. Deve prevalecer, neste caso, o interesse público, e não o apego a uma tradição que muitas vezes é adequada, mas nem sempre.

Ademais, o próprio ordenamento jurídico brasileiro admite a anulabilidade em matéria administrativa, em vista do que dispõe o art. 1º da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), ao afirmar que qualquer cidadão será parte legítima para **pleitear a anulação ou a declaração de nulidade** de atos lesivos ao patrimônio federal, estadual, municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público.<sup>66</sup>

Por óbvio, aceitar o regime da anulabilidade em matéria administrativa não significa importá-lo do direito civil intocado. Sua aplicação no direito administrativo, por certo, exige adequação às características, aos princípios e à finalidade deste ramo.<sup>67</sup>

Pelas razões aduzidas, filia-se à corrente que admite ambas as espécies de invalidação (nulidade e anulabilidade).

Celso Antônio Bandeira de Mello admite uma terceira, qual seja, a da inexistência. Diverge-se do insígne administrativista, quanto a esta terceira espécie, porque de acordo com seus ensinamentos a inexistência enquadrar-se-ia no plano da validade, algo impensável, considerando que os atos jurídicos desenvolvem-se em três planos (existência, validade e eficácia), e para valer, ou ser eficaz, precisa primeiramente existir no mundo jurídico. Fique claro, então, que não se está a dizer que na seara do direito administrativo os atos inexistentes

---

<sup>66</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 276.

<sup>67</sup> VELOSO, Zeno. *Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 276.

juridicamente não podem ocorrer, quer-se apenas deixar claro que a inexistência não é espécie de invalidação, pois esta só pode atingir o que existe no mundo do direito.

Apesar de não ser o foco, não há como falar de invalidação sem fazer menção à figura da revogação, porquanto comumente são objeto de confusão. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, revogação “é a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes”.<sup>68</sup>

O ponto principal que não se pode perder de vista, portanto, é que na invalidação está sempre presente uma situação de desconformidade com o direito. Na medida em que a invalidação é uma sanção à desconformidade, se não existir esta última, não há que se falar em invalidação. Por outro lado, revogação nada tem a ver com afronta ao direito. Relaciona-se, na verdade, com o juízo de conveniência e oportunidade do administrador. Por esse motivo, não faz sentido que a revogação atinja efeitos pretéritos do ato revogado, porque todos eles foram produzidos sob a égide da legalidade, sem afrontar o ordenamento.

De maneira resumida, difere a revogação da invalidação quanto aos seguintes aspectos: a primeira gera efeitos *ex nunc*, a segunda gera efeitos *ex tunc*; a primeira só pode ser realizada pelo administrador, a segunda pode ser realizada pelo administrador e pelo Poder Judiciário; a primeira funda-se na conveniência e oportunidade do administrador, a segunda funda-se na desconformidade do ato com o direito.

---

<sup>68</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 449.

#### **4 DA POSSIBILIDADE DOS VÍCIOS DE CONSENTIMENTO NO ATO ADMINISTRATIVO**

Antes de se avançar sobre a questão propriamente dita da possibilidade dos vícios de consentimento no ato administrativo, faz-se necessário fixar que esta análise só faz sentido quando se tratar de ato discricionário, pois no ato vinculado o legislador previu de maneira completa a situação, de modo que não se requer nenhuma apreciação subjetiva por parte do agente público quanto à conveniência ou oportunidade de se praticar o ato. Se não há espaço de liberdade para o agente decidir-se, não há possibilidade de ocorrer vício de consentimento, pois inexistente vontade na hipótese. Assim, destaca-se que toda a discussão acerca da possibilidade dos vícios de consentimento no ato administrativo restringe-se à espécie ato administrativo discricionário.

As etapas cumpridas até o momento consistiram basicamente em identificar as várias peças do quebra-cabeça, de modo que agora tentar-se-á reuni-las. Assim, será trilhado caminho aparentemente repetitivo - na medida em que estas peças serão revisitadas -, porém necessário para que se desenvolva o raciocínio e se atinja o objetivo proposto neste trabalho.

A questão dos vícios de consentimento no âmbito dos atos administrativos suscita muitas divergências. Não por acaso, as opiniões dos doutrinadores propagam-se nos mais variados sentidos. De fato, por se tratar de instituto típico do direito civil, há resistência por parte de muitos administrativistas em admiti-lo no âmbito do direito público. Em boa medida, tal postura é resultado de tentativas mal sucedidas de se transporem institutos de um ramo a outro sem considerar suas especificidades.

O trato científico do direito, no entanto, exige abordagem diversa. Deve-se buscar a essência do instituto, em sua forma mais abstrata, situando-o na teoria geral do direito, para depois lhe acrescentar os traços específicos de cada ramo do direito. Trata-se de procedimento chamado análise regressiva, conforme ensina Edmir Netto de Araújo:

As disciplinas jurídicas, partindo-se do exame dessa área comum [teoria geral do direito], vão se diferenciando à medida que se acrescentam aos conceitos e institutos os atributos específicos de cada qual, e que o situarão, primeiro, em um dos ramos em que se divide a ciência do Direito, e depois, em alguma disciplina desses ramos.

Portanto, eliminando-se os atributos e adjetivos específicos, o rigor científico levará, pelo método da análise regressiva, determinada noção, conceito ou instituto às *formas puras* de conceituação jurídica, que permitem, a *partir delas* e não mediante adaptação representada pela transposição, identificar, situar e catalogar tais noções, conceitos e institutos. [grifos no original]<sup>69</sup>

Feitas estas considerações iniciais, cabe explicitar o método que será utilizado nesta empreitada. Ele consistirá, basicamente, em analisar as categorias jurídicas relacionadas ao ato administrativo, para saber se há algum traço peculiar em qualquer delas que impeça a ocorrência dos vícios de consentimento quando consideradas no âmbito do direito administrativo.

Nessa linha, impõe-se como primeiro passo situar o ato administrativo na teoria do fato jurídico. Conforme se viu, assumiu-se como pressuposto metodológico que o ato administrativo, por ser declaração de vontade, constitui espécie da categoria ato jurídico. Significa dizer, portanto, que o ato administrativo possui todas as características do ato jurídico (categoria abstrata), mais aquelas que lhe são específicas. Ora, se o ato jurídico pode ser maculado por vício de consentimento, da mesma forma também o pode o ato administrativo, por ser espécie daquele.

Entretanto, concluir pela possibilidade dos vícios de consentimento no ato administrativo com base unicamente neste argumento pode conduzir a conclusões precipitadas, pois pode-se objetar, não sem razão, que eventual traço específico do ato administrativo ou fator externo a ele poderia impedir tal possibilidade. Desse modo, convém persistir na investigação das demais categorias.

Vontade e autonomia são categorias que impõem sejam tratadas conjuntamente, já que a segunda é fundamento da primeira. O ponto central é saber se a autonomia e a vontade, quando consideradas no âmbito do direito público, assumem características que obstam a ocorrência dos vícios de consentimento. O caminho natural desta investigação, portanto, é proceder ao cotejo entre as autonomias pública e privada.

Ao se tratar da autonomia privada, constatou-se que esta não se confunde com a autonomia da vontade, embora sejam consideradas como

---

<sup>69</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 53.

sinônimas por muitos. A autonomia da vontade, na acepção em que se a considerou aqui, constitui categoria metajurídica, ligada à filosofia e à política, fruto da ideologia prevalescente à época das revoluções liberais, em especial a Revolução Francesa. Já a autonomia privada é “a permissão da criação pessoal de efeitos jurídicos não predeterminados por outras regras e a titularidade e exercício do correspondente poder”<sup>70</sup>. Aspecto relevante a se destacar é que a vontade não é fonte originária de efeitos jurídicos, mas sim derivada, pois dela só nascem efeitos jurídicos porque o ordenamento lhe conferiu esta potencialidade.

A autonomia pública teve fundamentos diferentes daqueles da autonomia privada. Ao passo que esta fundou-se nos valores liberais, principalmente liberdade e igualdade, aquela fundou-se em motivos que impossibilitaram, e continuam a impossibilitar, a supressão da discricionariedade, conforme já se fez menção.

No entanto, apesar de arrimadas em diferentes fundamentos, tanto a autonomia privada, quanto a pública, quando positivadas, assumem a mesma forma, ou seja, tornam-se “permissão de criação de efeitos jurídicos”, conferindo efeito jurígeno à vontade, tratando-se, em ambos os casos, de realidades derivadas. Assim, pode-se dizer que não há influência dos fundamentos de uma e outra na essência da categoria jurídica abstrata “autonomia”. Não importa se é considerada no direito público ou no direito privado, a autonomia assume em ambos a natureza de “permissão de criação de efeitos jurídicos”. Na verdade, a influência dos fundamentos da autonomia pública e da autonomia privada se faz sentir nos respectivos regimes jurídicos, os quais lhes acrescentam traços específicos que as diferenciam da categoria abstrata e entre si.

Assim, pode-se inferir, desta análise, que autonomia e vontade, consideradas ontologicamente, não se desfiguram quando transportadas para os ramos do direito público e privado, pois mantêm suas essências. O que difere são as limitações impostas a elas em um ou outro ramo, segundo o regime jurídico ao qual estejam sujeitas.

---

<sup>70</sup> SÉRVULO CORREIRA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 432.

Acredita-se que a afirmação feita acima não será de fácil aceitação, visto que a noção de vontade normativa, ou vontade administrativa, como a denominam alguns, encontra-se bastante difundida no direito administrativo, de modo que encontra-se amplamente sedimentada na doutrina a idéia de que a vontade do agente no ato administrativo é irrelevante, porque a vontade presente no ato administrativo é a vontade prevista na lei.

A semântica da expressão vontade normativa sugere que não há espaço para a vontade da pessoa - porquanto a vontade se esgota na norma - e assim acaba por contrariar realidade evidente. O fato é que o legislador não consegue prever todas as condutas possíveis da Administração, de modo que em algum momento este espaço deverá ser preenchido pela vontade da pessoa jurídica de direito público, que, em última instância, é a vontade do agente competente, declarada em conformidade com o que preceituam as regras e princípios do direito administrativo. Por óbvio, afirmar que existe uma vontade do agente não significa dizer que esta vontade seja aquela que atenda aos seus interesses pessoais. A vontade psicológica não se altera pelo fato de ter sido declarada segundo o interesse público ou privado. Desse modo, pode-se dizer que o vício de consentimento no ato administrativo ocorre da mesma forma que no ato jurídico de direito privado, ou seja, quando a vontade psicológica, por estar viciada, difere da vontade declarada.

Ainda na linha do método empregado, cabe também indagar se a categoria "pessoa" se altera quando considerada no direito público e privado. Há alguma diferença substancial entre a pessoa jurídica de direito público e a pessoa jurídica de direito privado?

Considere-se, hipoteticamente, o diretor de uma sociedade empresária com poderes para representá-la em seus atos. Suponha que referido diretor tenha sido coagido a assinar determinado contrato. Pergunta-se: o fato de estar ali declarada a vontade de uma pessoa jurídica impede que o negócio jurídico seja anulado por vício de consentimento? Evidente que não. Se o diretor, apesar de não se confundir com a pessoa jurídica, foi coagido a declarar vontade que de outro modo não teria declarado, é incontestável a ocorrência de vício de consentimento e a possibilidade de se invalidar o ato. Assim é porque a vontade da pessoa jurídica é

a de seu representante. Desse modo, impossível imaginar que o vício que interferiu na vontade do indivíduo não contamine a vontade da pessoa jurídica.

Considere-se, agora, um agente público titular de órgão competente para manifestar a vontade da administração. Suponha que referido agente tenha sido coagido a assinar determinado ato administrativo discricionário. Pergunta-se: o fato de estar ali declarada a vontade de uma pessoa jurídica impede que o ato administrativo seja anulado por vício de consentimento? Ousa-se responder que não. Do mesmo modo que na situação hipotética do parágrafo anterior não há porque se negar a ocorrência de vício de consentimento, igualmente não há razão para se negar sua ocorrência nesta situação.

Ambas as situações são semelhantes, ou seja, dizem respeito a uma pessoa jurídica cuja vontade é a vontade manifestada pelo indivíduo, só que na primeira está uma pessoa jurídica de direito privado, enquanto na segunda está uma pessoa jurídica de direito público. As duas são igualmente reconhecidas como pessoas jurídicas pelo Código Civil, cujo art. 40 dispõe que “As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado”. Assim, na mesma linha do que se falou sobre autonomia e vontade, pode-se dizer, então, que também a pessoa jurídica, enquanto categoria, mantém sua essência nos dois ramos (público e privado).

Essas reflexões sobre ato jurídico, autonomia, vontade e pessoa jurídica tiveram por objetivo assegurar que essas categorias não perdem integridade, ou seja, não modificam suas essências quando consideradas no direito civil e administrativo. A categoria ato jurídico é a mesma, quer no direito civil, quer no direito administrativo. A categoria vontade, igualmente, é a mesma, quer no direito civil, quer no direito administrativo. Esta constatação conduz a uma conclusão importante, a de que as categorias jurídicas arroladas, por não se modificarem quanto à essência, quando consideradas no âmbito do direito administrativo, não constituem, por si próprias, impedimento à ocorrência dos vícios de consentimento. Se assim é, então também se conclui que, se há óbice à ocorrência de vícios de consentimento no âmbito do direito público, este constitui fator externo a todas estas categorias.

Assumindo como premissas as ilações a que se chegou até o presente momento, conclui-se, então, que se há algo que pode impedir a ocorrência dos vícios de consentimento no ato administrativo, é este o regime jurídico de direito público, fator exógeno que permeia todas as categorias mencionadas.

Dentre os princípios que informam o regime jurídico de direito público, não é possível identificar um sequer que seja incompatível com a ocorrência de vícios de consentimento no âmbito do direito administrativo. É certo que o regime jurídico de direito público, em razão dos princípios que lhe informam, impõe ao agente público a observância de parâmetros que deixam pouco espaço para a vontade, mas a realidade é que nem mesmo a junção de todos os princípios tem o condão de suprimi-la por completo. No que tange ao direito positivo, também não há vedação (explícita ou implícita) que seja obstáculo aos vícios de consentimento.

Alguns autores deduzem que não poderia ocorrer vício de consentimento no ato administrativo ao argumento de que a anulabilidade não compõe o sistema de invalidades do direito administrativo. Todavia, não é possível aceitar tal argumentação, por dois bons motivos. Primeiro, porque o ordenamento jurídico pátrio prevê o regime sancionatório da anulabilidade no âmbito do direito administrativo (art. 1º, Lei da Ação Popular). Segundo, porque não se pode confundir o ato que viola a norma com a sanção a ele aplicável, ou seja, não se pode tomar o efeito pela causa. Ato inválido é causa, nulidade ou anulabilidade são efeitos. Assim, mesmo que não existisse o regime da anulabilidade no direito administrativo, este fato não inviabilizaria a existência dos vícios de consentimento, pois como já se falou, a sanção imposta a determinada violação do ordenamento jurídico é uma opção do legislador, e nada impediria que o legislador fulminasse o vício de consentimento com o regime da nulidade, por exemplo.

Na linha do método aqui proposto, verificou-se que não foi possível detectar impedimentos à ocorrência dos vícios de consentimento no âmbito do direito administrativo. Observou-se que as categorias abstratas, como tinham de ser, não se desfiguraram, nem lhes foram acrescentadas características específicas do regime jurídico de direito público consideradas impeditivas dos vícios de consentimento. Assumindo, pois, que no ato administrativo é possível a ocorrência de tais vícios, convém examinar a oportunidade de alegá-los.

#### **4.1 Da oportunidade de se alegarem os vícios de consentimento no ato administrativo**

Nada impede que um dado ato viole simultaneamente pontos do ordenamento jurídico que ensejem sanções sob os regimes da nulidade e anulabilidade. Pode-se pensar, a título de exemplo, em contrato de compra e venda de imóvel com valor superior a 30 salários mínimos, celebrado sob coação, e sem respeito à forma da escritura pública. Neste caso, tem-se ato que está sujeito ao regime da anulabilidade, por configurar hipótese de vício de consentimento (art. 171, II, CC), e ao regime da nulidade, por não respeitar forma prescrita em lei (art. 108 c/c art. 166, IV, CC). Apesar do ato ter violado norma que enseja a anulabilidade, esta é excluída pela nulidade, em razão desta última constituir sanção mais grave, que não deixa ao indivíduo a oportunidade de optar pela produção de efeitos ou pela anulação. Verifica-se, portanto, que a anulabilidade só tem lugar quando o ato não for nulo.

No entanto, vale atentar para o fato de que a nulidade só afasta a anulabilidade se incidirem as duas na mesma parte do ato, ou quando, não incidindo na mesma parte, não for possível dividir o ato. Exemplo que bem ilustra esta situação é a hipótese de doação de ascendente a descendente, feita sob coação, e com excesso quanto à parte que o doador poderia dispor em testamento no momento da liberalidade. Neste caso a doação é nula na parte em que há excesso (art. 549, CC), e anulável na parte em que não há excesso (art. 171, II, CC), de modo que se o doador, por razões que a ele cabe sopesar, não invalidar o ato, este produzirá seus efeitos próprios quanto à parte em que não há excesso, dando-se a transmissão da propriedade e configurando adiantamento da legítima (art. 544, CC), mas nada poderá fazer em relação à parte excedente, já que ela não está no seu espaço de decisão, justamente por estar sob o regime da nulidade.

Conclui-se, portanto, que nos casos em que estiverem presentes nulidade e anulabilidade e não for possível separá-las, não poderá a pessoa pretender que o ato produza seus efeitos próprios, pois a nulidade o impede. Essa constatação é importante porque no âmbito dos atos administrativos verificam-se múltiplas possibilidades de se alegarem vícios que geram nulidade, o que reduz bastante o espaço para que o administrador se valha do regime da anulabilidade.

Desse modo, em casos de vícios como agente incompetente, forma incompatível ou desvio de finalidade, que ensejam a nulidade dos atos, não há que se falar em anulabilidade. Assim, na hipótese de ato maculado simultaneamente por vício de consentimento e vício que enseja nulidade, não há por que se alegar vício de consentimento, porquanto o ato já é inválido. Não quer dizer que o vício não tenha ocorrido, mas apenas que o regime sancionatório que lhe corresponde (anulabilidade) não tem espaço frente ao regime da nulidade.

Entretanto, quando o ato estiver maculado somente por vício de consentimento, será possível o administrador escolher entre manter a produção dos efeitos do ato ou invalidá-lo. O poder de autotutela da Administração, que consiste no poder-dever de invalidar seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, juntamente com o art. 1º da Lei da Ação Popular, constituem fundamentos autorizadores do regime sancionatório da anulabilidade no âmbito do direito administrativo. Assim, o ato eivado de vício de consentimento pode permanecer no mundo jurídico se o administrador, em seu juízo de conveniência e oportunidade, entender que tal solução melhor atende ao interesse público. Não há razão para se vedar o regime da anulabilidade, uma vez que este confere mais um instrumento ao administrador para que atinja o interesse público. Obviamente, o regime da anulabilidade se submete aos mesmos princípios administrativos que visam evitar condutas arbitrárias por parte da Administração, estando sujeito, portanto, à apreciação judicial.

Pode-se objetar, entretanto, que o regime da anulabilidade seria inútil nos atos discricionários porque o administrador já tem ao seu dispor a revogação, que permite a extinção do ato segundo seu juízo de conveniência e oportunidade. De fato, em ambas as situações (anulabilidade e revogação) a permanência ou a retirada do ato dependerá do juízo de conveniência e oportunidade do administrador, só que na anulabilidade o ato administrativo de invalidação terá como motivo o vício de consentimento e a norma que o prevê, ao passo que na revogação o ato administrativo respectivo terá como motivos as razões de fato e de direito que melhor atendem ao interesse público, segundo o juízo do administrador. A diferença, no entanto, não se refere apenas aos motivos, mas também aos resultados produzidos em uma ou outra situação, já que na anulabilidade os efeitos são *ex tunc* e na revogação são *ex nunc*. Pelo fato da

invalidez não compor o suporte fático do ato administrativo revogador, as relações jurídicas nascidas na vigência do ato revogado permanecem, evitando-se apenas que nasçam novas relações jurídicas. Já o ato administrativo invalidador tem o efeito de desconstituir as relações jurídicas nascidas de ato em desconformidade com o direito.

Admitir a possibilidade dos vícios de consentimento e o regime da anulabilidade no âmbito do direito administrativo implica em dotar a Administração de mais um instrumento na persecução do interesse público.

## CONCLUSÃO

O caminho trilhado neste trabalho consistiu em analisar os vários elementos ligados à questão da possibilidade dos vícios de consentimento no ato administrativo. Referida análise permitiu notar aspectos interessantes, dos quais se fará um apanhado.

Tendo sido adotada a premissa de que o ato administrativo é espécie do gênero ato jurídico e que este último está suscetível aos vícios de consentimento, conclui-se que o ato administrativo também apresenta esta mesma suscetibilidade.<sup>71</sup> Essa decorrência lógica é de fácil observação, porquanto é cediço que a espécie herda todas as características do gênero a que pertence.

Sendo o ato administrativo, então, um ato jurídico acrescido de traços específicos, indaga-se se suas especificidades se constituem em elementos idôneos a excluir a possibilidade de ocorrência dos vícios de consentimento em seu seio. Referido questionamento desagua no regime jurídico de direito público, que é o traço diferenciador do ato administrativo. Assim, se a classificação do ato administrativo como espécie do gênero ato jurídico não vai contra a possibilidade dos vícios de consentimento, pelo contrário, a afirma, então eventual obstáculo estaria localizado no regime jurídico de direito público, ou em algum elemento relacionado à dinâmica do ato administrativo, como a autonomia, a vontade ou a pessoa.

Na incursão pela vontade e a autonomia, verificou-se que esta é a janela de entrada daquela para o mundo jurídico, ou seja, a autonomia é a permissão para que a vontade, desde que em conformidade com o ordenamento, produza efeitos jurídicos. Percebe-se, portanto, que autonomia e vontade são realidades derivadas, pois a fonte primária dos efeitos jurídicos é o ordenamento, que atribui potencialidade jurígena à vontade. Essa percepção remete à própria instrumentalidade do Direito enquanto ferramenta necessária de organização e controle social, uma vez que a experiência já demonstrou as consequências deletérias da primazia da vontade. Observa-se, então, que a dinâmica das relações jurídicas evoluiu para uma configuração onde a vontade só produz efeitos quando

---

<sup>71</sup> Excepciona-se, entretanto, o ato administrativo vinculado, que enquadra-se, na verdade, nas categorias fato jurídico *stricto sensu* ou ato-fato jurídico, a depender da situação, embora contenha a palavra "ato" em sua denominação.

em conformidade com o ordenamento, não importando de qual ramo do direito se trate. Assim, verifica-se que autonomia e vontade preservam suas essências ainda que consideradas no âmbito do direito público, de modo que as especificidades que uma ou outra venham a ter nos mais variados ramos serão decorrência dos respectivos regimes jurídicos.

No que tange à pessoa, quer no direito privado, quer no direito público, também não se verifica nenhuma desfiguração que implique na impossibilidade dos vícios de consentimento no ato administrativo, conforme se constatou. Novamente, eventuais empecilhos aos vícios de consentimento, se existentes, surgirão do regime jurídico de direito público.

Assim, estando patente que não há impedimentos que decorrem das categorias abstratas da teoria geral do direito, pois estas mantêm suas essências, como era de se esperar, a investigação derradeira recai sobre o regime jurídico de direito público, elemento que permeia todas essas categorias.

O direito administrativo, além de regular a atividade estatal, tem também a finalidade de proteção dos indivíduos frente ao Estado. Para cumprimento de tal finalidade, impõe-se a ele que disponha de mecanismos que impeçam arbitrariedades por parte daqueles que compõem a estrutura estatal. Nesse sentido, o princípio da legalidade, ao vincular o agir administrativo à autorização legal, constitui-se em garantia de fundamental importância do indivíduo, pois submete o Estado às normas jurídicas emanadas do Poder Legislativo, que, no Estado Democrático de Direito, é composto pelos representantes do povo.

No entanto, não há como vincular a atividade administrativa de maneira plena à lei, porque é impossível, dentre outros motivos, o legislador prever todas as condutas da Administração, de modo que é inevitável remanescer um espaço no qual a atuação do agente será discricionária. Cabe indagar, então, se o regime jurídico de direito público tem o condão de tornar irrelevante a vontade do agente quando no exercício da discricionariedade. Verificou-se, a esse respeito, que não obstante toda a sua rigidez, o regime jurídico de direito público não está apto a tornar irrelevante a vontade, pois isso só aconteceria realmente se a vontade fosse completamente suprimida, o que não é possível, como se acabou de falar.

Diante do que foi exposto, conclui-se, então, não haver vedação expressa, quer no ordenamento jurídico, quer na teoria, que impossibilite a ocorrência dos vícios de consentimento no ato administrativo.

Outrossim, não há nada que impeça a adoção do regime sancionatório da anulabilidade para esta espécie de vícios, uma vez que o ordenamento jurídico o prevê explicitamente (art. 1º, Lei da Ação Popular). Quanto às especificidades que poderiam surgir da aplicação do referido regime na seara administrativa, certamente seriam elaboradas mediante a dialética diuturna dos tribunais e da doutrina, como sói acontecer no Direito.

Com efeito, não se quer dizer que os vícios de consentimento serão alegados à fatura no âmbito do direito administrativo, até mesmo porque a nulidade torna inócua a anulabilidade, e os vícios ensejadores de nulidade estão espalhados aos montes pelo ordenamento jurídico, o que já diminui bastante a oportunidade de se utilizar do regime sancionatório da anulabilidade em face de um vício de consentimento. Neste trabalho, quis-se focar o aspecto teórico, ou seja, manejar os conceitos em cotejo com o ordenamento jurídico pátrio para ao final concluir pela possibilidade ou impossibilidade dos vícios de consentimento no ato administrativo.

Por fim, deve-se mencionar que revogação não é o mesmo que anulabilidade, de modo que esta constitui um instrumento adicional à disposição da Administração na persecução do interesse público.

Já se fez alusão ao fato de que a revogação não diz respeito a invalidade, mas a um juízo de conveniência e oportunidade do administrador, de modo que quando esta opera não se dá a desconstituição das relações jurídicas nascidas sob a vigência do ato revogado, justamente porque nasceram sob a égide de um ato em perfeita conformidade com a ordem jurídica.

Por outro lado, a anulabilidade diz respeito à validade do ato jurídico, permitindo ao legitimado que escolha entre a invalidação ou a produção de efeitos jurídicos. Caso o legitimado opte pela invalidação, as relações jurídicas nascidas do ato inválido, diferentemente do que ocorre na revogação, serão desconstituídas, pois nasceram em desconformidade com o ordenamento jurídico. Vale destacar que a anulabilidade, do mesmo modo que a nulidade, encontra-se no âmbito do poder de

autotutela da Administração, sujeita também ao controle judicial em caso de arbitrariedade.

Encerra-se, portanto, esta empresa, com a consciência de que, pela fertilidade do tema, muito mais poderia ter sido explorado, mas que, em face do escopo próprio de uma monografia de curso de graduação e das limitações de conhecimento deste que escreve, tem-se aqui o que foi possível produzir.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tradução: Ricardo Rodrigues Gama. Vol. I. Campinas: LZN, 2003.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. *Direito civil. Teoria geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- HORBACH, Carlos Bastide. *Teoria das nulidades do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do fato jurídico. Plano da validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. "A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo." *Revista Trimestral de Direito Público* (Malheiros) 25 (1999): 43-55.

SANTI, Eurico Marcos Diniz. "Ato administrativo e sua estrutura: do ato-fato ao ato-norma." In: DIDIER JR, Fredie e EHRHARDT JR, Marcos. *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello*, 151-174. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

VASSILIEFF, Sílvia (coord.). *Teoria geral. Direito Civil*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.