

ANDRÉ SADDY

5ª
Edição

Revista
atualizada e
ampliada

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

ANEXO III DIVERGÊNCIAS DOCTRINÁRIAS



www.cej.com.br

Editores

André Saddy e Pedro Luiz Ferreira de Almeida

Conselho Editorial

André Saddy – Universidade Federal Fluminense (Brasil)
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo - Escola de Direito do RJ da Fundação Getulio Vargas (Brasil)
Christian Alberto Cao – Universidad de Buenos Aires (Argentina)
Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University (Estados Unidos da América)
Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva – Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil)
Daniel Wunder Hachem – Universidade Federal do Paraná (Brasil)
Irene Patrícia Nohara – Universidade Presbiteriana Mackenzie (Brasil)
João Miranda – Universidade de Lisboa (Portugal)
José Eugenio Soriano García – Universidad Complutense de Madrid (Espanha)
José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil)
Julián Pimiento Echeverri – Universidad Externado de Colombia (Colômbia)
Orlando Vignolo Cueva – Universidad de Piura (Peru)
Pablo Schiavi – Universidad de la República/Universidad de Montevideo (Uruguai)
Reinaldo Funes Monzote – Universidad de Havana (Cuba)
Rodrigo Ferrés Rubio – Universidad Católica del Uruguay (Uruguai)

Sede: Rua Alcindo Guanabara, n.º 24, sala 1405,
Rio de Janeiro, RJ, Centro, CEP 20.031-915, Brasil

André Saddy

Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford
Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España
Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alþan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina
Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Professor Associado 1 da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF)
Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal Fluminense (PPGD/UFF).
Professor Agregado 2 do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)
Diretor Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA)
Vice-Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ)
Fundador e Diretor-Presidente do Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)
Idealizador e Coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC)
Sócio-fundador do Escritório Saddy Advogados
andresaddy@yahoo.com.br

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

VOLUME 3

ANEXO III DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS

5. ed
Revista, ampliada e atualizada

2026

Copyright © 2026 by André Saddy

Categoria: Direito Administrativo

Produção Editorial
Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Diagramação: CEEJ

Capa: Julia Almeida

O Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ) não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra, pelo seu autor, bem como esclarece que o padrão ortográfico e o sistema de citações e referências são prerrogativas do seu autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive, quanto às características gráficas ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei n.º 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se à busca e à apreensão e a indenizações diversas (Lei n.º 9.610/1998).

Todos os direitos desta edição são reservados ao Centro para Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ)

Impresso pela Bok2

Catálogo: Daniele Ferreira Alvarenga - CRB7 6873/RJ

Saddy, André

Curso de direito administrativo brasileiro: volume 3 – anexo III/André Saddy. 5. ed. – Rio de Janeiro: CEEJ, 2026.
368 p.

Inclui notas explicativas e quadros
ISBN: 978-65-6175-004-2

1. Direito administrativo (Brasil). 2. Atos administrativos. 3. Contratos administrativos. I. Título. II. série.

CDD – 341.301

As minhas filhas, os bens mais preciosos que
tenho, Nicole Ribeiro Saddy e Yasmin Ribeiro
Saddy, e a meu enteado, João Ribeiro Masset, por
me permitirem ter realizado o maior sonho da
minha vida, a paternidade.

AJUDE O AUTOR A MANTER ESTA OBRA

Entendo que todo conhecimento científico deva ser compartilhado, por isso, decidi deixar este livro aberto ao público sem custos para aqueles que não têm condições de contribuir e, para aqueles que têm, a liberdade de contribuir com quanto entenderem adequado. Fiquem à vontade para fazer circular este livro entre seus amigos, colegas, conhecidos, alunos, enfim, para quem desejar. Pode postar esta informação e o próprio livro nas redes sociais. Quanto mais divulgação, melhor!

O fato de deixar a escolha ao leitor sobre pagar ou não direitos autorais patrimoniais, todavia, não significa que eu não queira exercer e ver meu direito autoral moral respeitado. Este é perpétuo, inalienável e espero que seja observado por todos que realizarem a leitura. Desse modo, peço que sempre se cite a fonte.

Levei 10 (dez) anos para escrever este livro e, anualmente, empenho dias para mantê-lo atualizado. Apesar de aberto, caso queira abraçar essa causa e me apoiar nesta tarefa árdua que é o atualizar, você tem cinco formas de o fazer que podem ser cumulativas:

- (i) indicar eventuais atualizações necessárias para o *e-mail* andresaddy@yahoo.com.br;
- (ii) nunca deixe de citar este livro caso queira fazer alguma referência a ele, pois usurpar a ideia do autor é plágio;
- (iii) doe a quantia que entender adequada para que o autor se sinta estimulado a manter este livro atualizado pelo PIX andresaddy@yahoo.com.br, ficarei grato por qualquer quantia. Estes serão os direitos autorais patrimoniais que receberei;
- (iv) doe a quantia que entender adequada para o CEEJ/GDAC pelo site da Vakinha: <http://vaka.me/2740145>
- (v) adquira a versão impressa dele pelo *site* da editora www.cej.com.br

O seu apoio é vital e ajuda a sentir-me estimulado a continuar atualizando e divulgando o conhecimento para todos que apreciam o direito administrativo.

O modelo de *open access* do livro, ou seja, “*pague quanto quiser e puder*”, é diferente do tradicional e, por isso, pode-se considerá-lo disruptivo. Demorará até o público se acostumar com ele, mas sou grato aos mais de 5 (cinco) mil *downloads* do livro no *site* do escritório (www.saddy.adv.br) e do CEEJ/GDAC (www.cej.com.br), bem como aos doadores que, dentro de suas possibilidades, ajudaram-me.

Ajude o autor a manter esta obra

Por fim, lembro que qualquer tipo de ajuda é bem-vinda, seja ela qual for. Toda forma de ajuda fará uma real diferença. Se tiver possibilidade, por favor, não deixe de ajudar hoje. Obrigado!

METODOLOGIA

Com demonstrado na apresentação do “*Curso de Direito Administrativo Brasileiro*”, pretendeu-se expressar, com o rigor metodológico e a abrangência científica que toda ciência deve ter, os novos institutos e direções que o direito administrativo necessita.

Por isso, consciente da nova conjuntura e das mudanças em andamento, creia-se necessária uma obra que traga uma revisão total da disciplina, epistemológica e metodológica, alcançando todos os institutos e até mesmo o conceito de direito administrativo como ciência.

Um dos instrumentos para atingir tal objetivo foi a criação de quadros com as principais **divergências doutrinárias** encontradas. Esses quadros de divergências explicam, de forma sucinta, os diversos posicionamentos existentes na doutrina selecionada, colocando-se ao final de cada corrente a abreviatura do autor, além de indicar aqueles que não abordam a divergência ou que abordam, mas não se posicionam.

Utilizou-se 14 (quatorze) obras de direito administrativo, sendo elas, por ordem alfabética, já com as siglas, as seguintes:

1. ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP).
2. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA).
3. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF).
4. CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC).
5. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ).
6. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (MSZDP).
7. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016 (MJF).
8. MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM).
9. MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM).

10. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM).
11. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM).
12. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN).
13. NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN).
14. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO).

Optou-se por tais obras por entender que elas englobam uma variedade de características entre seus autores, tem-se professor de universidades públicas, privadas, de cursinhos preparatórios, além de diferentes graus de titulação, de doutores e livres-docentes a mestres e especialistas/pós-graduados.

Este anexo apresenta o resultado da pesquisa realizada nas 14 (quatorze) obras mencionadas. Foram 44 (quarenta e quatro) divergências doutrinárias neste volume. Em cada uma delas, identificou-se a parte do texto na qual o autor trata da divergência e, neste estudo, transcreveu-se, na sua literalidade, por meio de citação direta, o respectivo trecho. Grifou-se a parte do texto em que o autor se posiciona para facilitar ao leitor a compreensão do pensamento dele. Ao término de cada citação, incluiu-se a página e/ou o item e o capítulo no qual o texto pode ser localizado.

No que diz respeito aos nomes das correntes, esses foram estabelecidos conforme os textos encontrados e os posicionamentos defendidos. Buscou-se ser literal quando se definiu os termos do que constaria em cada texto descritivo das correntes.

Por conta disso, há casos em que as correntes pareciam similares, mas não idênticas. Por tal motivo, subdividiu-se as correntes em 1.1, 1.2 ou 2.1, 2.2, por exemplo.

Houve casos, ainda, que entre os autores selecionados se encontrou apenas uma corrente ou, até mesmo, nenhuma. Nestes casos as divergências foram mantidas no texto, pois elas existem em outras obras científicas que não as selecionadas.

Além disso, em algumas divergências, foram individuados autores que tratam delas, porém não se posicionam a respeito, por conseguinte, não sendo possível enquadrá-los em alguma das correntes mencionadas. Nestes casos, os autores foram classificados como “não se posicionam”.

Deu-se, também, casos em que não se localizou nas obras pesquisadas referências à divergência, incluindo-as, então, na categoria de “não abordam”.

Por derradeiro, no final de cada divergência, foi inserida a conclusão com o resumo da divergência e os posicionamentos existentes na doutrina selecionada, colocando-se, ao final de cada corrente, a abreviatura do autor. Esta conclusão foi transposta à obra em quadros apresentados na lateral da página, acrescentando, apenas, um gráfico, em formato de *pizza*, com os percentuais das correntes e, também, a indicação dos casos em que os autores não se posicionam ou não abordam o tema.

SUMÁRIO

AJUDE O AUTOR A MANTER ESTA OBRA....	Erro! Indicador não definido.
METODOLOGIA	Erro! Indicador não definido.

DIVERGÊNCIA 116 - Vinculação e Discricionariedade como poder ou espécie de ato administrativo	33
Corrente 1: A Vinculação e Discricionariedade são tratadas como poderes da Administração e como classificação de ato administrativo	33
Corrente 2.1: Vinculação e Discricionariedade são tratadas, somente, como classificação de ato administrativo.....	35
Corrente 2.2: Vinculação e Discricionariedade são tratadas como classificação de atos administrativos, mas rechaça-se suas abordagens como poderes	36
Corrente 3: Vinculação e Discricionariedade são tratadas como classificação de ato administrativo, mas somente a Discricionariedade é um poder administrativo	37
Corrente 4: Vinculação e Discricionariedade são formas de atuação administrativa, mas rechaça-se suas abordagens como poderes ou classificação de atos administrativos.....	38
Conclusão	39

DIVERGÊNCIA 117 - Espécies de subjetividade na manifestação da vontade administrativa	41
Corrente 1: Discricionariedade e Conceito jurídico indeterminado, sendo este incluso no âmbito daquela, desde que permita margem de escolha.....	41
Corrente 2: Discricionariedade e conceito jurídico indeterminado, sem que estes se confundam	43
Não se posicionam	44
Não aborda	45
Conclusão	46

DIVERGÊNCIA 118 - Utilização e diferenciação do termo discricionariedade potencial e efetiva	47
Corrente 1: Adota implicitamente a diferença entre discricionariedade potencial e efetiva	47
Não abordam	48

Conclusão	49
-----------------	----

DIVERGÊNCIA 119 - Concepção de discricionariedade51

Corrente 1: Adota implicitamente a concepção de discricionariedade efetiva, sem utilizar-se do termo	51
Não aborda	54
Conclusão	55

DIVERGÊNCIA 120 - Diferença entre discricionariedade de atuação e discricionariedade de eleição57

Não abordam	57
Conclusão	58

DIVERGÊNCIA 121 - Elementos essenciais da definição da Discricionariedade59

Corrente 1.1: Margem de livre apreciação, poder/liberdade de escolha e competência legal para exercê-lo	59
Corrente 1.2: Margem de livre apreciação, poder/liberdade de escolha, competência legal para exercê-lo e atendimento ao interesse público	60
Corrente 1.3: Margem de livre apreciação, poder/liberdade de escolha, competência legal para exercê-lo e substrato legal como limite	61
Corrente 1.4: Margem de livre apreciação, poder/liberdade de escolha, competência legal para exercê-lo, substrato legal como limite e atendimento ao interesse público	62
Corrente 2: Norma legal aberta, margem de livre decisão e juízo de ponderação	63
Conclusão	63

DIVERGÊNCIA 122 - Controle Judicial sobre a margem de livre apreciação65

Corrente 1: Admite-se controle judicial sobre a margem de livre apreciação	65
Corrente 1.2: Admite-se controle judicial sobre a margem de livre apreciação caso a Administração Pública tenha violado o ordenamento jurídico (regras e princípios)	65
Corrente 1.3: Admite-se controle judicial sobre a margem de livre apreciação quando há desvio de finalidade, invalidade do motivo e violação da juridicidade	68
Corrente 2: Não se admite controle judicial sobre a margem de livre apreciação	69
Conclusão	70

DIVERGÊNCIA 123 - Concepção de Discricionariedade técnica	73
Corrente 1: Utilização de critérios decorrentes de conhecimentos técnico-científicos	73
Corrente 2: Há Discricionariedade técnica quando a lei pressupõe averiguação técnica mas sem determinar um resultado conclusivo	73
Corrente 3: A Discricionariedade técnica, na verdade, é hipótese de vinculação administrativa	74
Corrente 4: Referência à subjetividade realizada em setores complexos da Administração Pública utilizadas por entes específicos do respectivo campo de conhecimento	75
Não se posiciona	75
Não abordam	76
Conclusão	76
 DIVERGÊNCIA 124 - Critério de identificação da arbitrariedade	79
Corrente 1: A arbitrariedade opera quando a Administração extrapola ou não atende ao ordenamento jurídico e/ou à juridicidade	79
Corrente 2: A arbitrariedade opera quando a Administração deixa de observar o princípio da legalidade	81
Corrente 3: A arbitrariedade opera quando a Administração decide com base na conveniência pessoal do agente	81
Não aborda	82
Conclusão	82
 DIVERGÊNCIA 125 - Natureza ou aplicabilidade da Lei n.º 9.784/1999	83
Corrente 1: A Lei n.º 9.784/1999 é de âmbito federal, aplicando-se à Administração Pública Federal, havendo competência legislativa autônoma dos outros entes federativos	83
Corrente 2: A Lei n.º 9.784/1999 é de âmbito nacional, aplicando-se aos demais entes federativos de maneira geral e subsidiariamente quando o ente tiver editado lei específica, pois possuem competência legislativa para tanto	85
Não se posiciona	88
Não aborda	89
Conclusão	89

DIVERGÊNCIA 126 - Dever-poder de motivar os atos administrativos (vinculados e discricionários)	91
Corrente 1: A fundamentação/motivação é obrigatória para atos vinculados e discricionários	91
Corrente 1.1: A fundamentação/motivação é obrigatória para atos vinculados e discricionários, mas para atos vinculados é possível a motivação ulterior, enquanto para atos discricionários, a motivação ulterior é a exceção	93
Corrente 2: A fundamentação/motivação é obrigatória para atos vinculados e não obrigatória para atos discricionários, salvo por imposição legal, mas recomenda-se a motivação de todos os atos administrativos	93
Não se posicionam	95
Não aborda	96
Conclusão	96

DIVERGÊNCIA 127 - Exceções ao dever-poder de motivar os atos administrativos	97
Corrente 1: O rol do art. 50 da Lei n.º 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal) é exemplificativo, devendo prevalecer o dever geral de motivação	97
Corrente 2.1: Apesar de não tratar expressamente do caráter exemplificativo ou taxativo do rol do art. 50 da Lei n.º 9.784/1999, restringem o dever de motivar aos atos decisórios, excetuando-se os demais atos	99
Corrente 2.2: Apesar de não tratar expressamente do caráter exemplificativo ou taxativo do rol do art. 50 da Lei n.º 9.784/1999, entende pela obrigatoriedade da motivação de todos os atos administrativos, salvo às exceções previstas na Constituição	100
Corrente 2.3: Apesar de não tratar expressamente do caráter exemplificativo ou taxativo do rol do art. 50 da Lei n.º 9.784/1999, entende que somente os atos previstos neste rol devem ser motivados, excetuando-se todos os demais atos, sem especificá-los, mas recomenda-se a motivação sempre que possível	101
Não aborda	102
Não se posicionam	102
Conclusão	103

DIVERGÊNCIA 128 - Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos	105
Corrente 1.1: Os precedentes administrativos são vinculantes para (i) casos idênticos ou muito próximos; (ii) inexistência de causa razoável para alteração do	

entendimento; e (iii) decisões tomadas dentro de um período de tempo não muito longo.....	105
Corrente 1.2: Os precedentes administrativos são vinculantes para casos futuros e semelhantes	106
Corrente 2: Os precedentes administrativos concretizam o dever de coerência administrativa, repudiando comportamentos contraditórios	107
Não abordam	108
Conclusão	109

DIVERGÊNCIA 129 - Vinculação aos precedentes judiciais 111

Corrente 1: Os precedentes judiciais possuem força normativa e efeito vinculante	111
Corrente 2: Os precedentes judiciais devem ser observados pela Administração Pública, bem como ser considerados pela Administração, ainda que não sejam vinculantes.....	111
Corrente 3.1: Os precedentes judiciais, ao menos os enunciados de súmulas vinculantes, vinculam a Administração Pública	112
Corrente 3.2: Os precedentes judiciais, ao menos na ADI, ADC, ADPF e nos enunciados de súmulas vinculantes, vinculam a Administração Pública	113
Corrente 3.3: Os precedentes judiciais, ao menos na ADI, ADC, Repercussão Geral e nos enunciados de súmulas vinculantes, vinculam a Administração Pública.....	115
Não abordam	116
Conclusão	116

DIVERGÊNCIA 130 - Mudança de lei durante o processo administrativo 119

Não abordam	119
Conclusão	120

DIVERGÊNCIA 131 - Recebimento e apreciação de recurso administrativo intempestivo 121

Corrente 1: O recurso administrativo intempestivo não deve ser, em regra, conhecido, mas em caso de ilegalidades percebidas, deverá ser apreciado para reexaminar a matéria, como meio de controle interno	121
Corrente 2: O recurso administrativo intempestivo não deve ser conhecido	123
Não se posiciona	123
Não abordam	124
Conclusão	124

DIVERGÊNCIA 132 - <i>Reformatio in pejus</i> em caso de sanção	125
Corrente 1.1: Possibilidade de <i>reformatio in pejus</i> em todos os processos administrativos	125
Corrente 1.2: Possibilidade de <i>reformatio in pejus</i> , exceto nas revisões de processos administrativos dos quais resultem sanção	125
Corrente 2: Vedação ao <i>reformatio in pejus</i> apenas no recurso de revisão de processos administrativos que resultem sanções	128
Corrente 3: Possibilidade de <i>reformatio in pejus</i> em casos de ilegalidade estrita da decisão proferida pela autoridade inferior, porém veda a possibilidade de agravamento da sanção por razões subjetivas	128
Não se posiciona	129
Não abordam	129
Conclusão	130

DIVERGÊNCIA 133 - Natureza jurídica do silêncio administrativo	131
Corrente 1: O silêncio administrativo é um “não ato”	131
Corrente 2: O silêncio administrativo é uma omissão ilícita	131
Corrente 3.1: O silêncio administrativo qualificado é um ato administrativo, enquanto o silêncio como omissão absoluta é um ato ilícito	132
Corrente 3.2: O silêncio administrativo é uma forma de manifestação de vontade quando assim a lei o prever	132
Corrente 4.1: O silêncio administrativo é um fato administrativo	132
Corrente 4.2: O silêncio administrativo é um fato administrativo, mas excepcionalmente é ato administrativo que representa a manifestação da vontade estatal	134
Corrente 4.3: O silêncio administrativo é um fato administrativo, salvo se a lei estabelecer prazo para resposta, hipótese na qual será caracterizado como abuso de poder	134
Não se posiciona	135
Não aborda	135
Conclusão	135

DIVERGÊNCIA 134 - (Im)possibilidade de efeito ao silêncio quando não houver lei expressa	137
Corrente 1.1: O silêncio administrativo produz efeitos somente nos casos de previsão expressa em lei	137

Corrente 1.2: O silêncio administrativo produz efeito concessivo ou denegatório somente nos casos de previsão expressa em lei, caso contrário, enseja ao administrado demandar judicialmente	138
Não se posicionam	141
Não abordam	142
Conclusão	142

DIVERGÊNCIA 135 - Viabilidade da produção de efeito positivo quando o resultado for contrário ao ordenamento	143
Não abordam	143
Conclusão	144

DIVERGÊNCIA 136 - Necessidade de prévio processo administrativo como condição da ação para o ajuizamento de demanda contra a Administração Pública	145
Não abordam	145
Conclusão	146

DIVERGÊNCIA 137 - Necessidade de esaurimento da via administrativa para o ajuizamento de demanda contra a Administração Pública	147
Corrente 1: Não se exige exaustão da via administrativa para ingressar em juízo, salvo disposição expressa no ordenamento jurídico	147
Corrente 2: Não se exige exaustão da via administrativa para ingressar em juízo, apenas a ocorrência de lesão ou ameaça a direito	150
Corrente 3: Não se exige prévio requerimento administrativo para ajuizamento de ação desde que haja posição do órgão administrativo notória e costumeiramente contrária à pretensão	151
Não abordam	152
Conclusão	152

DIVERGÊNCIA 138 - Espécies de atos da Administrativos	153
Corrente 1.1: Não distingue atos administrativos de atos da Administração, mas afirma que os atos administrativos englobam as manifestações unilaterais, atos normativos e atos políticos	153
Corrente 1.2: Não distingue atos administrativos de atos da Administração, mas afirma que os atos administrativos englobam os atos políticos e atos normativos e excluem os atos de direito privado praticados pela Administração Pública	153

Corrente 1.3: Não distingue atos administrativos de atos da Administração, mas afirma que os atos administrativos englobam os atos normativos e atos materiais e excluem os atos praticados por particular no exercício de sua autonomia, ainda que produza efeitos sobre a Administração	154
Corrente 1.4: Não distingue atos administrativos de atos da Administração, mas afirma que os atos administrativos englobam somente as manifestações unilaterais, excluindo-se desta classificação os bilaterais, plurilaterais, atos de direito privado, atos materiais e atos políticos	155
Corrente 2.1: Ato administrativo é espécie do gênero atos da Administração, aquele engloba a vontade emanada da Administração Pública, este engloba os atos privados e atos materiais, excluindo-se os atos políticos	156
Corrente 2.2: Ato administrativo é espécie do gênero atos da Administração, aquele engloba os atos gerais, abstratos e convencionais, enquanto este engloba os atos de direito privado, atos materiais e atos políticos.....	158
Corrente 2.3: Ato administrativo é espécie do gênero atos da Administração, aquele engloba toda manifestação expedida no exercício da função administrativa, enquanto este engloba os atos políticos, atos materiais, legislativos, jurisdicionais, atos de direito privado e contratos administrativos .	161
Corrente 2.4: Ato administrativo é espécie do gênero atos da Administração, aquele engloba declaração de vontade com efeito imediato, este engloba os atos de direito privado, os atos materiais, os atos de conhecimento/opinião/juízo ou valor, os atos políticos, os contratos, os atos normativos e os atos administrativos propriamente ditos.....	162
Não se posicionam	162
Não aborda	163
Conclusão	163

DIVERGÊNCIA 139 - Produção de atos administrativos por particulares 165

Corrente 1: Todos que exercem função administrativa praticam atos administrativos, inclusive particulares que façam as vezes ou que ajam em nome do Estado (representem-no)	165
Corrente 2: Ato administrativo é aquele exercido na função administrativa pelos Poderes do Estado	170
Não se posiciona	170
Não aborda	171
Conclusão	171

DIVERGÊNCIA 140 - Terminologia elementos/requisitos/aspectos/pressupostos do ato administrativo..... 173

Corrente 1: Utiliza a terminologia “elementos” 173

Corrente 2: Utiliza a terminologia “aspectos” 175

Corrente 3: Utiliza as terminologias “elementos” e “pressupostos” 175

Corrente 4: Entende as terminologias “elementos” e “requisitos” como sinônimos 176

Corrente 5: Utiliza a terminologia “requisitos” 177

Conclusão 178

DIVERGÊNCIA 141 - Quantidade de elementos/requisitos/aspectos/pressupostos do ato administrativo..... 179

Corrente 1: O ato administrativo possui 5 (cinco) elementos/aspectos/requisitos 179

Corrente 2: O ato administrativo possui 7 (sete) elementos/requisitos 182

Corrente 3: O ato administrativo possui 2 (dois) elementos e 8 (oito) pressupostos 182

Conclusão 183

DIVERGÊNCIA 142 - Publicidade como condição de eficácia ou existência do ato administrativo..... 185

Corrente 1.1: A publicidade do ato é a sua condição de eficácia 185

Corrente 1.2: A publicidade é condição de eficácia dos atos gerais e/ou atos externos 186

Corrente 1.3: A publicidade é condição de eficácia dos atos externos ou que oneram o patrimônio público 187

Corrente 2: A publicidade do ato torna-o perfeito, o que, por sua vez, é pressuposto da eficácia 187

Corrente 3: A exteriorização do ato é condição de existência 188

Não se posicionam 189

Não aborda 189

Conclusão 190

DIVERGÊNCIA 143 - Alcance da presunção de legitimidade/legalidade dos Atos Administrativos 191

Corrente 1.1: A presunção de legitimidade alcança todos os atos da Administração e/ou atos administrativos em geral 191

Corrente 1.2: A presunção de legitimidade alcança todos os atos da administração, salvo os atos privados, atos manifestamente ilegais e atos que envolvam prova de fato negativo por parte do particular	192
Corrente 1.3: A presunção de legitimidade alcança somente o conteúdo do ato e não a sua forma; sendo a comprovação do devido processo ônus da Administração Pública e não do administrado	193
Corrente 1.4: A presunção de legitimidade alcança todos os atos administrativos, mas não afasta a obrigação da Administração de demonstrar a verdade	193
Corrente 2: A presunção de legalidade/legitimidade dos atos administrativos deve ser aplicada à luz das exigências do devido processo legal, não devendo ser aplicada amplamente	194
Não abordam	195
Conclusão	195

DIVERGÊNCIA 144 - Distinção entre Eficácia e Perfeição dos Atos

Administrativos	197
Corrente 1: Eficácia é a capacidade de produção de efeitos jurídicos e a Perfeição é o cumprimento de todo o ciclo de formação	197
Corrente 2.1: Eficácia é a capacidade de produção de efeitos jurídicos e não aborda a perfeição dos atos	199
Corrente 2.2: Eficácia é a capacidade de produção de efeitos jurídicos e não aborda a Perfeição, mas sim a Existência do ato	200
Corrente 2.3: Eficácia é a capacidade de produção de efeitos jurídicos e aborda a Perfeição como sinônimo de Existência do ato, sendo o cumprimento do ciclo de formação	200
Corrente 3: O conceito de Eficácia está contido no conceito de Perfeição	201
Conclusão	201

DIVERGÊNCIA 145 - Elenco de Características/Atributos dos Atos

Administrativos	203
Corrente 1: Presunção de legalidade/legitimidade/veracidade, autoexecutoriedade e imperatividade	203
Corrente 2: Presunção de legalidade/legitimidade/veracidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade	204
Corrente 3: Presunção de legitimidade/veracidade, imperatividade, (auto) executoriedade e tipicidade	205
Corrente 4: Presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade, autoexecutoriedade e tipicidade	205

Corrente 5: Presunção de legitimidade/veracidade, imperatividade, coercibilidade, autoexecutoriedade e tipicidade	205
Corrente 6: Imperatividade, existência, validade, eficácia, exequibilidade, executoriedade, efetividade e relatividade	206
Não se posiciona	206
Conclusão	207

DIVERGÊNCIA 146 - Concepções de ato enunciativo e sua produção de efeitos	209
Corrente 1.1: Concepção abrangente do ato enunciativo (opinativo e declaratório) e sem produção de efeitos jurídicos por si só	209
Corrente 1.2: Concepção abrangente do ato enunciativo (opinativo e declaratório), produzindo efeitos por si só, os atos de conteúdo declaratórios, enquanto os de conteúdo opinativo não produzem	210
Corrente 1.3: Concepção abrangente do ato enunciativo (opinativo e declaratório) e não aborda a produção ou não de efeitos jurídicos	210
Corrente 2: Concepção estrita de ato enunciativo (opinativo) e não aborda a produção de efeitos jurídicos por si só	211
Corrente 3: Concepção formalística de ato enunciativo, sem produção de efeitos jurídicos por si só	212
Corrente 4: Concepção restritíssima de ato enunciativo (só declaratório, sem opinativo) e não aborda a produção de efeitos jurídicos por si só	212
Não se posiciona	212
Não abordam	213
Conclusão	213

DIVERGÊNCIA 147 - Natureza jurídica do parecer	215
Corrente 1: Parecer é um ato administrativo	215
Corrente 2: Parecer é um ato da Administração (sentido formal)	216
Corrente 3: Parecer é um ato-condição	218
Não se posiciona	218
Não aborda	218
Conclusão	218

DIVERGÊNCIA 148 - Pareceres obrigatórios e vinculantes como atos enunciativos	221
Corrente 1: Os pareceres obrigatórios e vinculantes são arrolados como atos enunciativos	221

Corrente 2.1: Os pareceres obrigatórios e vinculantes são arrolados como atos enunciativos, e quando aprovados e estendidos para outros casos, as suas conclusões / soluções ganham normatividade e apenas formalmente tornam-se pareceres normativos.....	222
Corrente 2.2: Os pareceres obrigatórios e vinculantes são arrolados como atos enunciativos, mas após aprovação, estes tornam-se atos ordinatórios; e aqueles, atos administrativos normativos.....	223
Corrente 2.3: Os pareceres obrigatórios são arrolados como atos enunciativos, mas os vinculantes são atos tipicamente decisórios.....	224
Não se posiciona	224
Não abordam	225
Conclusão	225

DIVERGÊNCIA 149 - (Des)Necessidade de ato novo nos casos de Caducidade/Decaimento de Ato Administrativo	227
Corrente 1: A Caducidade/Decaimento pela perda superveniente do seu suporte normativo é automática	227
Corrente 2: A Caducidade/Decaimento pela perda superveniente do seu suporte normativo necessita da prática de ato novo.....	228
Não se posicionam	229
Não abordam	229
Conclusão	230

DIVERGÊNCIA 150 - Natureza da Contraposição ou Derrubada dos Atos Administrativos	231
Corrente 1: A contraposição/derrubada é forma de extinção autônoma	231
Corrente 2: A contraposição/derrubada é espécie de revogação do ato administrativo.....	232
Não se posiciona	233
Não abordam	233
Conclusão	233

DIVERGÊNCIA 151 - Convalidação/sanatória de atos administrativos é uma decisão discricionária ou vinculada	235
Corrente 1.1: A convalidação/sanatória é uma decisão obrigatória/vinculada ...	235
Corrente 1.2: A convalidação/sanatória é uma decisão vinculada/obrigatória, salvo quando se tratar de ato discricionário com vício de incompetência	236

Corrente 1.3: A convalidação/sanatória é uma decisão vinculada/obrigatória, mas somente em casos de vício de forma e de competência	237
Corrente 2.1: A convalidação/sanatória é uma decisão discricionária/facultativa/de ponderação	238
Corrente 2.2: A convalidação/sanatória é uma decisão discricionária/facultativa/de ponderação, salvo quando se tratar de ato vinculado com vício de incompetência	240
Não se posiciona	240
Não aborda	240
Conclusão	241
DIVERGÊNCIA 152 - Teorias da nulidade dos atos administrativos	243
Corrente 1: Dualista ou binária	243
Corrente 2: Ternária	244
Corrente 3: Quaternária	246
Não se posicionam	247
Conclusão	248
DIVERGÊNCIA 153 - Incidência da ratificação	249
Corrente 1.1: A ratificação incide sobre o elemento sujeito do ato administrativo	249
Corrente 1.2: A ratificação incide sobre os elementos sujeito e forma do ato administrativo	250
Corrente 2.1: A ratificação incide sobre defeitos sanáveis, sendo um tipo de convalidação praticada pela autoridade que emanou o ato viciado	250
Corrente 2.2: A ratificação incide sobre qualquer defeito sanável	251
Não se posicionam	251
Não abordam	252
Conclusão	252
DIVERGÊNCIA 154 - Incidência da reforma	253
Corrente 1: A reforma incide sobre o elemento objeto do ato inválido	253
Corrente 2: A reforma incide sobre o elemento objeto de atos válidos	253
Corrente 3: A reforma incide sobre a parte viciada do ato	253
Não abordam	254
Conclusão	255

DIVERGÊNCIA 155 - Natureza jurídica da conversão	257
Corrente 1: A Conversão é um instituto autônomo.....	257
Corrente 2: A conversão é uma modalidade de convalidação/sanatória.....	259
Não se posicionam	260
Não aborda	260
Conclusão	260
 DIVERGÊNCIA 156 - Decadência ou prescrição administrativa como convalidação/sanatória	263
Corrente 1: A decadência administrativa é a convalidação/sanatória que independe de manifestação de vontade da Administração Pública.....	263
Corrente 2: A prescrição administrativa é a convalidação/sanatória que independe de manifestação de vontade da Administração Pública	264
Não se posicionam	265
Não abordam	266
Conclusão	267
 DIVERGÊNCIA 157 - Confirmação pelo decurso do tempo	269
Corrente 1: O decurso do tempo é hipótese de confirmação	269
Não abordam	269
Conclusão	270
DIVERGÊNCIA 158 - Natureza jurídica dos regulamentos	271
Corrente 1: Os regulamentos são atos normativos, sendo, portanto, espécie de ato administrativo.....	271
Corrente 2: O regulamento é ato administrativo em sentido amplo.....	272
Corrente 3: O regulamento é conteúdo do ato administrativo normativo	273
Não abordam	274
Conclusão	275
 DIVERGÊNCIA 159 - Distinção entre os atos conjuntos (composto e complexo) e procedimentos ou processos administrativos	277
Corrente 1.1: Distingue-se atos complexos de processo/procedimento administrativo.....	277
Corrente 1.2: Distingue-se atos compostos de processo/procedimento administrativo.....	278
Corrente 2: Distingue-se atos compostos e complexos de processo/procedimento administrativo.....	279

Não abordam	279
Conclusão	280

DIVERGÊNCIA 160 - Atos enunciativos na classificação quanto aos efeitos dos atos administrativos.....281

Corrente 1: Classifica os atos enunciativos quanto aos efeitos	281
Corrente 2.1: Não classifica os atos enunciativos quantos aos efeitos, apenas como espécie de ato administrativo	282
Corrente 2.2: Não classifica os atos enunciativos quantos aos efeitos, mas sim quanto ao conteúdo e como espécie de ato administrativo	284
Não abordam	284
Conclusão	284

DIVERGÊNCIA 161 - Atos administrativos quanto aos efeitos287

Corrente 1: Declaratórios e constitutivos	287
Corrente 2: Declaratórios, constitutivos e enunciativos	287
Corrente 3: Declaratórios, constitutivos e condenatórios	288
Corrente 4: Declaratórios, constitutivos, extintivos e modificativos	288
Corrente 5: Declaratórios, constitutivos, extintivos, modificativos, alienativos e abdicativos.....	289
Não abordam	289
Conclusão	290

DIVERGÊNCIA 162 - Espécies de contratos da administração291

Corrente 1: Contratos administrativos regidos pelo direito público e contratos de direito privado da Administração.....	291
Corrente 2: Contratos administrativos regidos pelo direito público, contratos regidos parcialmente pelo direito privado e figuras contratuais recentes	294
Corrente 3: Acordos de vontade da Administração, contratos administrativos em sentido estrito e contratos de direito privado praticados pela Administração.....	294
Corrente 4: Contratos de direito privado, contratos tipicamente administrativos e contratos não tipicamente administrativos	294
Conclusão	295

DIVERGÊNCIA 163 - Existência ou não de contratos administrativos.....297

Corrente 1.1: Existência de contratos administrativos com regime integralmente público e regime parcialmente de direito privado	297
---	-----

Corrente 1.2: Objeção à nomenclatura “contrato”, porém admite-se a existência de contratos administrativos com regime integralmente público e regime parcialmente de direito privado.....	302
Conclusão	303

DIVERGÊNCIA 164 - Possibilidade de contratos administrativos entre entes administrativos	305
Corrente 1: Admite-se a possibilidade de celebração de contratos administrativos entre entes administrativos	305
Corrente 2.1: Os contratos administrativos em sentido estrito, são aqueles celebrados entre a Administração Pública e particulares	306
Corrente 2.2: Os contratos administrativos em sentido estrito são aqueles celebrados entre a Administração Pública e particulares, salvo quando celebrados entre pessoa administrativa e empresas estatais que prestam atividades econômicas em regime de concorrência	308
Corrente 3: Os contratos entre pessoas administrativas mais se assemelham à relação jurídica dos convênios, e não dos contratos administrativos	309
Não aborda	309
Conclusão	309

DIVERGÊNCIA 165 - Possibilidade de entes da Administração Pública Indireta com personalidade jurídica de direito privado celebrarem contratos administrativos	311
Corrente 1.1: Os entes da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado celebram contratos administrativos, exceto aqueles exploradores de atividades econômicas em concorrência	311
Corrente 1.2: Somente os entes da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado prestadores de serviços públicos celebram contratos administrativos	311
Corrente 2: Os entes da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado apenas celebram contratos privados	312
Corrente 3: Os contratos dos entes da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado podem ser contratos privados ou administrativos, a depender da natureza das relações	313
Não se posiciona	313
Não abordam	314
Conclusão	314

DIVERGÊNCIA 166 - Aplicação dos limites do art. 125 (Lei n.º 14.133/2021) ou art. 65, §1º (Lei n.º 8.666/1993) nas alterações unilaterais quantitativas ou qualitativas	317
Corrente 1: Os limites aplicam-se tanto às alterações unilaterais quantitativas quanto qualitativas	317
Corrente 2: Os limites aplicam-se somente às alterações unilaterais quantitativas	318
Não se posicionam	320
Não aborda	321
Conclusão	321
DIVERGÊNCIA 167 - Substituição do objeto contratado	323
Não abordam	323
Conclusão	324
DIVERGÊNCIA 168 - Delimitação do Fato do Príncipe	325
Corrente 1: O fato do príncipe abrange os fatos extracontratuais da Administração em geral	325
Corrente 2: O Fato do Príncipe abrange os fatos extracontratuais da Administração contratante, enquanto a Teoria da Imprevisão abrange os fatos alheios às pessoas contratantes.....	326
Não se posiciona	329
Conclusão	329
DIVERGÊNCIA 169 - Nulidade como forma de extinção do contrato administrativo.....	331
Corrente 1: A nulidade é uma causa de extinção do contrato administrativo	331
Corrente 2: Não inclui a anulação no rol de formas de extinção dos contratos administrativos, mas entendem a nulidade como operante de pleno direito, impedindo os efeitos jurídicos retroativamente	334
Não aborda	334
Conclusão	335
DIVERGÊNCIA 170 - Indenizações em caso de nulidade do contrato administrativo.....	337
Corrente 1: A Administração deve ressarcir o contratado pelas partes já executadas	337

Corrente 2: A Administração deve ressarcir o contratado pelas partes já executadas e pelos danos emergentes	338
Corrente 3: A Administração deve ressarcir o contratado pelas partes já executadas, pelos danos emergentes e lucros cessantes	340
Não abordam	340
Conclusão	341

DIVERGÊNCIA 171 - Possibilidade ou não de transferência da concessão.....343

Corrente 1.1: Possibilidade de transferir a concessão, sob admissão da Administração, caso seja benéfica ou indiferentes à qualidade do serviço.....	343
Corrente 1.2: Possibilidade de transferir a concessão, desde que haja anuência do Poder Público	343
Corrente 1.3: Possibilidade de transferir a concessão, desde que seja realizada licitação para tanto	344
Corrente 2: A transferência da concessão, ainda que haja anuência da Administração, é uma burla à licitação	344
Não abordam	345
Conclusão	346

DIVERGÊNCIA 172 - Natureza jurídica dos convênios.....347

Corrente 1.1: Os convênios possuem natureza jurídica contratual	347
Corrente 1.2: Os convênios possuem natureza jurídica contratual, porém diversa da natureza dos contratos administrativos.....	347
Corrente 2.1: Os convênios possuem natureza jurídica diversa da contratual	348
Corrente 2.2: Os convênios possuem natureza de ato administrativo complexo	350
Conclusão	351

DIVERGÊNCIA 173 - Necessidade ou não de licitação para celebração de convênios.....353

Corrente 1.1: Há a necessidade de licitação ou processo seletivo quando houver possibilidade de potenciais interessados	353
Corrente 1.2: Há a necessidade de licitação para travar convênios com entidades privadas	354
Corrente 2: Não há a necessidade de licitação para firmar convênios	354
Não se posiciona	356
Não abordam	356
Conclusão	356

DIVERGÊNCIA 174 - Diferença entre Fatos e Atos Administrativos.....	359
Corrente 1: Ato administrativo é a declaração de vontade que produz efeitos jurídicos imediatos, enquanto os Fatos administrativos são acontecimentos naturais que produzem efeitos no campo do direito administrativo	359
Corrente 2.1: Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade, enquanto nos Fatos administrativos não há manifestação de vontade, sendo meramente material	359
Corrente 2.2: Ato administrativo é toda declaração de natureza constitutiva, declaratória, enunciativa, modificativa ou extintiva, enquanto os Fatos administrativos são atividades materiais que produzem efeitos jurídicos administrativos	360
Corrente 2.3: Ato administrativo é a manifestação da vontade da Administração, enquanto os Fatos administrativos são atividades materiais que produzem ou não efeitos jurídicos	361
Corrente 3: Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade, enquanto os Fatos administrativos são eventos juridicamente relevantes que não refletem manifestação de vontade	362
Não se posicionam	362
Não abordam	365
Conclusão	366

DIVERGÊNCIA 116 - Vinculação e Discricionariedade como poder ou espécie de ato administrativo

Corrente 1: A Vinculação e Discricionariedade são tratadas como poderes da Administração e como classificação de ato administrativo

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Há **poder vinculado**, também denominado competência vinculada, quando a autoridade, ante determinada circunstância, é obrigada a tomar decisão determinada, pois sua conduta é ditada previamente pela norma jurídica.

[...] Em essência, **poder discricionário** é a faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis.

[...] Conforme a existência ou não de margem de escolha, **os atos podem ser discricionários e vinculados**. (p. 99-100 e 140)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovdm, 2015 (DCJ)

Nada obstante, não se pode negar ao **poder vinculado** a natureza de verdadeiro poder administrativo. (p. 74)

[...] Pelo **poder discricionário** que lhe outorgou o legislador, a autoridade administrativa há de determinar como pertinente, entre várias possibilidades de solução válida, aquela que melhor responde no caso concreto à intenção da lei. (p. 76)

[...] a) **Atos vinculados** - São aqueles que a Administração Pública expede sem qualquer margem de liberdade para a escolha de seus elementos ou requisitos, que já vêm previamente definidos em lei. Exemplo: licença para construir e a aposentadoria.

b) **Atos discricionários** - São aqueles que a Administração Pública edita com certa margem de liberdade para decidir acerca dos motivos e do objeto (ou conteúdo) do ato. Exemplo: autorização de uso de bem público, autorização de porte de arma e permissão de uso de bem público. (p. 121)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

[...] Assim, **Poder Vinculado** é aquele em que o administrador não tem liberdade de escolha; não há espaço para a realização de um juízo de valor,

e, por conseguinte, não há análise de conveniência e oportunidade. Preenchidos os requisitos legais, o administrador é obrigado a praticar o ato. No **Poder Discrecionário**, o administrador também está subordinado à lei, diferenciando-se do Vinculado, porque o agente tem liberdade para atuar de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade, de tal forma que, havendo duas alternativas, o administrador poderá optar por uma delas, escolhendo a que, em seu entendimento, preserve melhor o interesse público. (p. 279)

[...] Considerando esse regramento legal, que pode atingir diversos aspectos de uma atividade determinada, de uma conduta praticada pelo agente, é possível dividir os atos administrativos de acordo com o maior ou menor grau de liberdade concedido pela lei; assim, existem **atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários** (p. 329)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

O denominado **poder vinculado** é aquele de que dispõe a administração para a prática de atos administrativos em que é mínima ou inexistente a sua liberdade de atuação, ou seja, é o poder de que ela se utiliza quando pratica atos vinculados.

Poder discricionário é o conferido à administração para a prática de atos discricionários (e sua revogação), ou seja, é aquele em que o agente administrativo dispõe de uma razoável liberdade de atuação, podendo valorar a oportunidade e conveniência da prática do ato, quanto ao seu motivo, e, sendo o caso, escolher, dentro dos limites legais, o seu conteúdo (objeto). (p. 232-234)

[...] **Atos vinculados** são os que a administração pratica sem margem alguma de liberdade de decisão, pois a lei previamente determinou o único comportamento possível a ser obrigatoriamente adotado sempre que se configure a situação objetiva descrita na lei.

Atos discricionários são aqueles que a administração pode praticar com certa liberdade de escolha, nos termos e limites da lei, quanto ao seu conteúdo, seu modo de realização, sua oportunidade e sua conveniência administrativas (p. 462)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

5.6 PODER VINCULADO

Fala-se em **poder vinculado** ou poder regrado quando a lei atribui determinada competência definindo todos os aspectos da conduta a ser

adotada, sem atribuir margem de liberdade para o agente público escolher a melhor forma de agir.

5.7 PODER DISCRICIONÁRIO

Na discricionariedade, o legislador atribui certa competência à Administração Pública, reservando uma margem de liberdade para que o agente público, diante da situação concreta, possa selecionar entre as opções predefinidas qual a mais apropriada para defender o interesse público. (p. 607-608)

[...] A mais importante classificação dos atos administrativos baseia-se no critério do grau de liberdade, dividindo os **atos em vinculados e discricionários**. (p. 516)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidem, 2020 (MC)

2.1. Poder Vinculado

Em determinadas situações, a lei cria um ato administrativo, estabelecendo todos os elementos do mesmo de forma objetiva, sem que a autoridade pública possa valorar acerca da conduta exigida legalmente.

2.2. Poder Discricionário

No Poder Discricionário, o administrador também está subordinado à lei, porém, há situações nas quais o próprio texto legal confere margem de opção ao administrador e este tem o encargo de identificar, diante do caso concreto, a solução mais adequada. (p. 126)

[...] Nesse sentido, nas hipóteses em que o comando normativo confere uma possibilidade de escolha ao administrador público, pode-se falar no exercício de **atos discricionários**, sendo o **ato vinculado** aquele praticado no exercício do poder vinculado, em que a atuação administrativa está adscrita aos ditames previstos na legislação, de forma objetiva. (p. 266)

Corrente 2.1: Vinculação e Discricionariedade são tratadas, somente, como classificação de ato administrativo

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

É clássica, porém em vias de superação, a diferença entre **atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários**: naqueles a lei não deixaria qualquer margem de escolha para o administrador (por exemplo, aos setenta anos deve ser feita a aposentadoria compulsória do servidor – art. 40, § 1º, II, CF); ao passo que nesses (os discricionários) a lei permitiria que o administrador adotasse mais de uma medida, todas elas

legítimas (por exemplo, abrir ou não licitação nos casos de dispensa por baixo valor do contrato – art. 24, I e II, Lei n. 8.666/93). (p. 328)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

O objeto pode ser classificado da seguinte forma:

a) objeto **indeterminado (discricionário)**: a lei não define de maneira exaustiva o objeto do ato administrativo, conferindo margem de liberdade ao administrador para delimitar o conteúdo do ato (ex.: na autorização para uso privativo de bem público, a legislação confere discricionariedade ao administrador para delimitar o conteúdo do ato, decidindo sobre a extensão da área a ser ocupada, o prazo, as contrapartidas etc.); e

b) objeto **determinado (vinculado)**: a lei delimita o conteúdo do ato administrativo sem deixar espaço para análises subjetivas por parte do agente público (ex.: licença para dirigir veículo automotor em todo o território nacional, sendo vedado ao administrador limitar o conteúdo do ato).

Enquanto o objeto indeterminado é elemento discricionário, o objeto determinado é elemento vinculado. (p. 524)

Corrente 2.2: Vinculação e Discricionariedade são tratadas como classificação de atos administrativos, mas rechaça-se suas abordagens como poderes

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Convém lembrar, porém, que, na verdade, o poder de instituir as hipóteses de discricionariedade é exclusivo do legislador, e não do administrador, que só terá condições de agir vinculadamente: à legalidade, à legalidade e à legitimidade. Em outros termos, o **que se entenderia por um “poder discricionário” nada mais seria que o exercido pelo Poder Legislativo** – ao abrir em suas leis um espaço decisório substantivo a ser integrado – e **não o exercido pela Administração** – ao preenchê-lo em seus atos, em obediência aos requisitos de legalidade e de legitimidade necessários para torná-los exequíveis. (p. 172)

O objeto do **ato administrativo** tem sempre um conteúdo jurídico. Tal qual o motivo, ele

poderá estar **vinculado** pela legislação – e, neste caso, a atuação da Administração só haverá de ter um resultado jurídico determinado – ou poderá ter sido deixado pelo legislador, explícita ou implicitamente, à escolha do agente e, no caso, o resultado jurídico será determinável. Em suma: na primeira hipótese, tem-se o objeto vinculado, aquele inafastavelmente

determinado pela lei, e na segunda, o objeto **discricionário**, que poderá ser determinável motivadamente pela Administração. (p. 227)

Corrente 3: Vinculação e Discricionariedade são tratadas como classificação de ato administrativo, mas somente a Discricionariedade é um poder administrativo

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Os poderes legalmente conferidos à Administração estão disponíveis para consecução do interesse público e em função de finalidades específicas previstas em lei e na Constituição. **São espécies de poderes administrativos: o discricionário; [...]**

A **vinculação não é propriamente um poder**, mas corresponde à sujeição completa da Administração ao império da lei. Pelo princípio da legalidade administrativa, a atuação administrativa é sempre associada ao comando legal. Há vinculação quando o comando legal encerra todos os requisitos de ação, de modo que não reste à Administração Pública opção ou discricionariedade diante do caso concreto, ou seja, ela terá de agir da forma determinada legalmente.

O **ato administrativo vinculado** é aquele cujos elementos (sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade) são previamente determinados em lei, de modo que, se ocorrer o requisito fático correspondente, não há opção senão a sua prática com as consequências previstas. É mais adequado **denominar a circunstância da vinculação de restrição ou dever de agir** (daquela forma, em certo momento etc.), uma vez que ela denuncia uma situação na qual a Administração Pública se sujeita totalmente à lei. (p. 63)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Doutrina autorizada inclui, entre os poderes administrativos, o denominado “**poder vinculado**”, situando-o em **antagonismo com o poder discricionário**. **Com a devida vênia, porém, pensamos não se tratar propriamente de “poder” outorgado ao administrador**; na verdade, através dele não se lhe confere qualquer prerrogativa de direito público. Ao contrário, a atuação vinculada reflete uma imposição ao administrador, obrigando-o a conduzir-se rigorosamente em conformidade com os parâmetros legais. Por conseguinte, esse tipo de atuação mais se caracteriza como restrição e seu sentido está bem distante do que sinaliza o verdadeiro poder administrativo. **Diversamente ocorre, como já se viu, com o poder**

discrecionário: neste, o administrador tem a prerrogativa de decidir qual a conduta mais adequada à satisfação do interesse público. (p. 157)

[...] Se a situação de fato já está delineada na norma legal, ao agente nada mais cabe senão praticar o ato tão logo seja ela configurada. Atua ele como executor da lei em virtude do princípio da legalidade que norteia a Administração. Caracterizar-se-á, desse modo, a produção de **ato vinculado** por haver estrita vinculação do agente à lei.

Desvinculado o agente de qualquer situação de fato prevista na lei, sua atividade reveste-se de discricionariedade, redundando na prática de **ato discrecionário.** (p. 257)

Corrente 4: Vinculação e Discricionariedade são formas de atuação administrativa, mas rechaça-se suas abordagens como poderes ou classificação de atos administrativos

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Quando a disciplina jurídica restringe a autonomia de escolhas da autoridade administrativa, **há vinculação**; quando a norma cria intencionalmente margens de autonomia, **há discricionariedade**. Lembre-se, no entanto, de que a intensidade da vinculação e da discricionariedade é variável. Há graus diversos de autonomia, que variam caso a caso. (p. 92)

[...] A competência discricionária não se constitui em poder normativo autônomo, existente em abstrato, de titularidade originária de um órgão alheio ao Legislativo. Por esse motivo, **rejeita-se a utilização da expressão poder discrecionário**. A Administração Pública não é titular de um conjunto de competências de natureza discricionária. Sua atividade é subordinada às normas, as quais podem atribuir uma margem mais ampla de autonomia em algumas situações. Haverá, então, a discricionariedade. (p. 95)

[...] Por isso, **não se deve utilizar as expressões ato vinculado e ato discrecionário**. Alguns aspectos do ato administrativo são vinculados e outros, discricionários. **Como regra, não existe um ato integralmente discrecionário ou totalmente vinculado.** (p. 96)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

[...] Uma das grandes distinções que se faz entre os atos administrativos e à qual se atribui o maior relevo, com justa razão, é a que os separa em **atos vinculados e "discricionários"**. Em rigor, estes últimos só se nominariam adequadamente como "atos praticados no exercício de competência discricionária". Com efeito, a dicção "ato discrecionário", só pode ser tolerada

como uma forma elíptica de dizer "ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção" e, mesmo assim, cumpre advertir que a **impropriedade da nomenclatura corrente** (que leva à oposição ato discricionário/ato vinculado) é causa de inúmeros e graves equívocos jurídicos. (p. 438)

[...] Em rigor, no Estado de Direito inexistente um poder, propriamente dito, que seja discricionário fruível pela Administração Pública.

Há, isto sim, **atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação administrativa é totalmente vinculada. Poder discricionário abrangendo toda uma classe ou ramo de atuação administrativa é coisa que não existe.** (p. 860)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Ri de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Quanto aos chamados poderes discricionário e vinculado, **não existem como poderes autônomos**; a discricionariedade e a vinculação são, quando muito, atributos de outros poderes ou competências da Administração. (p.260)

Conclusão

Vinculação e Discricionariedade como poder ou espécie de ato administrativo

Corrente 1: A Vinculação e Discricionariedade são tratadas como poderes da Administração e como classificação de ato administrativo (OM; DCJ; FM; MA e VP; AM; MC)

Corrente 2.1: Vinculação e Discricionariedade são tratadas, somente, como classificação de ato administrativo (ASA; RCRO)

Corrente 2.2: Vinculação e Discricionariedade são tratadas como classificação de atos administrativos, mas rechaça-se suas abordagens como poderes (DFMN)

Corrente 3: Vinculação e Discricionariedade são tratadas como classificação de ato administrativo, mas somente a Discricionariedade é um poder administrativo (IPN JSCF)

Corrente 4: Vinculação e Discricionariedade são formas de atuação administrativa, mas rechaça-se suas abordagens como poderes ou classificação de atos administrativos (MJF; CABM; MSZDP)

DIVERGÊNCIA 117 - Espécies de subjetividade na manifestação da vontade administrativa

Corrente 1: Discrecionalidade e Conceito jurídico indeterminado, sendo este incluso no âmbito daquela, desde que permita margem de escolha

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Algumas correntes se formaram para explicar os vínculos entre os **conceitos jurídicos indeterminados e a discrecionalidade**. Segundo um entendimento, não haveria discrecionalidade quando o legislador usasse uma fórmula ampla, pois isso levaria a uma única solução, sem margem de escolha. Em linha oposta, diz-se que a presença de um “conceito indeterminado” leva necessariamente ao exercício do poder discricionário. Melhor parece considerar que o direito sempre utilizou tais fórmulas amplas, mesmo no direito privado, sem que fossem necessariamente associadas a poder discricionário. **Havendo parâmetros de objetividade para enquadrar a situação fática na fórmula ampla, ensejando uma única solução, não há falar em discrecionalidade. Se a fórmula ampla, aplicada a uma situação fática, admitir margem de escolha de soluções, todas igualmente válidas e fundamentadas na noção, o poder discricionário se exerce.** (p. 105)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Percebe-se a **discrecionalidade principalmente quando a lei se utiliza de conceitos jurídicos indeterminados** para outorgar competência ao administrador público. (p. 330)

Para o autor, com quem concordamos, a discrecionalidade estaria presente apenas nessa zona [**zona cinzenta**], apenas na escolha entre essas opções razoáveis, todas elas podendo ser consideradas aplicativas do **conceito legal indeterminado**.

Ou seja: afastadas as opções evidentemente contrárias e as evidentemente concretizadoras da vontade legal, é, justamente no espaço intermediário entre esses dois extremos, que a **Administração Pública exerce sua discrecionalidade, preenchendo, no caso concreto, o conteúdo dos conceitos indeterminados [...]** (p. 331)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

[...] ao lado de conceitos unissignificativos, apoderados de conotação e denotação precisas, unívocas, existem **conceitos padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez, e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos. Quando a lei se vale de noções do primeiro tipo ter-se-ia vinculação. De revés, quando se vale de noções altanto vagas ter-se-ia discricionariedade.** (p. 995)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovdm, 2015 (DCJ)

A **discricionariedade decorre**, muitas vezes, da adoção pelo legislador de **conceitos jurídicos indeterminados**, que são conceitos vagos e abertos, que permitem ao administrador, no caso concreto, construir a solução adequada ao interesse público. (p. 75)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

O legislador tanto pode demonstrar um deliberado intento em conceder tal discricionariedade, quando, por exemplo, determina: a Administração poderá conferir ao funcionário que atingir certo parâmetro de desempenho uma premiação, hipótese em que existe uma faculdade discricionária expressa, **como a discricionariedade pode ser extraída implicitamente da impossibilidade material de fixação de todas as condutas possíveis da lei, seja porque ela contempla conceitos jurídicos indeterminados**, que, dependendo do caso concreto, podem **conferir margem de opção interpretativa**, seja **porque a lei é ato de caráter genérico**, sendo extraído deste último fato o fundamento jurídico da discricionariedade. (p. 63)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Para essa corrente - **à qual nos filiamos** -, **há discricionariedade**, ou possibilidade de atuação discricionária, também, **quando a lei utiliza os denominados conceitos jurídicos indeterminados** na descrição hipotética do motivo que enseja a prática do ato administrativo. (p. 234)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Importante destacar também que os **conceitos jurídicos imprecisos e indeterminados** empregados pelo legislador são o veículo introdutor de competências discricionárias. Outros exemplos de conceitos indeterminados: “boa-fé”, “bons costumes”, “interesse público”, “solução adequada”, “decisão razoável”, “servidor público”, “imóvel rural”. Cada um dos conceitos mencionados pode adquirir significados diferentes nas leis ou diante das situações concretas. **A simples referência feita pela legislação a uma dessas noções pode transformar em discricionária a competência outorgada ao administrador público.** (p. 610)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidem, 2020 (MC)

Saliente-se que, em determinadas situações, a escolha não é traçada expressamente pelo dispositivo legal, mas a lei, ao determinar a atuação do agente público, se vale de **conceitos jurídicos vagos ou indeterminados**, a fim de dar margem de escolha ao administrador. Nesses casos, a lei não é tão objetiva e o administrador deverá se valer de carga valorativa, na sua atuação. Ressalte-se que, nessas situações, **determinados doutrinadores defendem não haver discricionariedade administrativa, mas sim mera interpretação.** Esse entendimento não encontra respaldo doutrinário relevante. (p. 127)

Corrente 2: Discricionariedade e conceito jurídico indeterminado, sem que estes se confundam

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

A discricionariedade não se confunde com as hipóteses anteriormente indicadas. Na discricionariedade, há atribuição pela lei da competência para o administrador formular uma escolha segundo sua avaliação subjetiva, ainda que por critérios objetivos. **Muitos autores preferem incluir a figura dos conceitos jurídicos indeterminados no âmbito do instituto da discricionariedade.** A disputa é mais semântica do que de fundo. Cada autor adota um diferente significado para a expressão “discricionariedade”. **No entanto, todos estão de acordo em que a utilização pela lei de um conceito jurídico indeterminado não autoriza decisão fundada em razões de conveniência e oportunidade.** É inquestionável que a concretização do conceito jurídico indeterminado não envolve uma margem de autonomia para o aplicador escolher a solução segundo avaliações subjetivas. Por isso, os que afirmam que a discricionariedade compreende os casos de conceitos jurídicos

indeterminados admitem a existência de diversas espécies de discricionariedade. (p. 103)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Diferentemente, os **conceitos jurídicos indeterminados**, claramente definidos pela doutrina germânica do século passado, são juízos em tese, vagos, amplos, que pendem de serem precisados, como o são, por exemplo, os de “paz pública”, de “bom pai de família”, de “falta grave”, de “reputação ilibada”, de “conduta desonrosa” etc., mas que, postos sob hipótese, sob um ponto de vista estritamente lógico, **só admitirão uma única interpretação** aplicativa legalmente adequada diante de determinada moldura de fatos, ou seja, comportam apenas uma **única opção juridicamente correta do administrador**, seja positiva ou negativa aplica-los ou não ao caso – inadmitindo escolhas intermediárias.

[...] Embora certa doutrina considere existir “prerrogativas de avaliação” em favor da Administração, sempre que esta aprecie **conceitos jurídicos indeterminados**, é indubitado que tal ilimitado elastério interpretativo não tem guarida no sistema de controle de juridicidade adotado no Brasil. (p. 343-344)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

A razão pela qual têm sido confundidos os institutos decorre da circunstância de que **ambos se enquadram na atividade não vinculada da Administração**, uma vez que neles a norma não exhibe padrões objetivos de atuação. 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 (consequente), 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. (p. 162)

Não se posicionam

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Os conceitos jurídicos indeterminados (ou conceitos abertos) compreendem as expressões utilizadas pelo legislador que apresentam incertezas linguísticas, admitindo sentidos e interpretações heterogêneas (ex.: interesse público, imperativo de segurança nacional).

Registre-se, no entanto, que **as expressões não admitem todo e qualquer significado que venha a ser atribuído pelo intérprete da norma. As expressões possuem significados linguísticos que limitam a atividade interpretativa.** Dessa forma, é possível extrair determinadas certezas dos conceitos jurídicos indeterminados: zona de certeza positiva (hipóteses que se inserem no conceito) e zona de certeza negativa (situações que não são englobadas pelo conceito). **Entre as “zonas de certezas”, encontra-se a denominada “zona de penumbra” (ou “zona de incerteza”) que compreende hipóteses que geram dúvidas no intérprete sobre a sua adequação ao conceito indeterminado.**

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Ri de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

No que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados, ainda há muita polêmica, podendo-se falar de duas grandes correntes: a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração, porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de interpretação que leve à única solução válida possível; e a dos que entendem que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas.

Esta segunda corrente é a que tem mais aceitação no direito brasileiro.

No entanto, a grande dificuldade está em definir aprioristicamente todas as hipóteses em que o uso de conceitos indeterminados implica a existência de discricionariedade para a Administração. É só pelo exame da lei, em cada caso, que podem ser extraídas as conclusões. (p. 495)

Não aborda

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Conclusão

Espécies de subjetividade na manifestação da vontade administrativa

Corrente 1: Discricionariedade e Conceito jurídico indeterminado, sendo este incluso no âmbito daquela, desde que permita margem de escolha (OM; ASA; CABM; DCJ; IPN; MA e VP; AM; MC)

Corrente 2: Discricionariedade e conceito jurídico indeterminado, sem que estes se confundam (MJF; DFMN; JSCF)

Não se posicionam: (RCRO; MSZDP)

Não aborda: (FM)

DIVERGÊNCIA 118 - Utilização e diferenciação do termo discricionariedade potencial e efetiva

Corrente 1: Adota implicitamente a diferença entre discricionariedade potencial e efetiva

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Finalmente, a discricionariedade é relativa, no sentido de que, ainda quando a lei haja, em sua dicção, ensanchado certa margem de liberdade para o agente, **tal liberdade poderá esmaecer ou até mesmo esvair-se completamente diante da situação em concreto** na qual deva aplicar a regra. É dizer: ante as particularidades do evento que lhe esteja anteposto, a autoridade poderá ver-se defrontada com um caso no qual suas opções para atendimento do fim legal **fiquem contidas em espaço mais angusto do que aquele abstratamente franqueado pela lei**, e pode ocorrer, até mesmo que, à toda evidência, não lhe reste senão uma só conduta idônea para satisfação do escopo normativo, por não ser comportada outra capaz de colimar os propósitos da lei em face da compostura da situação. Em síntese: a discricção ao nível da norma é condição necessária, mas nem sempre suficiente, para que subsista nas situações concretas. (p. 1015)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. Ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Nesse contexto, em ambos os efeitos (negativos e positivos), o princípio da confiança funciona como um **mecanismo de redução da discricionariedade do administrador**. Em algumas hipóteses, é possível conceber a redução total da discricionariedade (“redução da discricionariedade a zero”), quando as diversas possibilidades de escolhas colocadas pela norma, em abstrato, são reduzidas, **tendo em vista as condições jurídicas em jogo**, de modo a se retirar, na hipótese concreta, a discricionariedade do administrador. (p. 125)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira, essa limitação à liberdade estatal de alterar suas condutas, imposta pela proteção à confiança, representa uma verdadeira restrição ao poder de autotutela, impedindo que a Administração

anule ou revogue seus atos quando tais soluções desprestigiem o princípio. Além de limitar a autotutela, a incidência da proteção à confiança teria também o **efeito específico de produzir uma redução da discricionariedade administrativa.** (p. 283)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020 (MC)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidm, 2015 (DCJ)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Conclusão

Utilização e diferenciação do termo discricionariedade potencial e efetiva

Corrente 1: Adota implicitamente a diferença entre discricionariedade potencial e efetiva (CABM; RCRO; AM)

Não abordam: (OM; JSCF; MC; ASA; MSZDP; DFMN; IPN; DCJ; MA e VP; FM; MJF)

DIVERGÊNCIA 119 - Concepção de discricionariedade

Corrente 1: Adota implicitamente a concepção de discricionariedade efetiva, sem utilizar-se do termo

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Discricionariedade administrativa seria, assim, a margem de escolha deixada pela lei ao juízo do administrador público para que, na busca da realização dos objetivos legais, opte, entre as opções juridicamente legítimas, pela medida que, **naquela realidade concreta**, entender mais conveniente. Trata-se da **escolha entre indiferentes jurídicos**, entre várias medidas admitidas pelo Legislador, para quem é indiferente a opção por uma ou outra delas. (p. 329)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa caracterizado pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor **solução para o caso concreto**, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

A discricionariedade é um tipo de disciplina legislativa. A lei pode conter todos os elementos necessários à sua aplicação – a isso se denomina disciplina normativa vinculada. Por outro lado, **pode demandar que alguns desses elementos sejam verificados em vista do caso concreto – a isso se denomina disciplina normativa discricionária**. (p. 92)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Discricionariedade é a margem de "liberdade" que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, **cabíveis perante cada caso concreto**, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (p. 1000-1001) [...] Não se pode examinar a existência de discricionariedade ou de sua extensão buscando-a simplesmente no exame da lei que porventura a

contemple, porque é **imprescindível analisar o caso concreto**, pois a discricção ao nível da norma é apenas uma condição necessária, mas não suficiente; para que irrompa ou para dimensionar-lhe a extensão. (p. 1017)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Cuida-se da faculdade de que dispõe a Administração Pública para, à vista de determinada situação, escolher uma entre as várias soluções juridicamente possíveis e admitidas. Com base neste poder, a Administração, no manejo de suas atribuições, desfruta da possibilidade de fazer opções, de deliberar, com uma margem de liberdade quanto à conveniência, a oportunidade, o interesse, o conteúdo e os motivos do ato administrativo. **A lei permite a ponderação de motivos no caso concreto. A discricionariedade** decorre, muitas vezes, da adoção pelo legislador de conceitos jurídicos indeterminados, que são conceitos vagos e abertos, **que permitem ao administrador, no caso concreto, construir a solução adequada ao interesse público.** (p. 74-75)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

O poder **discricionário** é a prerrogativa que a Administração tem de optar dentre duas ou mais soluções por aquela que, segundo critérios de conveniência e oportunidade (juízo de “mérito”), **melhor atenda ao interesse público no caso concreto** (p. 63)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Discricionariedade é identificada quando a norma confere, em seu próprio mandamento, uma **liberdade decisória** que envolve o exame de conveniência e oportunidade, ao invés de estipular um dever de praticar um ato específico.

[...] Por fim, ressalte-se que a existência de norma definidora da liberdade administrativa não é o bastante para concluir-se que exista discricionariedade na prática de um determinado ato; esse requisito é indispensável, porém não suficiente. **Exige-se, ainda, uma análise do caso concreto, tendo em vista que conceitos vagos ou indeterminados só proporcionam discricionariedade em situações duvidosas e quando é possível mais de uma opinião razoável para a situação.** Portanto, o simples fato de a lei estabelecer liberdade para o administrador não significa que este poderá fazer dela o uso que bem entender. Exige-se o comportamento ideal, compatível

com todo ordenamento jurídico e apto, no caso concreto, a atender com perfeição à finalidade da norma. (p. 330)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

E a atuação é **discrecionária** quando a Administração, **diante do caso concreto**, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher **uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito**. (p. 490)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

[...] **diante de um caso concreto**, a administração, nos termos e limites legalmente fixados, decidirá, segundo seus critérios de oportunidade e conveniência administrativas, a conduta, dentre as previstas na lei, mais condizente com a satisfação do interesse público. (p. 233)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

A **discrecionariedade** desdobra, assim, para a Administração Pública, um novo espaço jurídico decisório substantivo, dentro do qual seus agentes poderão, conforme a amplitude definida pelo legislador, **escolher, total ou parcialmente, o motivo e o objeto de seus atos, ou ambos, sempre para realizar a boa administração**.

Ao integrar, com sua própria decisão de substância, a vontade da lei, incompletamente expressada pelo legislador, a **Administração aplicará duplamente a norma legal. Na primeira aplicação, obedecendo ao comando integrativo**, no sentido de definir o resíduo de legitimidade, que falta à norma legal para densificar-lhe suficientemente o conteúdo, de modo a **alcançar os casos concretos**. Na segunda aplicação, obedecendo ao comando executivo, no sentido de introduzir as alterações concretas, pretendidas in abstractu pelo legislador. (p. 171)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Na **discrecionariedade**, o legislador atribui certa competência à Administração Pública, reservando uma margem de liberdade para que o agente público, **diante da situação concreta**, possa selecionar entre as

opções predefinidas qual a mais apropriada para defender o interesse público. (p. 608)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Diversa é a hipótese quando a **lei não delinea a situação fática, mas, ao contrário, transfere ao agente a verificação de sua ocorrência atendendo a critérios de caráter administrativo (conveniência e oportunidade)**. Nesse caso é o próprio agente que elege a situação fática geradora da vontade, permitindo, assim, maior liberdade de atuação, embora sem afastamento dos princípios administrativos. Desvinculado o agente de qualquer situação de fato prevista na lei, sua atividade reveste-se de **discricionariedade**, redundando na prática de ato discricionário. (p. 257)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020 (MC)

No Poder **Discricionário**, o administrador também está subordinado à lei, porém, há situações nas quais o próprio texto legal confere margem de opção ao administrador e este tem o encargo de identificar, **diante do caso concreto**, a solução mais adequada. (p. 126)

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Poder discricionário é a faculdade conferida à autoridade administrativa de, **ante certa circunstância**, escolher uma entre várias soluções possíveis. (p. 104)

A discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada: trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo. Só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades. Por outro lado, o poder discricionário **se sujeita não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo**. (p. 105)

Não aborda

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Conclusão

Concepção de discricionariedade

Corrente 1: Adota implicitamente a concepção de discricionariedade efetiva, sem utilizar-se do termo (ASA; MJF; CABM; DCJ; IPN; FM; MSZDP; MA e VP; DFMN; AM; JSCF; MC; OM)

Não aborda: (RCRO)

DIVERGÊNCIA 120 - Diferença entre discricionariedade de atuação e discricionariedade de eleição

Não abordam

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020 (MC)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015(CABM)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovdm, 2015 (DCJ)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Conclusão

Diferença entre discricionariedade de atuação e discricionariedade de eleição

Não abordam: (RCRO; OM; DFMN; JSCF; MC; MSZDP; CABM; MA e VP; ASA; DCJ; MJF; FM; AM; IPN)

DIVERGÊNCIA 121 - Elementos essenciais da definição da Discricionariedade

Corrente 1.1: Margem de livre apreciação, poder/liberdade de escolha e competência legal para exercê-lo

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

É a **margem de apreciação** por vezes dada pelo ordenamento jurídico à **autoridade administrativa** para que defina o conteúdo do ato mais apto a atingir a finalidade por ele visada. A discricionariedade é a relativa **liberdade de escolha** entre várias opções, todas elas legais. (p. 236)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Mas somente se caracteriza a discricionariedade propriamente dita quando a “margem de liberdade” referida por Celso Antônio é instituída de modo intencional pelo direito.

Mais precisamente, o direito adota a disciplina discricionária por reconhecer que a realização mais satisfatória e adequada da função administrativa depende de **escolhas a serem realizadas pela autoridade competente** em vista das circunstâncias da realidade concreta. (p. 93)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Discricionariedade é a **margem de "liberdade"** que **remanesça ao administrador para eleger**, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das **expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento**, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (p. 1001)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovdm, 2015 (DCJ)

Cuida-se da faculdade de que dispõe a Administração Pública para, à vista de determinada situação, **escolher** uma entre as várias soluções juridicamente possíveis e admitidas. Com base neste poder, a **Administração, no manejo de suas atribuições**, desfruta da **possibilidade de fazer opções**, de deliberar, com uma **margem de liberdade** quanto à conveniência, a oportunidade, o interesse, o conteúdo e os motivos do ato administrativo. (p. 74-75)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Enquanto nos atos vinculados não há margem de liberdade por parte do agente público, uma vez que os elementos do ato estão integralmente previstos na legislação, nos atos **discricionários** há **margem de liberdade** para o agente público analisar a conveniência e a oportunidade na edição do respectivo ato administrativo.

[...] Portanto, a diferença fundamental entre os denominados atos administrativos “vinculados” e “discricionários” deve ser traçada a partir de um **critério quantitativo**, e não qualitativo, na medida em que, em verdade, o que vai variar é a **intensidade do grau de liberdade** conferido pelo legislador ao administrador. (p. 524-525)

Corrente 1.2: Margem de livre apreciação, poder/liberdade de escolha, competência legal para exercê-lo e atendimento ao interesse público

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

[...] A discricionariedade é a própria **possibilidade de escolha**.

[...] A discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada: trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma **liberdade-vínculo**. Só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse **poder específico a determinados órgãos ou autoridades**

[...] Daí a atividade discricionária caracterizar-se, em essência, por um **poder de escolha** entre soluções diversas, todas igualmente válidas para o ordenamento.

[...] A **margem livre** sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade corresponde à noção de mérito administrativo.

O mérito administrativo expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no **atendimento do interesse público**, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário. (p. 104-106)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

O poder **discricionário** é a prerrogativa que a Administração tem de **optar** dentre duas ou mais soluções por aquela que, segundo critérios de conveniência e oportunidade (juízo de “**mérito**”), melhor atenda ao **interesse público** no caso concreto (p. 63)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Poder discricionário é o conferido à administração para a prática de atos discricionários (e sua revogação), ou seja, é aquele em que o **agente administrativo dispõe de uma razoável liberdade de atuação**, podendo valorar a oportunidade e conveniência da prática do ato, quanto ao seu motivo, e, sendo o caso, **escolher, dentro dos limites legais, o seu conteúdo (objeto)**.

Trata-se, efetivamente, de um poder conferido pela lei à administração pública: diante de um caso concreto, a administração, nos termos e limites legalmente fixados, decidirá, segundo seus critérios de oportunidade e conveniência administrativas, a conduta, **dentre as previstas na lei, mais condizente com a satisfação do interesse público**. (p. 233)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Na discricionariedade, o legislador atribui certa **competência à Administração Pública**, reservando uma **margem de liberdade** para que o agente público, diante da situação concreta, possa **selecionar entre as opções** predefinidas qual a mais apropriada para defender o **interesse público**. (p. 608)

Corrente 1.3: Margem de livre apreciação, poder/liberdade de escolha, competência legal para exercê-lo e substrato legal como limite

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que **a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis**, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o

poder da Administração é discricionário, porque a **adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador.** Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de **atuação nos limites traçados pela lei**; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Atos discricionários são aqueles em que a lei prevê mais de um comportamento possível a ser adotado pelo **administrador** em um caso concreto. Portanto, há **margem de liberdade** para que ele possa atuar com base em um juízo de conveniência e oportunidade, porém, sempre dentro dos limites da lei.

A discricionariedade é identificada quando a norma confere, em seu próprio mandamento, uma **liberdade decisória** que envolve o exame de conveniência e oportunidade, ao invés de estipular um dever de praticar um ato específico. Ou seja, **quando a lei expressamente confere mais de uma alternativa para o administrador que, em sua escolha, deve se limitar a essas opções**; caso contrário, o ato é arbitrário e, portanto, ilegal. (p. 330)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

A discricionariedade é instituto característico e necessário da **aplicação administrativa da lei**, desde que esta haja delegado à Administração a **função de decidir entre inúmeras opções de mérito possíveis**, ou seja, a de formular opções de conteúdo, de oportunidade e de conveniência, a serem tomadas sempre **dentro de limites legalmente prefixados**. (p. 343)

Corrente 1.4: Margem de livre apreciação, poder/liberdade de escolha, competência legal para exercê-lo, substrato legal como limite e atendimento ao interesse público

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

O texto legal confere **poder de escolha** do agente para **atuar com liberdade**, exercendo o juízo de conveniência e oportunidade, dentro dos **limites postos em lei**, na **busca pelo interesse público**. (p. 126)

Corrente 2: Norma legal aberta, margem de livre decisão e juízo de ponderação

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

A fisionomia jurídica da discricionariedade comporta três elementos: (1) **norma de previsão aberta que exija complemento de aplicação**; (2) **margem de livre decisão**, quanto à conveniência e à oportunidade da conduta administrativa; (3) **ponderação valorativa de interesses concorrentes**, com prevalência do que melhor atender ao fim da norma. (p. 162)

Conclusão

Elementos essenciais da definição da Discricionariedade

Corrente 1.1: Margem de livre apreciação, poder/liberdade de escolha e competência legal para exercê-lo (ASA; MJF; CABM; DCJ; RCRO)

Corrente 1.2: Margem de livre apreciação, poder/liberdade de escolha, competência legal para exercê-lo e atendimento ao interesse público (OM; IPN; MA e VP; AM)

Corrente 1.3: Margem de livre apreciação, poder/liberdade de escolha, competência legal para exercê-lo e substrato legal como limite (MSZDP; FM; DFMN)

Corrente 1.4: Margem de livre apreciação, poder/liberdade de escolha, competência legal para exercê-lo, substrato legal como limite e atendimento ao interesse público (MC)

Corrente 2: Norma legal aberta, margem de livre decisão e juízo de ponderação (JSCF)

DIVERGÊNCIA 122 - Controle Judicial sobre a margem de livre apreciação

Corrente 1: Admite-se controle judicial sobre a margem de livre apreciação

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

A **margem livre** sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade corresponde à noção de **mérito administrativo**.

O mérito administrativo expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário.

Em alguns temas aparece o **contraponto entre legalidade e mérito**, em especial nos estudos sobre o ato administrativo, como aspectos dele, e nos estudos sobre controle jurisdicional da Administração, quando se discute o alcance desse controle, mencionando-se que **ao Judiciário descaberia o exame do mérito das decisões da Administração. Em obras contemporâneas sobre a discricionariedade, nota-se tendência a considerar que o contraponto legalidade-mérito encontra-se atenuado no momento presente.** (p. 106)

[...]

Outro **entendimento inclina-se por um controle amplo**, ante os seguintes fundamentos: pelo princípio da separação de poderes, o poder detém o poder, cabendo ao Judiciário a jurisdição e, portanto, o controle jurisdicional da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida; por outro lado, onde existe controle de constitucionalidade da lei, a invocação da separação de poderes para limitar a apreciação jurisdicional perde grande parte de sua força.

[...] **Hoje, no ordenamento pátrio, sem dúvida, a legalidade assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração.** (p. 392-393)

Corrente 1.2: Admite-se controle judicial sobre a margem de livre apreciação caso a Administração Pública tenha violado o ordenamento jurídico (regras e princípios)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Todavia, **em matéria discricionária, o Poder Judiciário não pode se imiscuir onde a Administração tenha agido razoavelmente**, dentro da legalidade e dos princípios da Administração. Entre várias opções razoáveis, deve o Judiciário respeitar a adotada pela Administração.

Ultrapassado este limite, a Administração não poderá, contudo, se escudar invocando uma competência em tese discricionária, mas indevidamente exercida no caso concreto, **sendo perfeitamente admitido o controle jurisdicional sobre o ato assim emitido**.

Na verdade, o controle em alguns casos não deixa de ser exercido porque o ato é discricionário, mas sim porque, sendo discricionário, ele é incapaz de lesar direitos: se a Administração Pública atuou dentro dos limites deixados pela lei, sem violar nenhuma regra ou princípio jurídico, ainda que contrarie interesses, não terá ferido direitos.

Reconhece-se, portanto, que, na análise dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, somente sejam efetivamente controlados aqueles que claramente violem regras ou princípios. (p. 1135-1136)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Quanto à natureza da atividade controlada, o **controle pode ser de legalidade ou de mérito**. O controle de legalidade objetiva verificar se a conduta controlada é compatível com a disciplina prevista numa norma jurídica, tal como se passa, por exemplo, quando o Poder Judiciário revisa ato administrativo de anulação de um contrato por vício. A validade da anulação de um contrato depende da verificação dos requisitos fixados na norma jurídica.

O controle de mérito visa à revisão do conteúdo da decisão discricionária, tal como se passa no caso de revisão pelo Poder Judiciário da rescisão de um contrato por inconveniência.

A amplitude do controle de legalidade é muito maior, já que existe uma norma estabelecendo os pressupostos ou o conteúdo do ato objeto de controle. Enquanto isso, o controle de mérito é muito mais limitado, porque o direito reconhece ao agente o poder de realizar escolhas segundo a própria avaliação de conveniência e oportunidade. **Isso não significa a inviabilidade do controle sobre o mérito do ato, sendo cabível verificar se o sujeito adotou todas as precauções necessárias para praticar um ato adequadamente e se orientou a sua conduta à obtenção das finalidades previstas pela ordem jurídica.** Por exemplo, a autoridade administrativa pode ser investida da competência para determinar os padrões de cores dos veículos de transporte coletivo. Isso não significa a validade da decisão determinando que todos os veículos sejam pintados com as cores do time de futebol favorito do governante. Essa seria uma decisão eivada do defeito de desvio de finalidade. (p. 671)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015(CABM)

Nada há de surpreendente, então, em que o **controle judicial dos atos administrativos**, ainda que praticados em nome de alguma discricção, **se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato**. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio - e, de resto, fundamental - pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito. (p. 1005)

Assim como ao **Judiciário** compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, **competê-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela**, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, **violando, por tal modo, os ditames normativos** que assinalam os confins da liberdade discricionária. (p. 1007)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidm, 2015 (DCJ)

O Poder Judiciário, contudo, não pode exercer o controle levando em consideração aspectos de mérito. **Todavia, atualmente vem se reconhecendo ao Poder Judiciário a competência para controlar o mérito dos atos da Administração Pública, desde que tenha como parâmetro a legalidade ou legitimidade destes atos**. Isto é, o Judiciário não examina o mérito dos atos da Administração a partir de considerações sobre a sua oportunidade ou conveniência, mas sim relativamente à sua **conformação com os princípios constitucionais**, notadamente com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e moralidade.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

A discricionariedade é instituto característico e necessário da aplicação administrativa da lei, desde que esta haja delegado à Administração a função de decidir entre inúmeras opções de mérito possíveis, ou seja, a de formular opções de conteúdo, de oportunidade e de conveniência, a serem tomadas sempre dentro de limites legalmente pré-fixados. Nesta hipótese, de **emprego da discricionariedade, como as escolhas são todas exclusivas da Administração, o Judiciário, a pretexto de exercer controle, não poderá substituí-las pelas suas, embora possa e deva examinar, quando**

provocado, se as competências administrativas foram exercidas dentro dos limites de direito.

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020 (MC)

Importante ressaltar que o Poder Judiciário somente pode analisar os atos administrativos no que tange aos aspectos da legalidade. Com efeito, ao Poder Judiciário não pode ser subtraída qualquer lesão ou ameaça a direito (artigo 5, XXXV, CF/88) e, por isso, ainda que o ato administrativo seja discricionário, **ele fica sujeito a controle jurisdicional do que diz respeito à sua adequação com a lei, nunca na análise meritória**. Sempre que o Poder Judiciário atua no controle de legalidade do ato, não haverá invasão do mérito administrativo, desde que o conceito de mérito fique entendido e respeitado na decisão judicial.

Importante observar ainda que o juiz pode **controlar os limites do mérito administrativo**, uma vez que são impostos pela lei. Por exemplo, quando se trata de conceitos jurídicos vagos, há uma zona de incerteza na qual administrador decide dentro do interesse público, mas se o agente extrapola essa margem de escolha, está exacerbando o poder discricionário conferido pela lei, dando azo à anulação deste ato. Ressalte se, ainda, que os **princípios da razoabilidade e proporcionalidade surgem como instrumento de controle**, evitando excesso de poder e condutas desarrazoadas pelo administrador. Logo, se, a pretexto de interpretar à lei, o agente pratica ato desproporcional, compor ao judiciário, se provocado, anular esta atuação.

Corrente 1.3: Admite-se controle judicial sobre a margem de livre apreciação quando há desvio de finalidade, invalidade do motivo e violação da juridicidade

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

O **controle judicial da discricionariedade administrativa** evoluiu ao longo do tempo. Após o abandono da noção de imunidade judicial da discricionariedade, várias teorias procuraram explicar e **legitimar o controle judicial da atuação estatal discricionária**, com destaque para **três teorias** que serão estudadas a seguir: **a) teoria do desvio de poder (détournement de pouvoir) ou desvio de finalidade; b) teoria dos motivos determinantes; e c) teoria dos princípios jurídicos (juridicidade).**

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Embora a concepção tradicional não admita revisão judicial sobre o mérito dos atos administrativos discricionários, observa-se uma tendência à aceitação do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a discricionariedade especialmente quanto a três aspectos fundamentais:

- a) **razoabilidade/proporcionalidade da decisão**;
- b) **teoria dos motivos determinantes**: se o ato atendeu aos pressupostos fáticos ensejadores da sua prática;
- c) ausência de **desvio de finalidade**: se o ato foi praticado visando atender ao interesse público geral. (p. 497)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

O Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, **sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo**. É claro que, a pretexto de exercer a discricionariedade, pode a Administração disfarçar a ilegalidade com o manto de legitimidade do ato, o que não raro acontece. **Tal hipótese, entretanto, sempre poderá ser analisada no que toca às causas, aos motivos e à finalidade do ato.**

Concluindo-se ausentes tais elementos, ofendidos estarão os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, justificando, em consequência, a invalidação do ato.

Corrente 2: Não se admite controle judicial sobre a margem de livre apreciação

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Poder Judiciário deve realizar o controle do ato, mesmo que discricionário, verificando se há irregularidades em qualquer de seus elementos ou se os princípios administrativos foram observados, **mas o controle jurisdicional será limitado (self-restraint), uma vez que ao Poder Judiciário é proibido adentrar ao mérito/discricionariedade do ato e se substituir à Administração Pública na dimensão da conveniência e oportunidade, sob pena de violar a separação de poderes.** (p. 99)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Já o controle de mérito representa o controle de conveniência e oportunidade do ato, atingindo diretamente a discricionariedade do Administrador. Tal controle, por dizer respeito ao juízo de valor do agente público, **deve ser realizado pela própria Administração, não se admitindo essa revisão pelo Poder Judiciário, para não violar o princípio da separação dos poderes.** (p. 1035)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (arts. 5º, inciso LXXIII, e 37).

Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (oportunidade e conveniência). (p. 1687-1688)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

O controle judicial verifica exclusivamente a legalidade ou legitimidade dos atos administrativos, nunca o mérito administrativo. Trata-se, em regra, de um controle posterior, corretivo, incidente sobre o ato já praticado. (p. 1008)

Conclusão

Controle Judicial sobre a margem de livre apreciação

Corrente 1: Admite-se controle judicial sobre a margem de livre apreciação (OM)

Corrente 1.2: Admite-se controle judicial sobre a margem de livre apreciação caso a Administração Pública tenha violado o ordenamento jurídico (regras e princípios) (ASA; MJF; CABM; DCJ; DFMN; MC)

Corrente 1.3: Admite-se controle judicial sobre a margem de livre apreciação quando há desvio de finalidade, invalidade do motivo e violação da juridicidade (RCRO; AM; JSCF)

Corrente 2: Não se admite controle judicial sobre a margem de livre apreciação (IPN; FM; MSZDP; MA e VP)

DIVERGÊNCIA 123 - Concepção de Discricionariedade técnica

Corrente 1: Utilização de critérios decorrentes de conhecimentos técnico-científicos

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Muito frequente em autores italianos é a referência à **discricionariedade técnica**. Não se trata de outra espécie de poder discricionário. Seria a **escolha da solução a adotar pela utilização de critérios decorrentes de conhecimentos especializados, técnicos ou científicos**. (p. 107)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Alude-se à **discricionariedade técnica para indicar que determinadas decisões administrativas se fundam em critérios técnico-científicos**, os quais não são incorporados no corpo normativo produzido legislativamente. [...] Administração disporá de autonomia para decidir, mas a escolha concreta deverá vincular-se a juízos técnico-científicos. Será a ciência ou a técnica que fornecerá a solução a ser adotada. (p. 97-98)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

As limitações à atividade administrativa abrangem, inclusive, a denominada **discricionariedade técnica**, no âmbito da qual se atribui à Administração o poder de **fixar juízos de ordem técnica, mediante o emprego de noções e métodos específicos das diversas ciências ou artes**. (p. 156)

Corrente 2: Há Discricionariedade técnica quando a lei pressupõe averiguação técnica mas sem determinar um resultado conclusivo

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

A expressão **discricionariedade técnica é uma expressão equívoca**, visto que, por vezes, é usada em dois sentidos diferentes.

Um, para designar situações em que a lei pressupõe que a conduta administrativa a ser adotada depende de uma averiguação técnica passível de um **resultado conclusivo**, o qual é o consequente de um exame que a Administração teve de efetuar como condição para decidir-se. **Não há aí discricionariedade alguma**, como adverte o referido mestre.⁶² Assim, o uso da expressão discricionariedade técnica em tal caso é manifestamente inadequado.

Sem embargo, a expressão discricionariedade técnica, outras vezes, também é usada para referir situação muito distinta, qual seja: aquela em que, **embora o ato a ser praticado pela Administração também pressuponha uma averiguação técnica, a lei regente da matéria confere à Administração o dever de ajuizar sobre se a ocorrência do fato nela referido, e como tal reconhecido em decorrência da averiguação técnica, tem, ou não, nível de importância ou gravidade que requeira uma só conduta**. Em tal caso, se a lei abre ao administrador a possibilidade de efetuar alguma temporização, alguma tolerância, sem que, por isto, haja, no caso concreto, comprometimento do interesse público **há, aí sim, uma discricionariedade mesclada com aspectos técnicos**. (p. 445-446)

Corrente 3: A Discricionariedade técnica, na verdade, é hipótese de vinculação administrativa

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

A expressão “discricionariedade técnica” é utilizada para designar a **solução de questões que exijam conhecimento científico especializado**. Nesses casos, a Administração Pública é obrigada a tomar uma decisão amparada em parecer técnico-profissional. Exemplo: ordem de demolição fundamentada em laudo de renomado engenheiro civil atestando o comprometimento da estrutura da construção. **Como a discricionariedade técnica envolve conhecimentos especializados, a Administração fica vinculada à manifestação conclusiva do profissional consultado**. É por isso que os casos denominados de “discricionariedade técnica”, **na verdade, são hipóteses de vinculação administrativa**, não cabendo ao Poder Público adotar solução diferente da indicada pelo especialista. Assim, decisão administrativa dessa natureza só pode ser impugnada, judicial ou administrativamente, com amparo em outro parecer técnico da lavra de profissional especializado na matéria. (p. 615)

Corrente 4: Referência à subjetividade realizada em setores complexos da Administração Pública utilizadas por entes específicos do respectivo campo de conhecimento

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

O tombamento realizado pelo IPHAN pode ser cancelado (“destombamento”), de ofício ou mediante recurso, pelo Presidente da República, tendo em vista razões de interesse público (Decreto 3.866/1941). Isto não significa que o chefe do Executivo possa discordar da **conclusão do IPHAN, inserindo-se na discricionariedade técnica atribuída àquela autarquia**. (p. 1123)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Talvez a maior controvérsia doutrinária resida na atividade regulatória da agência, na qual ela especifica parâmetros técnicos para as leis quadros editadas pelo Poder Legislativo. **Costuma-se dizer que as agências reguladoras têm discricionariedade técnica para estabelecer parâmetros normativos de obediência voltada para o setor econômico regulado**. (p. 269)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Tais agências, que no Brasil têm assumido a forma de **autarquias especiais**, devem obedecer aos seguintes princípios setoriais, necessários para assegurar sua autonomia funcional e a cabal satisfação de suas respectivas missões: [...] 2.º) autonomia técnico-decisonal, com predomínio da **discricionariedade técnica** sobre a discricionariedade político-administrativa e sem recurso hierárquico impróprio de suas decisões para o Poder Executivo. (p. 589)

Não se posiciona

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

Alguns publicistas criticam a expressão “discricionariedade técnica”. Para eles, o que ocorre nos casos em apreço seria mais precisamente conceituado como “exercício técnico de poder delegado”. **Entendem tais juristas** que essa atividade normativa, em tese, não implica discricionariedade, porque sempre existiria uma única proposta técnica que seria a mais adequada para as situações a serem reguladas - exatamente por essa razão, o órgão ou entidade elaborador da norma reguladora não poderia escolher outra proposta técnica, sob pena de não atender da melhor forma o interesse público. (p. 249)

Não abordam

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidm, 2015 (DCJ)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020 (MC)

Conclusão

Concepção de Discricionariedade técnica

Corrente 1: Utilização de critérios decorrentes de conhecimentos técnico-científicos (OM; MJF; JSCF)

Corrente 2: Há Discricionariedade técnica quando a lei pressupõe averiguação técnica mas sem determinar um resultado conclusivo (CABM)

Corrente 3: A Discricionariedade técnica, na verdade, é hipótese de vinculação administrativa (AM)

Corrente 4: Referência à subjetividade realizada em setores complexos da Administração Pública utilizadas por entes específicos do respectivo campo de conhecimento (RCRO; IPN; DFMN)

Não se posiciona: (MA e VP)

Não abordam: (ASA; DCJ; FM; MSZDP; MC)

DIVERGÊNCIA 124 - Critério de identificação da arbitrariedade

Corrente 1: A arbitrariedade opera quando a Administração extrapola ou não atende ao ordenamento jurídico e/ou à juridicidade

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

E, mesmo em relação aos elementos que forem discricionários, eles deverão **de atender aos princípios do Ordenamento Jurídico e aos ditames da juridicidade: discricionariedade não significa, em hipótese alguma, Arbitrariedade** (p. 332-333)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao **agir arbitrariamente** o agente estará **agredindo a ordem jurídica**, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. (p. 440-441)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovdm, 2015 (DCJ)

Entretanto, não se deve confundir discricionariedade com arbitrariedade. A discricionariedade é a liberdade de agir dentro dos limites da lei, **enquanto a arbitrariedade é atuação contrária ou excedente à lei**. (p. 75)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Ressalte-se, no entanto, que a **discricionariedade não se confunde com liberdade total ou arbitrariedade**. No exercício de competências discricionárias, a Administração deve **respeitar os princípios e regras vigentes (juridicidade)** e, no caso específico da aplicação de sanções, deve observar, especialmente, os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Ademais, toda e qualquer sanção estatal deve ser necessariamente motivada. (p. 487)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

É relevante ressaltar que a discricionariedade é diferente da arbitrariedade. Discricionariedade é a liberdade para atuar, para agir dentro dos limites da lei, enquanto a **arbitrariedade é a atuação do administrador além (fora) dos limites da lei**. Ato arbitrário é ilegal, ilegítimo e inválido, devendo ser retirado do ordenamento jurídico. (p. 279)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

A discricionariedade não é um poder autônomo, porque ela implica a liberdade de atuação dentro da lei ou da moldura normativa (que abrange regras e princípios) dada pelo ordenamento jurídico, ou seja, a Administração, ao praticar um ato discricionário, deve respeitar os limites da lei em que se fundamenta. **Diferenciam-se, pois, os conceitos de discricionariedade e arbítrio**, sendo que este último implica na invalidade ou ilegitimidade, ou, nos termos empregados por Hely Lopes Meirelles: discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; **arbítrio é ação contrária ou excedente da lei**. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido. (p. 63)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de **atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei**. (p. 490)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

A **extrapolação dos limites legais, assim como a atuação contrária aos princípios administrativos**, configura a denominada **arbitrariedade** (arbitrariedade é sempre sinônimo de atuação ilegal). (p. 235)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

De qualquer modo, é sempre útil sublinhar que, como ocorre no símile da delegação, o exercício da discricionariedade não pode ultrapassar o cometimento outorgado, só tendo cabimento, o seu exercício, **dentro dos limites da lei, razão pela qual não deve ser confundida com a arbitrariedade, que consiste no agir fora da lei ou contra ela.** (p. 171-172)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Arbitrário é o ato praticado fora dos padrões da legalidade, exorbitando os limites de competência definidos pela lei. (p. 518)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Ocorre que algumas vezes o agente, a pretexto de agir discricionariamente, **se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta. Aqui comete arbitrariedade**, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. Nesse ponto se situa a linha diferencial entre ambas: não há discricionariedade *contra legem*. (p. 157)

Corrente 2: A arbitrariedade opera quando a Administração deixa de observar o princípio da legalidade

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Na linguagem corrente, inclusive usada na imprensa, ocorre confusão entre discricionariedade e arbítrio. Utiliza-se o termo “discricionário” com o sentido de “arbitrário”, abusivo. O estudioso do direito administrativo deve descartar tal acepção no âmbito dessa matéria, pois aí o termo se reveste de significado diverso. **Se a Administração tem suas atividades informadas pelo princípio da legalidade, o poder discricionário não há de ser equivalente ao poder arbitrário ou abusivo** (p. 100)

Corrente 3: A arbitrariedade opera quando a Administração decide com base na conveniência pessoal do agente

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

É essencial reconhecer que competência para emitir decisão discricionária não equivale à competência para produzir uma decisão qualquer, uma **decisão arbitrária**, adotada ao **sabor da conveniência “pessoal” do agente** (p. 152)

Não aborda

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Conclusão

Critério de identificação da arbitrariedade

Corrente 1: A arbitrariedade opera quando a Administração extrapola ou não atende ao ordenamento jurídico e/ou à juridicidade (ASA; CABM; DCJ; RCRO; FM; IPN; MSZDP; MA e VP; DFMN; AM; JSCF)

Corrente 2: A arbitrariedade opera quando a Administração deixa de observar o princípio da legalidade (OM)

Corrente 3: A arbitrariedade opera quando a Administração decide com base na conveniência pessoal do agente (MJF)

Não aborda: (MC)

DIVERGÊNCIA 125 - Natureza ou aplicabilidade da Lei n.º 9.784/1999

Corrente 1: A Lei n.º 9.784/1999 é de âmbito federal, aplicando-se à Administração Pública Federal, havendo competência legislativa autônoma dos outros entes federativos

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Além dos textos supracitados, veio à luz a **Lei nº 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O Estado de São Paulo promulgou a Lei nº 10.177, de 30.12.1998, regulando o processo administrativo na esfera da Administração estadual.** Tais leis expressam uma codificação parcial do direito administrativo, expondo as principais normas disciplinadoras da tomada de decisões, configurando um verdadeiro estatuto da cidadania administrativa. (p. 33)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

O processo administrativo está disciplinado, no âmbito federal, pela Lei na 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que **estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta**, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fl71s da Administração. Essa lei também se aplica aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa. **Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios também podem dispor, por meio de suas próprias leis, sobre o processo administrativo aplicável à sua Administração.** (p. 563)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Método, 2021 (RCRO)

Processo administrativo é a relação jurídica que envolve uma sucessão dinâmica e encadeada de atos instrumentais para obtenção da decisão administrativa.

A competência para legislar sobre processo administrativo é reconhecida a todos os Entes federados. Trata-se de competência legislativa autônoma, inexistindo competência da União para elaboração de normas gerais sobre a matéria. Por essa razão, apesar de algumas

polêmicas, a **Lei 9.784/1999 aplica-se exclusivamente em âmbito federal, não se estendendo aos Estados, Distrito Federal e Municípios.** (p. 585)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. São Paulo: Método, 2021 (MA e VP)

E importante atentar para o âmbito de aplicação da Lei 9.784/1999. **Trata-se ela de uma lei administrativa federal**, isto é, suas normas são aplicáveis a administração pública federal, direta e indireta, inclusive aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando estes estiverem desempenhando funções administrativas (art. 1.º, caput, e § 1.º).

A Lei 9.784/1999, portanto, **não obriga estados, municípios ou o Distrito Federal, vale dizer, ela não é uma lei nacional** (p. 1065-1066).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Tais normas gerais, quando vierem, pois é uma questão de tempo, se situariam hierarquicamente sobre as normas processuais administrativas editadas pelas entidades da Federação no desempenho de sua competência autônoma político-administrativa (CF, art. 18), o que contribuiria, pela troca de experiências, para o aprimoramento dos controles administrativo e jurisdicional, notadamente quanto à observância dos princípios instrumentais relevantes para o gozo da plena cidadania, como acima os indicados.

Especificamente, para a União, já vigora uma normatividade básica sobre os respectivos processos administrativos, que é a Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, simultânea e diretamente voltada à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração, doutrinariamente inovativa em vários aspectos. (p. 250)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

O Governo Federal, em boa hora, fez editar a Lei no 9.784, de 29.1.1999, estabelecendo as regras para o processo administrativo e instituindo um sistema normativo que tem por fim obter uniformidade nos diversos expedientes que tramitam nos órgãos administrativos. **A lei, todavia, tem caráter tipicamente federal, ou seja, destina-se a incidir apenas sobre a Administração Federal.** Dentro desta, a disciplina é aplicável no âmbito da Administração direta e indireta e também aos órgãos administrativos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União. Embora destinada somente ao Governo Federal, já é um início de uniformidade normativa, **o que muito**

facilita os administrados. Estados e Municípios deveriam trilhar o mesmo caminho, instituindo, pelas respectivas leis, sistema uniforme de processo administrativo em suas repartições. (p. 1723)

Corrente 2: A Lei n.º 9.784/1999 é de âmbito nacional, aplicando-se aos demais entes federativos de maneira geral e subsidiariamente quando o ente tiver editado lei específica, pois possuem competência legislativa para tanto

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

A Lei n. 9.784/1999 regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, direta e indireta (art. 1º). **Quanto aos Estados e Municípios, caberia a eles, em princípio, aprovar leis próprias**, as quais, embora não estejam vinculadas à lei federal, têm, muitas vezes, nela se inspirado. Caso o Estado não tenha adotado legislação própria, **entendemos que se aplica subsidiariamente a Lei Federal**, com vistas a garantir a segurança jurídica dos administrados, entendimento que é corroborado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

O cerne da questão está em que a CF dá competência privativa à União para legislar sobre direito processual (art. 22, I) e competência concorrente (para a União expedir normas gerais e os Estados, as específicas) para legislar sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI). Sendo assim, apesar de a diferença entre processo e procedimento, objeto da Teoria Geral do Processo, ser bem nebulosa, **poderíamos afirmar que as normas da Lei n. 9.784/99 que sejam processuais se aplicam a todos os Estados e Municípios da federação, ao passo que as normas que forem procedimentais aplicar-se-lhe-ão apenas no que tiverem caráter geral.**

As normas procedimentais especiais da Lei n. 9.784/99 aplicam-se à União e aos Estados que não as possuírem. Os Municípios não possuem competência para legislar nem sobre processo, nem sobre procedimentos, podendo apenas editar normas que forem de interesse predominantemente local ou pertinentes à sua organização interna.

Sendo a Lei n. 9.784/99 asseguradora de uma série de garantias e direitos fundamentais, entendemos que a **interpretação do seu âmbito de incidência deve se dar sempre que possível de maneira extensiva**, o que a torna compatível ainda com as amplas competências que, como visto, possui a União para legislar sobre a matéria. (p. 1215)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Por outro lado, há normas gerais sobre processo e procedimento administrativo veiculadas por lei federal. 21 A União editou uma lei de processo administrativo (Lei 9.784/1999) e já dispunha, há muito, de diversos diplomas regulando procedimentos administrativos especiais.

A União detém competência privativa para legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF/1988). A competência para legislar sobre procedimentos é concorrente entre os diversos entes federativos. Nesse caso, cabe à União a edição de normas gerais e aos Estados e ao Distrito Federal a suplementação ou complementação delas (art. 24, XI e § 2.º, da CF/1988).

Daí segue que as normas gerais e os princípios fundamentais contemplados na Lei 9.784/1999 são de observância obrigatória para todos os entes federativos. Não se contraponha que essa lei explicitamente determinou que suas regras seriam aplicáveis apenas aos processos administrativos no âmbito da atividade administrativa da União. A cláusula exige interpretação conforme a Constituição. **Não seria constitucional que a União editasse normas gerais aplicáveis apenas à sua própria órbita.** Mais precisamente, isso configuraria a restrição da aplicação de garantia constitucional apenas à órbita federal.

[...] As normas veiculadas pela Lei 9.784/1999 dão especificidade a garantias inerentes à atividade processual. Não existe fundamento para negar a aplicação da garantia constitucional ao devido processo administrativo relativamente aos Estados, Distrito Federal e Municípios mediante o argumento da ausência de lei local. **Tendo a União editado normas gerais, são elas aplicáveis a todas as órbitas federativas. A Lei 9.784/1999 apenas não se aplica ao âmbito dos demais entes federativos relativamente a questões de interesse local, que tenham sido disciplinadas por lei específica.**

Em suma, os demais entes federativos têm competência para produzir a edição de lei local, veiculando normas específicas. Mas deverão respeitar as normas gerais federais. (p. 154)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

A lei regula o processo administrativo no âmbito da Administração direta e indireta Federal, aplicando-se também aos órgãos do Legislativo e do Judiciário quando no exercício de função administrativa (art. 1º n e § 1º n). É importante anotar que **a lei em causa aplica-se apenas subsidiariamente aos processos administrativos específicos**, regidos por leis próprias, que a elas continuarão sujeitos. Como é lógico, **aplica-se integralmente a quaisquer outros processos administrativos**. (p. 524)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Ri de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

O processo administrativo está hoje disciplinado, no âmbito federal, pela Lei nº 9.784, de 29-1-99, alterada pelas Leis nºs 11.917, de 19-12-06, e 12.008, de 29-7-09.1 Ela estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal Direta e Indireta, visando à “proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”. **Estados e Municípios que queiram dispor sobre a matéria têm competência para promulgar as suas próprias leis.** No Estado de São Paulo, a matéria está disciplinada pela Lei nº 10.177, de 30-12-98. No entanto, o STJ decidiu, acertadamente, pela Súmula nº 633, que “**a Lei nº 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão dos atos administrativos no âmbito da Administração Pública Federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos Estados e Municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria**”. **A lei não se limitou a estabelecer normas sobre processo; se fosse o caso, a Lei poderia ser considerada de âmbito federal apenas. Ocorre que ela não se limitou a isso.** O seu principal objetivo foi o de dar aplicação a princípios constitucionais pertinentes aos direitos do cidadão perante a Administração Pública. Ora, quando se fala em princípios constitucionais e em direitos do cidadão, entra-se na esfera de temas de interesse nacional e, portanto, de competência da União. Por essa razão, as **normas da Lei nº 9.784/99, sendo de caráter principiológico, são de âmbito nacional. Isso não impede que Estados e Municípios legislem sobre a mesma matéria.** Com relação às leis estaduais e municipais, a **lei federal terá aplicação subsidiária**, da mesma forma que ocorre com relação às leis federais sobre procedimentos específicos. (p. 1451)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020 (MC)

A lei 9.784/99 estabelece todas as normas atinentes aos processos administrativos no âmbito da União [...]. **Salienta-se que as normas estabelecidas neste dispositivo legal não serão aplicadas aos processos administrativos em estados e municípios que editarão leis próprias para regulamentação da matéria em suas administrações.** Salienta-se, porém, que, naqueles estados ou municípios em que não haja lei para tratar da matéria, a lei 9.784/99 poderá ser utilizada. Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça. [...] Muito embora a súmula trate especificamente do prazo decadencial previsto no art. 54 da lei 9.784/99, que trata de prazo de decadência para anular atos que ensejem consequências favoráveis a particulares, o **entendimento que se impõe é que essa**

aplicação a estados e municípios poderá ser efetivada por simetria, em todos os dispositivos genéricos. (p. 1186-1187)

Não se posiciona

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Apesar de a Lei 9.784/99 ser federal, o STJ já decidiu em algumas ocasiões (MS 9.112/DF, MS 9.157/DF, rel. Min. Eliana Calmon) pela possibilidade de aplicação da LPA aos demais entes (Estados ou Municípios), desde que eles não tenham ainda elaborado suas próprias leis de processo administrativo.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, por exemplo, entendem passível de aplicação imediata, para além da esfera federal, a Lei nº 9.784/99: (1) quando ela veicular normas principiológicas ou (2) quando houver lacuna nas leis que disciplinam processos específicos.

O Superior Tribunal de Justiça tem julgados neste sentido, a exemplo da decisão de agravo em recurso especial: “De acordo com a jurisprudência firmada nesta Corte Superior de Justiça, na ausência de lei estadual específica, pode a Administração Estadual rever seus próprios atos no prazo decadencial previsto na Lei Federal nº 9.784, de 1º/2/99 (p. 113)

[...] já a **Lei de Processo Administrativo, Lei nº 9.784/99, é, via de regra, considerada federal, conforme visto, sendo aplicada integralmente à Administração Pública federal**, Direta ou Indireta, e aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União (ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas respectivos), quando no desempenho de função administrativa, se não houver lei própria que regule procedimento específico, caso em que a aplicação da lei geral de processo administrativo será subsidiária. (p. 118)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2021 (AM)

Embora a própria Lei n. 9.784/99 se autodeclare aplicável somente aos processos administrativos federais (art. 1º), o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de considerá-la aplicável subsidiariamente às demais entidades federativas que não possuam lei própria de processo administrativo (AgRg no Ag 935.624/RJ), especialmente quanto ao prazo de 5 anos que a Administração tem para anular seus atos defeituosos. (p. 1673)

Não aborda

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Conclusão

Natureza ou aplicabilidade da Lei n.º 9.784/1999

Corrente 1: A Lei n.º 9.784/1999 é de âmbito federal, aplicando-se à Administração Pública Federal, havendo competência legislativa autônoma dos outros entes federativos (OM; DCJ; RCRO; MA e VP; DFMN; JSCF)

Corrente 2: A Lei n.º 9.784/1999 é de âmbito nacional, aplicando-se aos demais entes federativos de maneira geral e subsidiariamente quando o ente tiver editado lei específica, pois possuem competência legislativa para tanto (ASA; MJF; CABM; MSZDP; MC)

Não se posiciona: (IPN; AM)

Não aborda: (FM)

DIVERGÊNCIA 126 - Dever-poder de motivar os atos administrativos (vinculados e discricionários)

Corrente 1: A fundamentação/motivação é obrigatória para atos vinculados e discricionários

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020. (MC)

Ainda em relação ao dever de motivação dos atos administrativos, alguns doutrinadores defendem a obrigatoriedade de motivação somente para atos administrativos vinculados [...]. Por sua vez, os atos discricionários não teriam esta necessidade de motivação em decorrência da liberdade conferida ao administrador público de definir a atuação. **Esse entendimento não deve prosperar, sendo a motivação obrigatória em ambas as situações.** (p. 285)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Alguns autores sustentam que a motivação seria obrigatória somente para atos vinculados. Para outros, a motivação seria necessária apenas nos atos discricionários. Entretanto, a corrente majoritária defende que a motivação é obrigatória tanto nos atos vinculados quanto nos atos discricionários. É a conclusão que melhor se coaduna com a norma do art. 50 da Lei n. 9.784/99). O texto de lei não faz qualquer diferenciação quanto ao ato ser vinculado ou discricionário. Outro ponto importante: o art. 54 da Lei n. 9.784/99 enumera um rol exemplificativo dos atos que exigem motivação. **Todo e qualquer ato administrativo deve ser motivado.** (p. 263-264)

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

(e) associada ao parâmetro anterior, encontra-se também a motivação das decisões. Tradicionalmente predominou a regra da não obrigatoriedade de explicitar as razões da decisão, sobretudo no exercício do poder discricionário. **Hoje a linha se inverteu, para prevalecer a exigência de motivação, salvo exceções;** (p. 108)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Tanto os atos discricionários como os vinculados devem ser motivados.

O nosso ordenamento jurídico impõe um dever geral de motivação para os atos administrativos. Superada está a posição doutrinária que afirmava que só os atos discricionários deveriam conter motivação, bem como a reversa, que afirmava que apenas os vinculados deveriam ser motivados. (p. 186)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Entendemos que a motivação dos atos administrativos, independentemente de previsão legal expressa nesse sentido, diminui a possibilidade de atuação arbitrária da Administração. A transparência pública impõe a exposição das razões de fato e de direito que ensejaram a prática de determinado ato. A motivação confere maior legitimidade à atuação estatal, servindo como parâmetro importante de controle judicial e social, bem como instrumento inibidor da arbitrariedade administrativa. **A obrigatoriedade de motivação é uma exigência constitucional** que deriva dos princípios democrático, da legalidade, da publicidade e da ampla defesa e do contraditório. (p. 521)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Enfim, via de regra, o ato administrativo deve ser sempre motivado, pouco importando que ele seja discricionário ou vinculado. A motivação pode ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. (p. 53)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Entendemos que a **motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários**, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado (p. 487)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

A motivação é relevante tanto no tocante a competências discricionárias como quanto a escolhas vinculadas (p. 198)

Corrente 1.1: A fundamentação/motivação é obrigatória para atos vinculados e discricionários, mas para atos vinculados é possível a motivação ulterior, enquanto para atos discricionários, a motivação ulterior é a exceção

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Sem embargo - e **nisto acompanhamos uma vez mais**, como é habitual, as lições do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello -, em se tratando de **atos vinculados** (nos quais, portanto, já está predefinida na lei, perante situação objetivamente identificável, a única providência qualificada como hábil e necessária para atendimento do interesse público), o que mais importa é haver ocorrido o motivo perante o qual o comportamento era obrigatório, passando para **segundo plano a questão da motivação**. Assim, se o ato não houver sido motivado, mas for possível demonstrar **ulteriormente**, de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entre-dúvida, que o motivo exigente do ato preexistia, dever-se-á considerar sanado o vício do ato.

Entretanto, se se tratar de ato praticado no exercício de **competência discricionária**, salvo alguma hipótese excepcional, há de se entender que o **ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido**, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, "fabricar" razões lógicas para justificá-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato. Contudo, nos casos em que a lei não exija motivação, não se pode, consoante dito, descartar alguma hipótese excepcional em que seja possível à Administração demonstrar e de maneira absolutamente inquestionável que (a) o motivo extemporaneamente alegado preexistia; (b) que era idôneo para justificar o ato e (c) que tal motivo foi a razão determinante da prática do ato. **Se estes três fatores concorrerem há de se entender, igualmente, que o ato se convalida com a motivação ulterior.** (p. 410-411)

Corrente 2: A fundamentação/motivação é obrigatória para atos vinculados e não obrigatória para atos discricionários, salvo por imposição legal, mas recomenda-se a motivação de todos os atos administrativos

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Insistimos em afirmação que já fizemos: **não consideramos de relevo distinguir entre atos vinculados ou discricionários**. Parece-nos, até mesmo, que se alguma dessas categorias pode **dispensar a motivação, seria ela exatamente a dos atos vinculados**, porque nestes a situação de fato já tem descrição na norma, de modo que a validade ou não do ato decorreria de mero confronto entre este e aquela. **O mesmo não se passaria com os atos discricionários**. Tendo o agente nessa hipótese a liberdade de eleger a situação fática geradora de sua vontade, maior segurança se proporcionaria aos administrados se fosse ela descrita expressamente no ato. Entretanto, **mesmo aqui, inexistindo norma constitucional expressa, não se pode extrair a interpretação no sentido da obrigatoriedade**.

[...]

Sem dúvida nenhuma, é preciso reconhecer que o administrador, sempre que possa, deve mesmo expressar as situações de fato que impeliram a emissão da vontade, e a razão não é difícil de conceber: quanto mais transparente o ato da Administração, maiores as possibilidades de seu controle pelos administrados. Não obstante, se essa conduta é aconselhável, e se os administradores devem segui-la, não se pode ir ao extremo de tê-la por obrigatória. (p. 262)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. Ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

É certo que os **atos vinculados devem sempre ser motivados** por escrito, e o motivo apontado como justificador e determinante de sua prática deve ser exatamente aquele previsto na lei. No caso de um ato vinculado, a motivação consiste, simplesmente, em descrever um fato ocorrido e demonstrar que aquele fato se enquadra em um comando legal que, nessas circunstâncias, obriga sempre à edição do ato administrativo que foi praticado, com aquele único conteúdo possível.

Já os atos discricionários podem, ou não, ser motivados por escrito, mas a doutrina enfatiza que a regra é a obrigatoriedade de motivação, como decorrência dos princípios constitucionais da publicidade, da moralidade e do amplo acesso ao Poder Judiciário, dentre outros. A motivação de um ato discricionário deverá apontar as razões que levaram o agente público a considerar conveniente e oportuna a sua prática, com aquele conteúdo, escolhido dentre os legalmente admitidos, e demonstrar que o ato foi editado dentro dos limites impostos pela lei, uma vez que a liberdade do administrador para a prática de atos discricionários é sempre uma liberdade legalmente restrita.

Enfatizamos novamente que a boa prática administrativa **recomenda a motivação de todos os atos administrativos** [...] (p. 497-498)

Não se posicionam

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Para alguns autores, há ainda uma separação entre o ato vinculado e o ato discricionário e a obrigatoriedade de motivar. No **ato administrativo vinculado** – aquele em que há aplicação quase automática da lei por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador –, a simples menção do fato e da regra de direito aplicável pode ser suficiente, ficando a **motivação implícita**, em face do preenchimento dos requisitos previstos pela norma. No tocante aos **atos discricionários** – que dependem de apurada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa –, é **imprescindível motivação** detalhada para demonstrar a compatibilidade com o ordenamento jurídico, inclusive com os princípios constitucionais, como ocorre nas decisões em processo administrativo disciplinar. É também imprescindível que essa motivação seja prévia ou contemporânea à prática do ato, devendo ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, nesse caso, serão parte integrante do ato (art. 50, § 2º, da Lei n. 9.784/99). Considerando esse cenário, é relevante analisar as consequências decorrentes da ausência de motivação. Desse modo, para os atos administrativos em que a motivação é obrigatória, e esta não for realizada, o ato será ilegal e deve ser retirado do ordenamento jurídico, ocorrendo o mesmo quando a motivação é apresentada após a prática do ato. De outro lado, para as hipóteses em que a motivação é facultativa (porém aconselhável), a sua ausência não prejudica a validade do ato. (p. 343)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Alguns poucos autores defendem que a motivação é obrigatória apenas nos atos vinculados, sendo desnecessária nos atos discricionários, ou seja, naqueles que conferem à Administração margem de liberdade de escolha pautada na conveniência e oportunidade.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello defende o oposto, isto é, de que a falta de motivação de atos discricionários, quando demandada por lei ou pela natureza do ato, acarreta, em princípio, a sua invalidade. Tratando-se de atos vinculados, ainda que na ausência de enunciação dos motivos, o ato será válido se houver prova de que a decisão foi tomada em obediência às imposições legais.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, propugna que os atos discricionários devem ser sempre motivados e os vinculados, via de regra, também; mas admite situações excepcionais que dispensam a motivação de atos vinculados, quais sejam, as hipóteses em que não existir “campo para interferência de juízos subjetivos do administrador”, nas quais a simples menção do fato e da regra de Direito a ser aplicada pode ser suficiente por estar implícita na motivação.

A **doutrina majoritária, contudo, entende** que há obrigatoriedade de motivação independentemente de se tratar de ato vinculado ou discricionário. Advirta-se que os próprios atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles inseriram na sequência do seu posicionamento favorável à dispensa de motivação de atos discricionários a seguinte observação. (p. 55)

Não aborda

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Conclusão

Dever-poder de motivar os atos administrativos (vinculados e discricionários)

Corrente 1: A fundamentação/motivação é obrigatória para atos vinculados e discricionários (MC; AM; OM; ASA; RCRO; DCJ; MSZDP; MJF)

Corrente 1.1: A fundamentação/motivação é obrigatória para atos vinculados e discricionários, mas para atos vinculados é possível a motivação ulterior, enquanto para atos discricionários, a motivação ulterior é a exceção (CABM)

Corrente 2: A fundamentação/motivação é obrigatória para atos vinculados e não obrigatória para atos discricionários, salvo por imposição legal, mas recomenda-se a motivação de todos os atos administrativos (JSCF; MA e VP)

Não se posicionam: (FM; IPN)

Não aborda: (DFMN)

DIVERGÊNCIA 127 - Exceções ao dever-poder de motivar os atos administrativos

Corrente 1: O rol do art. 50 da Lei n.º 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal) é exemplificativo, devendo prevalecer o dever geral de motivação

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Registre-se que a Lei 9.784, de 29.1.1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, **em seu art. 22, dispõe que nos processos administrativos serão observados, entre outros critérios, o da "indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a decisão" (inc. VII)**. Com isto pareceria que **generalizou o dever de motivar**. Sem embargo, **o art. 50 contradiz tal entendimento**, pois estatui que os atos administrativos deverão ser motivados nas hipóteses ali indicadas, levando à conclusão de que **excluiu o dever de motivar fora dos casos que arrolou em seus incisos I a VIII**.

[...] **A restrição do dever de motivar às hipóteses arroladas no art. 50 parece-nos inconstitucional**. (p. 411-412)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Entendemos que a motivação dos atos administrativos, independentemente de previsão legal expressa nesse sentido, diminui a possibilidade de atuação arbitrária da Administração. A transparência pública impõe a exposição das razões de fato e de direito que ensejaram a prática de determinado ato. A motivação confere maior legitimidade à atuação estatal, servindo como parâmetro importante de controle judicial e social, bem como instrumento inibidor da arbitrariedade administrativa. **A obrigatoriedade de motivação é uma exigência constitucional** que deriva dos princípios democrático, da legalidade, da publicidade e da ampla defesa e do contraditório.

Em âmbito federal, a motivação ganhou status de princípio no art. 2.º, caput e parágrafo único, VII, da Lei 9.784/1999. Nada obstante, **o mesmo diploma legal, em seguida, parece restringir a necessidade de motivação para os atos enumerados no art. 50**. Parece-nos que, apesar da aparente contradição interna da lei, deve prevalecer o caráter principiológico e geral da motivação. (p. 521)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

[...] Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, **não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias.** A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.

[...] Na Lei nº 9.784/99, o princípio da motivação é previsto no artigo 2º, caput, havendo, no parágrafo único, inciso VII, exigência de “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. **Além disso, o artigo 50 estabelece a obrigatoriedade de motivação, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos.** [...] Como se verifica pelo dispositivo, **as hipóteses em que a motivação é obrigatória, em regra, dizem respeito a atos que, de alguma forma, afetam direitos ou interesses individuais, o que está a demonstrar que a preocupação foi muito mais com os destinatários dos atos administrativos do que com o interesse da própria Administração.** No entanto, **tem-se que considerar a enumeração contida no dispositivo como o mínimo a ser necessariamente observado, o que não exclui a mesma exigência em outras hipóteses em que a motivação é fundamental para fins de controle da legalidade dos atos administrativos.** (p. 246-247)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Alguns autores sustentam que a motivação seria obrigatória somente para atos vinculados. Para outros, a motivação seria necessária apenas nos atos discricionários. Entretanto, a corrente majoritária defende que a motivação é obrigatória tanto nos atos vinculados quanto nos atos discricionários. É a conclusão que melhor se coaduna com a norma do art. 50 da Lei n. 9.784/99). O texto de lei não faz qualquer diferenciação quanto ao ato ser vinculado ou discricionário. **Outro ponto importante: o art. 50 da Lei n. 9.784/99 enumera um rol exemplificativo dos atos que exigem motivação. Todo e qualquer ato administrativo deve ser motivado.** (p. 263-264)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Todos os atos administrativos, não importando se vinculados ou discricionários, devem ser motivados. **O art. 50 da Lei do Processo**

Administrativo Federal (Lei n. 9.784/99) elenca uma série de atos administrativos cuja motivação é obrigatória, mas ele é, apesar de já ser bem abrangente, meramente exemplificativo em razão da sede constitucional do Princípio da Motivação: todos os atos que impliquem restrição de esferas jurídicas ou utilização de recursos públicos devem ser motivados.

Também os atos administrativos normativos, pelas mesmas razões, devem ser motivados. (p. 185)

Corrente 2.1: Apesar de não tratar expressamente do caráter exemplificativo ou taxativo do rol do art. 50 da Lei n.º 9.784/1999, restringem o dever de motivar aos atos decisórios, excetuando-se os demais atos

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Como se indicou, o princípio da motivação é instrumental e corolário do princípio do devido processo da lei (art. 5.º, LIV, CF), tendo necessária aplicação às decisões administrativas e às decisões judiciais, embora se encontre, também, implícito no devido processo de elaboração das normas legais no sentido amplo (cf. arts. 59 a 69 da Constituição Federal e Regimentos das casas legislativas).

Por decisão, não se deve entender, porém, qualquer ato administrativo ou judiciário que apenas contenha um mandamento, senão aquele cujo comando aplique uma solução a litígios, controvérsias e dúvidas, conhecendo, acolhendo ou denegando pretensões, através das adequadas vias processuais, ainda que atuando de ofício; essa, a ratio do art. 50 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (Lei de Processo Administrativo Federal), que impõe à Administração Pública o dever de motivar os atos administrativos que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses dos administrados. (p. 163)

Quanto à obrigatoriedade da motivação, trata-se de um aperfeiçoamento jurídico, de há muito cobrado pela doutrina e, hoje, erigido a princípio constitucional de **compulsória observância, quando se trate de atos decisórios. (p. 227)**

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

A validade formal de todo e qualquer **ato administrativo de cunho decisório depende de uma motivação**, porque nenhuma competência administrativa é atribuída para que o agente realize o intento que bem desejar ou decida como bem o entender. A exigência e a extensão da motivação

devem ser compatíveis com a natureza do ato administrativo praticado. O **exercício de poder decisório exige motivação**, a qual deverá ser suficiente para fundamentar a decisão adotada. Bem por isso, **atos de mero expediente dispensam motivação**. Essa afirmativa não é desmentida pela **regra do art. 50 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999)**, que contempla um elenco de oito incisos em que a motivação seria indispensável. **A amplitude das situações ali indicadas abrange todas as hipóteses de atos dotados de cunho decisório.** (p. 197-198)

Corrente 2.2: Apesar de não tratar expressamente do caráter exemplificativo ou taxativo do rol do art. 50 da Lei n.º 9.784/1999, entende pela obrigatoriedade da motivação de todos os atos administrativos, salvo às exceções previstas na Constituição

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidm, 2015 (DCJ)

O princípio constitucional em tela se traduz na **exigência de que todos os atos e decisões da Administração Pública sejam fundamentados**.

[...] No Estado Democrático de Direito **não se concebe ato administrativo sem motivação**.

[...] Nestes termos, a motivação é **necessária para todo e qualquer ato administrativo**, sendo exigida tanto nos atos vinculados quanto nos atos discricionários.

[...] Enfim, via de regra, o **ato administrativo deve ser sempre motivado**, pouco importando que ele seja discricionário ou vinculado. A motivação pode ser prévia ou contemporânea à expedição do ato.

Contudo, a **própria Constituição abre algumas exceções ao princípio da motivação obrigatória dos atos administrativos**: os cargos em comissão, por exemplo, são de livre nomeação e exoneração; ou seja, o **ato de exoneração do servidor público de um cargo em comissão ou de uma função de confiança não precisa ser motivado**. (p. 52-53)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020. (MC)

Com efeito, a motivação é um princípio explícito na Lei 9.784/99 e, para a maioria da doutrina, está implícito na Constituição Federal. Portanto, **os atos administrativos devem ser motivados, sendo uma regra expor as razões de fato e de direito que deram motivo ao ato**. A doutrina majoritária justifica o dever de motivar no art. 2º, VII do diploma legal mencionado e, no art. 50 do mesmo texto normativo.

Saliente-se que, **não obstante haja uma numeração de atos que dependem de motivação, apresentados nos incisos, do art. 50, na lei 9.784/99, o entendimento que se impõe é no sentido de que o dispositivo institui o dever geral de motivar e estabelece uma numeração muito ampla de atos administrativos, de forma a abarcar todas as situações possíveis no ordenamento jurídico.**

[...] Por fim, ressalta-se que, em determinados casos, todavia, **pode ser dispensada** a motivação pela lei ou por disposição da própria Constituição Federal, como ocorre na hipótese de **exoneração de servidor público comissionado**, designada como exoneração ad nutum. (p. 286-287)

Corrente 2.3: Apesar de não tratar expressamente do caráter exemplificativo ou taxativo do rol do art. 50 da Lei n.º 9.784/1999, entende que somente os atos previstos neste rol devem ser motivados, excetuando-se todos os demais atos, sem especificá-los, mas recomenda-se a motivação sempre que possível

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

O art. 50 da Lei 9.784/1999, de certa forma, explicita que a motivação não é obrigatória para todo e qualquer ato administrativo - não obstante o seu status de um verdadeiro princípio administrativo. Afinal, ao indicar expressamente os atos que exigem motivação, o legislador está admitindo, ainda que implicitamente, que pode haver atos que a dispensem.

[...] Em resumo, todos os atos administrativos válidos possuem um motivo expressa ou implicitamente previsto na lei, ou deixado, pela lei - dentro dos limites nela descritos ou dela decorrentes - à escolha do administrador, consoante a valoração dele acerca da conveniência e oportunidade da prática do ato. Entretanto, nem sempre a lei exige que a administração declare expressamente os motivos que a levaram à prática do ato administrativo. Nesses casos, embora o ato tenha um motivo que determinou a sua prática, esse motivo não será expresso pela administração, ou seja, embora o motivo exista, não haverá motivação do ato.

Enfatizamos novamente que a boa prática administrativa recomenda a motivação de todos os atos administrativos, uma vez que a declaração escrita dos motivos que levaram à edição do ato possibilita um controle mais eficiente da atuação administrativa por toda a sociedade e pela própria administração, concretizando o princípio da transparência e sendo consentânea à cidadania, fundamento da República Federativa do Brasil. (p. 497-498)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Segundo o art. 50 dessa lei, exigem motivação, com indicação dos fatos e dos fundamentos, vários tipos de atos administrativos, como os que negam, limitam ou afetam direitos ou interesses; impõem ou agravam deveres, encargos ou sanções; decidem processos administrativos de concurso ou seleção pública; decidem recursos administrativos etc. **Ora, ao indicar os atos a serem expressamente motivados, o legislador considerou, implicitamente, que outros atos prescindem da motivação.** Conclui-se do sistema da lei que, se os atos nela mencionados estiverem sem fundamentação, serão inválidos, mas o serão por indevida contrariedade à determinação legal; **de outro lado, os que lá não constam não poderão ser tidos por inválidos pelo só fato da ausência da fundamentação expressa.** Poderão sê-lo por outras razões, mas não por essa. **Só isso demonstra que não se pode mesmo considerar a motivação como indiscriminadamente obrigatória para toda e qualquer manifestação volitiva da Administração.** (p. 260-261)

[...] **Sem dúvida nenhuma, é preciso reconhecer que o administrador, sempre que possa, deve mesmo expressar as situações de fato que impeliram a emissão da vontade**, e a razão não é difícil de conceber: quanto mais transparente o ato da Administração, maiores as possibilidades de seu controle pelos administrados. **Não obstante, se essa conduta é aconselhável, e se os administradores devem segui-la, não se pode ir ao extremo de tê-la por obrigatória.** (p. 262)

Não aborda

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Não se posicionam

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Quanto ao dever de motivar, a doutrina apresenta-se divergente. Parte dos doutrinadores entende que a motivação não é obrigatória como regra, apesar de reconhecer que se trata de uma medida aconselhável, entretanto só se faz obrigatória quando existir previsão expressa em lei nesse sentido. Essa corrente justifica dizendo que o texto constitucional não estabeleceu esse princípio expressamente e que a regra do art. 93, X, só se aplica para os atos com conteúdo decisório, não sendo obrigatória em qualquer ato administrativo. Alguns alegam, ainda, que esse dispositivo só se aplica ao Poder Judiciário, e não a todos os Poderes do Estado.

Para completar esse entendimento, a doutrina aponta o art. 50 da Lei n. 9.784/99, que define o processo administrativo, exigindo a motivação em alguns atos, sendo, nesse caso, obrigatória sob pena de invalidação por vício de forma, o que significa dizer que não é obrigatória nos demais casos.

Para a segunda corrente, que é majoritária, a motivação é obrigatória [...] (p. 108)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Alguns poucos autores defendem que a motivação é obrigatória apenas nos atos vinculados, sendo desnecessária nos atos discricionários, ou seja, naqueles que conferem à Administração margem de liberdade de escolha pautada na conveniência e oportunidade.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello defende o oposto, isto é, de que a falta de motivação de atos discricionários, quando demandada por lei ou pela natureza do ato, acarreta, em princípio, a sua invalidade. Tratando-se de atos vinculados, ainda que na ausência de enunciação dos motivos, o ato será válido se houver prova de que a decisão foi tomada em obediência às imposições legais.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, propugna que os atos discricionários devem ser sempre motivados e os vinculados, via de regra, também; mas admite situações excepcionais que dispensam a motivação de atos vinculados, quais sejam, as hipóteses em que não existir “campo para interferência de juízos subjetivos do administrador”, nas quais a simples menção do fato e da regra de Direito a ser aplicada pode ser suficiente por estar implícita na motivação.

A **doutrina majoritária, contudo, entende** que há obrigatoriedade de motivação independentemente de se tratar de ato vinculado ou discricionário. Advirta-se que os próprios atualizadores da obra de Hely Lopes Meirelles inseriram na sequência do seu posicionamento favorável à dispensa de motivação de atos discricionários a seguinte observação. (p. 55)

Conclusão

Exceções ao dever-poder de motivar os atos administrativos

Corrente 1: O rol do art. 50 da Lei n.º 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal) é exemplificativo, devendo prevalecer o dever geral de motivação (CABM; RCRO; MSZDP; AM; ASA)

Corrente 2.1: Apesar de não tratar expressamente do caráter exemplificativo ou taxativo do rol do art. 50 da Lei n.º 9.784/1999, restringem o dever de motivar aos atos decisórios, excetuando-se os demais atos (DFMN; MJF)

Corrente 2.2: Apesar de não tratar expressamente do caráter exemplificativo ou taxativo do rol do art. 50 da Lei n.º 9.784/1999, entende pela obrigatoriedade da motivação de todos os atos administrativos, salvo às exceções previstas na Constituição (DCJ; MC)

Corrente 2.3: Apesar de não tratar expressamente do caráter exemplificativo ou taxativo do rol do art. 50 da Lei n.º 9.784/1999, entende que somente os atos previstos neste rol devem ser motivados, excetuando-se todos os demais atos, sem especificá-los, mas recomenda-se a motivação sempre que possível (MA e VP; JSCF)

Não aborda: (OM)

Não se posicionam: (FM; IPN)

DIVERGÊNCIA 128 - Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos

Corrente 1.1: Os precedentes administrativos são vinculantes para (i) casos idênticos ou muito próximos; (ii) inexistência de causa razoável para alteração do entendimento; e (iii) decisões tomadas dentro de um período de tempo não muito longo

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Os precedentes administrativos, mais vinculantes que as meras praxes (comportamentos) administrativas, constituem o conjunto e a consolidação de decisões administrativas, **referentes a casos semelhantes, num mesmo sentido, e começam a ser considerados fontes do Direito Administrativo**. [...] O respeito aos precedentes administrativos compõe parte essencial da chamada Teoria das Autolimitações Administrativas, constituída pela agregação de instrumentos diversos, mas complementares, que visam a assegurar segurança jurídica, razoabilidade, coerência e igualdade no tratamento dado pela Administração aos cidadãos. **Com ela, busca-se empregar decisões administrativas anteriores, com o propósito de orientar atos e decisões administrativas futuras.**

Em homenagem ao princípio da coerência, que deve reger todo o Direito, e, ainda, em prol da segurança jurídica (decisões previsíveis), da isonomia (casos semelhantes tratados de forma semelhante) e da confiabilidade do sistema jurídico (a disparidade de decisões administrativas para casos muito próximos corrói a confiança do administrado e da sociedade em relação à Administração), **é que se deve pesquisar a razão de decidir de casos semelhantes e, no que se mantiver dentro da moldura legal, manter a uniformidade decisória.**

É apenas em um sentido bastante lato que os precedentes administrativos podem ser considerados fontes de Direito Administrativo. Claro que estamos falando, aqui, (i) de **casos idênticos ou muito próximos**, (ii) **da inexistência de causa razoável para a alteração de entendimento**, e (iii) **de decisões tomadas dentro de um período de tempo não muito longo**. As decisões podem mudar ou porque as hipóteses são diferentes, ou porque a decisão anterior estava objetivamente errada ou porque o curso do tempo fez com que novos fatos ou circunstâncias acabassem por superar a referência decisória anterior.

Corrente 1.2: Os precedentes administrativos são vinculantes para casos futuros e semelhantes

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Por fim, os precedentes administrativos também devem ser considerados como fontes do Direito Administrativo.

O precedente administrativo pode ser conceituado como a norma jurídica retirada de decisão administrativa anterior, válida e de acordo com o interesse público, que, após decidir determinado caso concreto, deve ser observada em casos futuros e semelhantes pela mesma entidade da Administração Pública.

[...] **A força vinculante do precedente administrativo decorre da necessidade de segurança jurídica, de vedação da arbitrariedade, de coerência e de aplicação igualitária da ordem jurídica.**

[...] precedente administrativo, em princípio, somente é exigível quando estiver em **compatibilidade com a legislação**. É possível, contudo, que, excepcionalmente, mesmo em relação aos atos ilegais, os precedentes administrativos retirem a sua força vinculante dos princípios da confiança legítima, da segurança jurídica e da boa-fé. (p. 85-86)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (AM)

O exercício da função administrativa, além de limitado por normas externas à Administração (heterolimitação), está **vinculado também à observância de normas internas (autolimitação)**, como é o caso dos precedentes administrativos e das súmulas vinculantes administrativas. **Precedente administrativo é a decisão tomada por determinado órgão da Administração com efeito vinculante para casos futuros**. Sua função é uniformizar o julgamento, conferindo maior eficiência e impessoalidade na decisão das demandas repetitivas.

[...] Nos órgãos administrativos que já utilizam o mecanismo dos precedentes, a eficácia vinculante é atribuída a atos, pareceres ou decisões após o cumprimento de requisitos específicos estabelecidos em lei ou em atos normativos expedidos por autoridades superiores.

Em geral, a fixação dos precedentes ocorre por meio da edição de súmulas administrativas, já bastante comuns na estrutura administrativa brasileira.

[...] Uma vez firmado o precedente vinculante (holding), agora a autoridade somente poderá deixar de aplicar a solução se proferir uma decisão fundamentada, na qual demonstre que existem diferenças substanciais entre o precedente e o caso atual, que justifique uma decisão diversa

(distinguishing) ou a necessidade de aprimoramento/superação do precedente (overruling), quer por razões jurídicas, quer econômicas, ou ainda pela cambialidade da situação de fato. (p. 123-124)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. Ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

No que toca ao controle interno, têm-se desenvolvido estudos sobre a autovinculação, com o sentido de que a Administração está **vinculada a certas posições anteriormente adotadas**. A autovinculação geral e abstrata, como a que provém de decretos, regulamentos e outros atos normativos internos, já é admissível há muito, mas novas ideias se dirigem atualmente à autovinculação **individual e concreta, decorrente da prática de atos administrativos concretos**. Deles emana norma jurídica que vincula o comportamento da Administração para **casos idênticos posteriores, constituindo uma nova categoria de precedentes administrativos**. O efeito fundamental destes seria o de atribuir aos atos anteriores eficácia **vinculante relativamente às situações futuras**. (p. 1677-1678)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

A maior parte desses atos, a partir do decreto, pode ter efeitos concretos, quando solucionam **casos individuais**. Mas, como fontes do direito, interessam os que têm efeito normativo, vinculando as decisões futuras. **Constituem fontes do Direito Administrativo, porque têm caráter obrigatório, vinculando toda a Administração Pública**. No entanto, podem ser objeto de impugnação perante o Poder Judiciário, se contrariarem normas de hierarquia superior, como a lei, a Constituição Federal ou a Constituição Estadual. (p. 150)

Corrente 2: Os precedentes administrativos concretizam o dever de coerência administrativa, repudiando comportamentos contraditórios

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Este elenco se fecha com outra recente formulação principiológica, voltada à segurança jurídica constitucionalmente devida aos administrados – a **coerência administrativa**.

Não obstante as descentralizações, que, por várias razões expostas, devam ser procedidas, a Administração – de cada uma das unidades políticas – em

reverência aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé dos administrados, **deverá manter um desempenho congruente no concerto da atuação dos respectivos entes e órgãos que a conformam**. Quando a ação de qualquer uma das expressões fracionárias funcionais do poder estatal que compõem a Administração, de modo casual ou deliberado, puder provocar interferências ou vier a conflitar com a ação de outras, **surge para essa Administração o dever de harmonizá-los internamente, para que, externamente, ela não se apresente bifronte, conflitante, disparatada e até mesmo contraditória**, ameaçando ou ferindo direitos dos administrados, como ocorre, por exemplo, nas clássicas hipóteses aplicativas do venire contra factum proprium. Este **dever de coerência** decorre do cometimento constitucional a cargo do Presidente da República de exercer a direção unipessoal da administração pública na órbita federal (art. 84, II) e, assim, simetricamente, em relação aos Chefes do Poder Executivo dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

[...] Em consequência, ao administrado assiste o direito constitucional de exigir consistência da ação administrativa, podendo pleiteá-la, tanto administrativa como judicialmente, sempre que a incoerência no tratamento de idênticas situações por parte da mesma Administração venha a ameaçar ou a ferir direitos individuais, **repudiando-se, portanto, os comportamentos contraditórios por parte de entes e de órgãos administrativos do mesmo ente político**. (p. 184-185)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. Ed. Salvador: Juspovidm, 2015 (DCJ)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. Ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021 (MA e VP)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. Ed. Salvador: Juspodidm, 2020 (MC)

Conclusão

Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos

Corrente 1.1: Os precedentes administrativos são vinculantes para (i) casos idênticos ou muito próximos; (ii) inexistência de causa razoável para alteração do entendimento; e (iii) decisões tomadas dentro de um período de tempo não muito longo (ASA)

Corrente 1.2: Os precedentes administrativos são vinculantes para casos futuros e semelhantes (RCRO; AM; JSCF; MSZDP)

Corrente 2: Os precedentes administrativos concretizam o dever de coerência administrativa, repudiando comportamentos contraditórios; os pareceres emitidos possuem caráter normativo (DFMN)

Não abordam: (OM; MJF; CABM; DCJ; IPN; FM; MA e VP; MC)

DIVERGÊNCIA 129 - Vinculação aos precedentes judiciais

Corrente 1: Os precedentes judiciais possuem força normativa e efeito vinculante

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

A presente edição continua a dar grande destaque às decisões dos tribunais superiores, por reconhecer a relevante **função normativa dos precedentes jurisprudenciais**. O direito administrativo é produzido não apenas pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, mas também pela interpretação adotada pelos tribunais. (p. 7)

O **efeito vinculante de decisões de autoridades judiciais e administrativas foi reforçado** pela alteração promovida pela Lei 13.655 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Dec.-lei 4.657/1942), cujo art. 30 passou a determinar que: [...] (p. 52)

Corrente 2: Os precedentes judiciais devem ser observados pela Administração Pública, bem como ser considerados pela Administração, ainda que não sejam vinculantes

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

A própria Administração Pública de cada Ente federado, inclusive com o auxílio dos órgãos de controle interno, **deve atuar com respeito** aos seus precedentes administrativos, **observando, ainda, os precedentes judiciais**, na forma do art. 927 do CPC (p. 975)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Contudo, também nos referimos, no início do tópico, à **jurisprudência como fonte**, ainda que uma fonte não formalizada, **quando seguir uma tendência em determinado sentido, mesmo que sem caráter vinculante**.

Nesses casos, a **Administração Pública terá, no mínimo, um especial ônus argumentativo se quiser tomar decisões a ela contrárias e, fora isso, não poderão o administrador e o cidadão ser penalizados se de boa-fé estavam apenas seguindo a jurisprudência dominante**. (p. 119)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Nas hipóteses em que produz efeito vinculante, a jurisprudência tem a natureza de fonte formal, porque **integra o direito a ser aplicado pelos juízes e pela Administração Pública**.

No entanto, como **regra geral, a jurisprudência não constitui fonte obrigatória do Direito Administrativo brasileiro, mas meramente indicativa, facultativa ou orientadora para decisões futuras do Judiciário e da Administração Pública**. Ela seria fonte material do direito. (p. 160)

Corrente 3.1: Os precedentes judiciais, ao menos os enunciados de súmulas vinculantes, vinculam a Administração Pública

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

A jurisprudência, com o sentido de decisões reiteradas em determinado tema, advindas do Poder Judiciário, exerceu papel importante na formação do direito administrativo, como já foi ressaltado, e mantém, na atualidade, sua condição de um dos principais meios não legislados de expressão desse direito. Basta lembrar aqui no Brasil a relevância das decisões dos Tribunais nos temas da anulação e revogação do ato administrativo, o que resultou na Súmula nº 473 do STF. **A relevância da jurisprudência no Brasil mais se acentua com os enunciados de súmulas vinculantes, os quais devem ser observados pela Administração Pública, sob pena de reclamação ao Supremo Tribunal Federal**, sem prejuízo dos recursos ou demais formas de impugnação, conforme dispõe a Lei nº 11.417, de 19.12.2006. (p. 35)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Também inspira o conteúdo da matéria a jurisprudência, isto é, a reunião de diversos julgados num mesmo sentido. Antes da instituição do sistema de súmulas de efeitos vinculantes pela Emenda Constitucional nº 45/04, a jurisprudência era tida sempre como fonte secundária ou mediata do Direito. **A partir da mencionada emenda, entretanto, podem ser aprovadas²⁷ pelo Supremo Tribunal Federal súmulas de conteúdo vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, em todos os níveis federativos.**

A Corte Suprema pode, de acordo com o § 3º do art. 103-A da Constituição, regulamentado pela Lei nº 11.417/06, por meio de reclamação, cassar decisão judicial ou anular ato administrativo que contrariar matéria sumulada. A súmula vinculante constitui, portanto, fonte primária de produção jurídica. (p. 22-23)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (AM)

A jurisprudência, entendida como reiteradas decisões dos tribunais sobre determinado tema, não tem a força cogente de uma norma criada pelo legislador, mas influencia decisivamente a maneira como as regras passam a ser entendidas e aplicadas. (p. 120)

[...] **Súmula Vinculante**, após sua publicação na imprensa oficial, é de **cumprimento obrigatório pelo Judiciário e pela Administração Pública direta e indireta** de todas as esferas federativas, revestindo-se de força cogente para agentes, órgãos e entidades administrativas. (p. 121)

Corrente 3.2: Os precedentes judiciais, ao menos na ADI, ADC, ADPF e nos enunciados de súmulas vinculantes, vinculam a Administração Pública

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. Ed. Salvador: Juspovdm, 2015 (DCJ)

A jurisprudência, que consiste num conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido, também é uma importante fonte do Direito Administrativo, pois se ocupa em interpretar e aplicar os atos legislativos na resolução dos litígios de natureza administrativa. Conquanto não tenha a jurisprudência força obrigatória, ela representa importante guia de orientação aos juízes e tribunais na interpretação e aplicação das normas administrativas. A Constituição Federal de 1988, contudo, trouxe significativas novidades neste tema. **Não só estabeleceu os efeitos vinculantes das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade (ADI), na ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e na arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), como também criou a súmula vinculantes. Em ambos os casos, as decisões do STF vinculam e obrigam a Administração Pública direta e indireta dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.** (p. 23)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. Ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021 (MA e VP)

Embora as decisões judiciais, como regra, não tenham aplicação geral (eficácia erga omnes}, nem efeito vinculante – portanto, somente se imponham às partes que integraram o respectivo processo –, há que se ressaltar que nosso ordenamento constitucional estabelece que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações integrantes do **controle abstrato de normas (ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental)** produzem eficácia contra todos e **efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta**, nas esferas federal, estadual e municipal (CF, art. 102, §§ 1.º e 2.º).

Ademais, foi introduzida no direito brasileiro, pela EC 45/2004, a figura da **súmula vinculante**, que o Supremo Tribunal Federal pode aprovar a fim de tornar obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, a observância de suas decisões sobre matéria constitucional que não possuam, por si sós, tal eficácia (CF, art. 103-A).

Essas decisões judiciais com efeitos vinculantes ou com eficácia erga omnes não podem ser consideradas meras fontes secundárias de direito administrativo, e sim fontes principais, uma vez que alteram diretamente o ordenamento jurídico positivo, estabelecendo **condutas de observância obrigatória para toda a administração pública** (e para o próprio Poder Judiciário). (p. 5-6)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

No Brasil, até o advento da Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004,

a **jurisprudência, em regra, não vinculava, exceto quanto à decisão definitiva de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória de constitucionalidade de lei ou de ato normativo federal** (art. 102, § 2.º, CF). Com a nova redação dada ao art. 102, § 2.º, CF, tais **decisões produzem efeito vinculante, não apenas para o Poder Judiciário, como para a Administração Pública direta e indireta**. Também no art. 103-A, com seus parágrafos, introduzido pela mesma Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, o Supremo Tribunal Federal, observado o processo decisório interno, poderá aprovar **súmulas vinculantes**, tanto para o Poder Judiciário, quanto para a **Administração Pública direta e indireta**, em todas as esferas federativas. (p. 135)

Corrente 3.3: Os precedentes judiciais, ao menos na ADI, ADC, Repercussão Geral e nos enunciados de súmulas vinculantes, vinculam a Administração Pública

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

No entanto, não se poderia deixar de comentar que, inicialmente, a jurisprudência não tinha o poder de obrigar, quer a Administração, quer os demais órgãos do Poder Judiciário, porque não vigorava o princípio norte-americano do *stare decises*, segundo o qual a decisão judicial superior vincula as instâncias inferiores, para os casos idênticos, chamado, no Brasil, de **efeito vinculante, que hoje já está presente em nosso ordenamento**.

O texto constitucional de 1988 atribui **efeito vinculante às decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade**. Essas decisões, quando transitadas em julgado, **vinculam a atuação da Administração Pública Direta e Indireta** em todas as esferas de poder (art. 102, § 2º, da CF).

[...]a Reforma do Poder Judiciário, introduzida pela Emenda Constitucional n. 45, publicada no dia 31.12.2004, que instituiu a **súmula vinculante**, surge mais uma possibilidade de algumas decisões do Poder Judiciário ganharem esse efeito, conforme estabelece o art. 103-A do texto constitucional.

[...] Nesse mesmo prisma, um outro instrumento novo e muito importante para a jurisprudência nacional, também com **efeitos vinculantes, com o objetivo de criar um Direito de precedentes, de leading case, é a repercussão geral**.

[...]Nota-se, portanto, por esses e outros fatores que a jurisprudência tem ganhado muito espaço no Direito Administrativo e exerce um papel indiscutível de **fonte de uso obrigatório e com natureza vinculante em incontáveis situações, participando inegavelmente do conjunto normativo que conduz a atuação estatal**. (p. 58-61)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. Ed. Salvador: Juspovidm, 2020 (MC)

É importante salientar que - não obstante as decisões judiciais (em regra) não terem aplicação geral e, porque somente impostas às partes do processo, também não gozarem de força vinculante - a Constituição Federal, após alteração pela Emenda Constitucional n. 45/04, passou a admitir a **edição de súmulas vinculantes, expedidas pelo Supremo Tribunal Federal, com força para determinar a atuação da Administração Pública**.

[...] Ademais, a Carta Magna estabelece que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações integrantes do **controle concentrado de constitucionalidade, produzem eficácia contra todos e efeito vinculante** aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta nas esferas federal, municipal, estadual.

[...] Outrossim, o direito moderno, impulsionado pelo novo Código de Processo Civil, admite o Direito de Precedentes, tornando as decisões jurisprudenciais cada vez mais **relevantes na formação do direito e esse fenômeno atinge o Direito Administrativo**. Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal passa a **proferir decisões, com repercussão geral, que possuem caráter vinculante e orientador da atuação jurisdicional**. (p. 42-43)

Não abordam

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Conclusão

Vinculação aos precedentes judiciais

Corrente 1: Os precedentes judiciais possuem força normativa e efeito vinculante (MJF)

Corrente 2: Os precedentes judiciais devem ser observados pela Administração Pública, bem como ser considerados pela Administração, ainda que não sejam vinculantes (RCRO; ASA; MSZDP)

Corrente 3.1: Os precedentes judiciais, ao menos os enunciados de súmulas vinculantes, vinculam a Administração Pública (OM; IPN; AM)

Corrente 3.1: Os precedentes judiciais, ao menos na ADI, ADC, ADPF e nos enunciados de súmulas vinculantes, vinculam a Administração Pública (DCJ; MA e VP; DFMN)

Corrente 3.3: Os precedentes judiciais, ao menos na ADI, ADC, Repercussão Geral e nos enunciados de súmulas vinculantes, vinculam a Administração Pública (FM; MC)

Não aborda (CABM; JSCF)

DIVERGÊNCIA 130 - Mudança de lei durante o processo administrativo

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovdm, 2015 (DCJ)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021 (MA e VP)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (AM)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Conclusão

Mudança de lei durante o processo administrativo

Não abordam: (OM; ASA; MJF; CABM; DCJ; RCRO; IPN; FM; MSZDP; MA e VP; DFMN; AM; MC; JSCF)

DIVERGÊNCIA 131 - Recebimento e apreciação de recurso administrativo intempestivo

Corrente 1: O recurso administrativo intempestivo não deve ser, em regra, conhecido, mas em caso de ilegalidades percebidas, deverá ser apreciado para reexaminar a matéria, como meio de controle interno

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Havendo prazo para interposição, este tem caráter peremptório; **se o recurso é oferecido fora do prazo, a Administração, de regra, não o conhece**. Porém, **tendo em vista que o recurso administrativo também é meio de exercício do controle interno, se a autoridade administrativa verificar, pela sua leitura, a ocorrência de ilegalidade ou de medidas que ferem o interesse público, poderá, de ofício, determinar o reexame da matéria**. Nesse sentido dispõe a citada Lei nº 9.784/1999, no art. 63, I e §2º, nos seguintes termos, respectivamente: “O recurso não será conhecido quando interposto [...] fora do prazo”; “O não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa”. (p. 378)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Se o recurso for interposto intempestivamente, a **Administração poderá não conhecê-lo**, mas nada impede que, **no exercício da sua autotutela, aprecie a matéria** por controle administrativo ex officio. (p. 1206)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

O art. 63 indica que o recurso **não será conhecido quando interposto: (I) fora de prazo; (II) perante órgão incompetente; (III) por quem não seja legitimado; (IV) após esaurida a esfera administrativa (sem embargo de que "o não conhecimento dele não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal**, desde que não ocorrida a preclusão administrativa", conforme o § 22 do mesmo artigo). (p. 533)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

O **recurso não será conhecido quando interposto: fora do prazo**; perante órgão incompetente; por quem não seja legitimado; ou após exaurida a esfera administrativa. O **não conhecimento do recurso não impede, no entanto, que a Administração reveja seus atos ilegais de ofício**, com base no poder de autotutela, desde que não tenha ocorrido a preclusão administrativa. (p. 383)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Esse **recurso não será conhecido quando interposto fora do prazo** por parte ilegítima, perante órgão incompetente, devendo, nesse caso, a autoridade indicar a competente e reabrir o prazo de recurso, como também quando já estiver esgotada a esfera administrativa. O **não conhecimento do recurso não impede a Administração de rever de ofício o ato ilegal**, desde que não ocorrida preclusão administrativa. (p. 1103)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Na Lei nº 9.784, embora se estabeleça que o **recurso não será conhecido quando interposto fora do prazo** (art. 63, I), **admite-se que, nesse caso, a Administração possa rever de ofício o ato ilegal**, desde que não ocorrida preclusão administrativa. (p. 1677)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

A **Administração pode deixar de conhecer do recurso**, hipótese diversa da de julgar o recurso. O **recurso não será conhecido quando interposto: (a) fora do prazo**; (b) por pessoa sem legitimação; (c) após o esaurimento da instância administrativa; (d) perante órgão incompetente (nesta hipótese, a autoridade indicará ao interessado a autoridade competente, assegurando se àquele a devolução do prazo, para não sofrer prejuízo). Contudo, mesmo não conhecido o recurso, a **Administração pode exercer seu poder de autotutela, revendo de ofício o ato ilegal**, ressalvada, é óbvio, a hipótese de preclusão administrativa (art. 63, §§ 1º e 2º, da Lei 9.784). (p. 1743)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

A lei define situações nas quais a administração pública não admitirá o recurso administrativo. Nesse sentido, **não será conhecido o recurso sempre que for interposto fora do prazo**, se for apresentado após exaurida a esfera administrativa ou interposto por quem não seja legitimado para tanto. A lei prevê ainda o não recebimento de recursos interpostos perante órgão incompetente. Nesses casos, entretanto, será indicada ao recorrente a autoridade competente, sendo-lhe devolvido o prazo para recurso. Em virtude do princípio da autotutela, estampado na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, **o não conhecimento do recurso não impede a Administração de dever, de ofício, o ato ilegal**, desde que não ocorrida preclusão administrativa. Poderá ainda o órgão competente, para decidir o recurso, confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência. (p. 1203)

Corrente 2: O recurso administrativo intempestivo não deve ser conhecido

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (AM)

O recurso não será conhecido quando interposto: a) fora do prazo; b) perante órgão incompetente; c) por quem não seja legitimado; d) após exaurida a esfera administrativa. (p. 1694)

Não se posiciona

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021 (MA e VP)

A doutrina majoritariamente defende a possibilidade de a administração pública apreciar os recursos administrativos mesmo quando apresentados fora do prazo legal.

[...] A Lei 9.784/1999, aplicável a esfera federal, perfilhou essa lição da doutrina.

Os administrativistas, entretanto, costumam afirmar que essa possibilidade de rever de ofício o ato impugnado fora do prazo não existe se, na data de apresentação do recurso administrativo extemporâneo, já tiver ocorrido a prescrição judicial (p. 981)

Não abordam

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Conclusão

Recebimento e apreciação de recurso administrativo intempestivo

Corrente 1: O recurso administrativo intempestivo não deve ser, em regra, conhecido, mas em caso de ilegalidades percebidas, deverá ser apreciado para reexaminar a matéria, como meio de controle interno (OM; ASA; CABM; IPN; FM; MSZDP; MC; JSCF)

Corrente 2: O recurso administrativo intempestivo não deve ser conhecido (AM)

Não se posiciona: (MA e VP)

Não abordam: (MJF; DCJ; RCRO; DFMN)

DIVERGÊNCIA 132 - *Reformatio in pejus* em caso de sanção

Corrente 1.1: Possibilidade de *reformatio in pejus* em todos os processos administrativos

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (AM)

Desse modo, pode-se constatar que o dispositivo **não proíbe a reformatio in pejus nos processos administrativos**, isto é, **não há impedimento a que a decisão do recurso agrave a situação do recorrente**, exigindo-se apenas que ele seja cientificado para que formule suas alegações antes da decisão. (p. 1694)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Em sede de processo jurisdicional, vigora o princípio que impede o agravamento da situação do recorrente em sede de recurso, ou seja, interposto o recurso, a sua decisão não pode reformar a decisão impugnada para pior. A doutrina processualista designa este princípio de "proibição da reformatio in pejus

Na seara administrativa, não há vedação da reformatio in pejus e uma decisão de recurso administrativo poderá piorar a situação do recorrente, em respeito ao princípio da verdade material e da legalidade estrita da atuação administrativa. Nestes casos, se, do julgamento do recurso, puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão. (p. 1201)

Corrente 1.2: Possibilidade de *reformatio in pejus*, exceto nas revisões de processos administrativos dos quais resultem sanção

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

A tendência geral faz prevalecer o aspecto objetivo sobre o aspecto subjetivo, **admitindo-se a reformatio in pejus, excepcionada em algumas hipóteses – por exemplo: ao tratarem da revisão do processo disciplinar**, os Estatutos de Servidores, de regra, **vedam o agravamento da pena como consequência**. (p. 379)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidem, 2015 (DCJ)

Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada (art. 65). Contudo, **da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção** (parágrafo único, do art. 65), **não se admitindo aqui a reformatio in pejus, distintamente do recurso, no qual o agravamento da situação do recorrente é possível**, desde que este seja cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

Em síntese, **enquanto no recurso administrativo se admite a reforma para prejudicar o recorrente (a chamada reformatio in pejus), na revisão não.** (p. 569-570)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Em nossa opinião, a reformatio in pejus é possível no âmbito do processo administrativo, salvo as hipóteses de expressa vedação legal. Isto porque o processo administrativo, ao contrário do processo judicial, pode ser instaurado de ofício pela autoridade administrativa que deve pautar a decisão no princípio da verdade real e na legalidade (juridicidade). Dessa forma, verificada a ilegalidade da decisão recorrida ou a ausência de correlação entre a sanção e as provas constantes dos autos, **deve a autoridade superior aplicar a sanção que reputar mais adequada, ainda que agrave a situação do recorrente.** Ademais, independentemente de recurso voluntário, a autoridade superior, em razão da hierarquia, pode, de ofício, rever a decisão da autoridade inferior para correção de irregularidades, ainda que isso acarrete agravamento.

Nos processos administrativos federais, a legislação consagra a viabilidade da reformatio in pejus. Nesse sentido, o art. 64, parágrafo único, da Lei 9.784/1999 dispõe: “Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão”. **Situação diversa é aquela relacionada às revisões administrativas.** Enquanto no recurso administrativo, a parte interessada, no mesmo processo, prolonga a discussão quanto ao acerto da decisão perante a autoridade superior, na revisão administrativa, a autoridade, de ofício ou a pedido do agente, pode rever, a qualquer tempo, a sanção administrativa aplicada em processo administrativo encerrado, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção.

A revisão não pode resultar no agravamento da sanção anteriormente imposta, sendo aplicável, aqui, o princípio da reformatio in pejus, na forma prevista no art. 65, parágrafo único, da Lei 9.784/1999 e no art. 182, parágrafo único, da Lei 8.112/1990.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Note-se que no **âmbito do recurso de revisão de punição disciplinar é aplicada**, conforme determinação contida no parágrafo único do art. 182 da lei, a **proibição de reformatio in pejus**, in verbis: “da revisão do processo não poderá resultar agravamento de penalidade”. (p. 132)

Conforme visto, **enquanto os recursos em geral, tendo em vista a busca da verdade real, não se submetem à vedação da reformatio in pejus, sendo possível, portanto, à Administração Pública agravar a situação do recorrente, excepcionalmente no caso da revisão, que pode ser pleiteada a qualquer tempo, é proibido o agravamento da sanção.**

Nos demais recursos, o órgão competente para decidir poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida (art. 64 da Lei nº 9.784/99). Contudo, para que haja respeito ao contraditório, a lei exige que se da decisão do recurso puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão. (p. 383)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

No **julgamento do recurso**, a autoridade poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência, **admitindo, dessa maneira, a reformatio in pejus**, isto é, a reforma para agravar a situação do recorrente. Todavia, existindo tal possibilidade, o recorrente deve ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

Para o **julgamento da revisão, é vedada a reformatio in pejus**, não podendo o instrumento agravar a situação da parte. (p. 1104)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021 (MA e VP)

Conforme se constata, adotou o legislador regra distinta para possibilidade de aplicação da chamada reformatio in pejus. **Ela é permitida nos recursos administrativos em geral, mas é vedada especificamente na revisão dos processos de que resultem sanções.**(p. 1082)

Corrente 2: Vedação ao *reformatio in pejus* apenas no recurso de revisão de processos administrativos que resultem sanções

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

A lei ainda permite, no artigo 65, que nos processos administrativos de que resultem sanções a revisão se faça a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada, ficando expressamente vedado o agravamento da sanção. (p. 1458)

Corrente 3: Possibilidade de *reformatio in pejus* em casos de ilegalidade estrita da decisão proferida pela autoridade inferior, porém veda a possibilidade de agravamento da sanção por razões subjetivas

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

A questão tem sido colocada no tema pertinente aos recursos administrativos, para discutir-se a aplicação ou não desse princípio. É o caso, por exemplo, em que o indivíduo tenha sofrido uma sanção administrativa “A” e recorra para outra instância administrativa, visando à reforma do ato punitivo. A autoridade que aprecia o recurso verifica que, legalmente, a sanção adequada seria a sanção “B”, mais gravosa. **Eis a indagação: ter-se-ia que manter a sanção “A” ou poderia o administrador, reconhecendo a inadequação dessa punição, aplicar a sanção “B”?**

Embora haja algumas opiniões em contrário, parece-nos correta esta última alternativa.

Neste ponto, permitimo-nos fazer uma distinção sobre o tema. Quando admitimos **inaplicável o referido princípio no Direito Administrativo, consideramos que a matéria é de legalidade estrita**. É a hipótese em que o ato administrativo da autoridade inferior tenha sido praticado em desconformidade com a lei, conclusão extraída mediante critérios objetivos. Vejamos um exemplo: um servidor reincidente foi punido com a pena “A”, quando a lei determinava que a pena deveria ser a “B”, por causa da reincidência. A pena “A”, portanto, não atendeu à regra legal, o que se observa mediante critério meramente objetivo. Se o servidor recorre, e estando presentes os elementos que deram suporte à apenação, deve a autoridade julgadora não somente negar provimento ao recurso, como ainda corrigir o ato punitivo, substituindo a pena “A” pela “B”.

Suponhamos outra hipótese: o servidor foi punido com a pena “A” porque assim o entendeu a autoridade competente como resultado da apreciação das provas, dos elementos do processo, do grau de dolo ou culpa, dos antecedentes etc. **Observe-se que todos estes elementos foram considerados subjetivamente para a conclusão da comissão. Se o servidor recorre contra a pena “A”, não poderá a autoridade de instância superior proceder à nova avaliação subjetiva dos elementos do processo, para o fim de concluir aplicável a pena “B”, de caráter mais gravoso. Aqui sim, parece-nos aplicável a vedação à reformatio in pejus,** em ordem a impedir o agravamento da sanção para o recorrente. (p. 1707-1708)

Não se posiciona

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Quanto à **admissibilidade da reformatio in pejus em recurso administrativo** (possibilidade de o julgador, ao apreciar o recurso, acabar por substituir a decisão recorrida por uma outra ainda mais gravosa para o recorrente), **há duas visões**: sendo o recurso um instrumento de defesa de direitos, a reformatio in pejus não seria admitida, pois implicaria uma coação para que o administrado não recorresse; para outros, sendo o recurso também mecanismo de propiciar maior correção à atividade administrativa, a impossibilidade da reformatio in pejus coibiria o próprio exercício da autotutela administrativa, o que não seria admissível. (p. 1206-1207)

Não abordam

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Conclusão

***Reformatio in pejus* em caso de sanção**

Corrente 1.1: Possibilidade de *reformatio in pejus* em todos os processos administrativos (AM; MC)

Corrente 1.2: Possibilidade de *reformatio in pejus*, exceto nas revisões de processos administrativos dos quais resultem sanção (OM; DCJ; RCRO; IPN; FM; MA e VP)

Corrente 2: Vedação ao *reformatio in pejus* apenas no recurso de revisão de processos administrativos que resultem sanções (MSZDP)

Corrente 3: Possibilidade de *reformatio in pejus* em casos de ilegalidade estrita da decisão proferida pela autoridade inferior, porém veda a possibilidade de agravamento da sanção por razões subjetivas (JSCF)

Não se posiciona: (ASA)

Não abordam: (MJF; CABM; DFMN)

DIVERGÊNCIA 133 - Natureza jurídica do silêncio administrativo

Corrente 1: O silêncio administrativo é um “não ato”

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

O termo “**não ato**” significa as situações em que a Administração deixa de tomar decisões ou de editar ato, configurando o que se denomina, comumente, omissão, **silêncio ou inércia da Administração**. São hipóteses em que a Administração deveria editar um ato administrativo, no entanto mantém-se inerte. (p. 148)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021 (MA e VP)

Mesmo numa situação em que a administração permaneça deliberadamente inerte, exatamente com a finalidade de obter os efeitos jurídicos dessa inércia, **não se pode falar que tenha sido praticado um “ato administrativo”, pela razão singela de que um “não fazer” é o oposto de um ato: é um “não ato”**. (p. 461)

Corrente 2: O silêncio administrativo é uma omissão ilícita

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

O silêncio administrativo é uma ausência de manifestação de vontade por parte da Administração Pública, constituindo, muitas vezes, **omissão ilícita da Administração Pública** em relação a um ato administrativo que deveria ser editado geralmente em resposta a um requerimento do cidadão. Nesse caso – de haver requerimento do cidadão – o **silêncio da Administração já é, por si só, omissão ilícita** por violar o direito de petição constitucionalmente assegurado (art. 5º, XXXIV, a, CF/ 88 – a Constituição assegura o direito de petição aos órgãos e entidades públicas, o que abrange o direito de o pedido ser adequadamente apreciado, afastando até mesmo respostas meramente formais e burocráticas). (p. 314)

Corrente 3.1: O silêncio administrativo qualificado é um ato administrativo, enquanto o silêncio como omissão absoluta é um ato ilícito

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Se a omissão refletir a ausência de manifestação de vontade, não existirá ato administrativo em sentido próprio. Poderá até existir **ato ilícito**: se a Administração Pública omitir a manifestação de vontade quando estava obrigada a atuar, existirá ilicitude e incidirá o regime da responsabilidade civil. Mas não será possível, nos casos comuns, extrair da omissão administrativa efeito equivalente à manifestação de vontade em sentido determinado.

O silêncio da Administração Pública poderá gerar efeitos jurídicos de ato administrativo em sentido restrito quando for qualificável como manifestação de vontade. Isso pressupõe, portanto, o silêncio qualificado por algum outro evento. O silêncio como omissão absoluta apenas pode produzir um ato ilícito.

[...] Existem situações em que o direito determina que a Administração Pública deverá pronunciar-se obrigatoriamente e, desde logo, **qualifica o silêncio como manifestação de vontade em determinado sentido.** Nesses casos, a situação fática é bastante simples. **O silêncio configurará um ato administrativo** porque assim está determinado pelo direito. (p. 183-184)

Corrente 3.2: O silêncio administrativo é uma forma de manifestação de vontade quando assim a lei o prever

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Até mesmo o **silêncio pode significar forma de manifestação da vontade, quando a lei assim o prevê**; normalmente ocorre quando a lei fixa um prazo, findo o qual o silêncio da Administração significa concordância ou discordância. (p. 484)

Corrente 4.1: O silêncio administrativo é um fato administrativo

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Na verdade, o **silêncio não é ato jurídico**. Por isto, evidentemente, não pode ser ato administrativo. Este é uma declaração jurídica.

Quem se absteve de declarar, pois, silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum. **Tal omissão é um "fato jurídico" e, in casu, um "fato jurídico administrativo"**. Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio: o de conceder ou negar. Este efeito resultará do fato da omissão, como imputação legal, e não de algum presumido ato, razão por que é de rejeitar a posição dos que consideram ter aí existido um "ato tácito". (p. 422)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidm, 2015 (DCJ)

O silêncio da Administração Pública não é ato administrativo. Ato administrativo, como visto acima, é ato jurídico que emite uma declaração de vontade do Estado. Ora, quando a Administração se omite, silenciando-se a respeito de alguma providência que lhe competia, ela se abstém de declarar. Isto é, não declara coisa alguma, de modo que não praticou ato algum.

O silêncio administrativo é um fato jurídico que, por ser atribuído à Administração, qualifica-se como um fato administrativo. (p. 116)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

O silêncio administrativo compreende a ausência de manifestação da Administração, quando ela é provocada por administrado ou diante do dever de a autoridade praticar determinado ato. Mesmo se houver previsão legal de efeitos jurídicos na situação do silêncio administrativo, isso não significa tecnicamente que a Administração pratica ato a partir de sua omissão, pois inexistente manifestação formal de vontade.

Assim, diz-se que **se a lei atribuir o efeito de anuência tácita ou de denegação tácita, trata-se de fato administrativo e não de ato administrativo.** (p. 88)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

No direito público, todavia, não pode ser essa a solução a ser adotada. **Urge anotar, desde logo, que o silêncio não revela a prática de ato administrativo**, eis que inexistente manifestação formal de vontade; não há, pois, qualquer declaração do agente sobre sua conduta. **Ocorre, isto sim, um fato jurídico administrativo**, que, por isso mesmo, há de produzir efeitos na ordem jurídica. (p. 243)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020 (MC)

De fato, conforme analisado, um dos pressupostos básicos para a existência de um determinado ato administrativo é a exteriorização da vontade em uma forma especificada na legislação atinente à matéria, razão pela qual, pode-se considerar que a ausência de conduta **não configura ato administrativo, mas tão somente fato da administração**, apto a produzir feitos, em determinadas situações, mediante previsão de lei. (p. 278)

Corrente 4.2: O silêncio administrativo é um fato administrativo, mas excepcionalmente é ato administrativo que representa a manifestação da vontade estatal

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Discute-se, no entanto, a viabilidade de o silêncio administrativo (omissão administrativa ou “não ato”) configurar forma legítima de manifestação de vontade administrativa. A omissão, no caso, **não é um ato administrativo**, pois inexistente manifestação formal da vontade da Administração, razão pela qual **deve ser configurada como fato administrativo**.

No direito civil, o silêncio do particular representa, normalmente, consentimento tácito (art. 111 do Código Civil).⁴ Ao revés, no Direito Administrativo, o silêncio não configura, em regra, consentimento estatal.

Vale dizer: o **silêncio administrativo não representa a manifestação de vontade da Administração**.

[...] **Excepcionalmente, o silêncio representará a manifestação de vontade administrativa** quando houver previsão legal expressa nesse sentido (ex.: art. 26, § 3.º, da Lei 9.478/1997). Nesses casos, o silêncio importará concordância ou não com determinada pretensão do administrado. (p. 510-511)

Corrente 4.3: O silêncio administrativo é um fato administrativo, salvo se a lei estabelecer prazo para resposta, hipótese na qual será caracterizado como abuso de poder

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (AM)

É certo que **silêncio não é ato administrativo** por ausência de exteriorização de comando prescritivo. Trata-se de **simples fato administrativo** porque o silêncio nada ordena. **Diferente é a situação quando a lei não atribuir significado ao silêncio Administrativo. [...] Se a lei estabelecer prazo para resposta, o silêncio administrativo**, após transcurso do lapso temporal, caracteriza **abuso de poder**. (p. 467)

Não se posiciona

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Segundo essa orientação, o *silêncio não é ato jurídico* e, por conseguinte, não é ato administrativo, porque ambos dependem de uma declaração jurídica, de uma manifestação, faltando, assim, a condição para a sua existência, que é a exteriorização da vontade. Se, por hipótese, fosse admitido o silêncio como ato, ele seria, no mínimo, ilegal, em razão da ausência de formalização e de motivação, e deveria ser retirado do ordenamento jurídico.

Para eminentes juristas, como José dos Santos Carvalho Filho, Diógenes Gasparini, Celso Antônio Bandeira de Mello, o **silêncio também caracteriza um fato administrativo** e, por isso, pode produzir efeitos na ordem jurídica, tanto para o agente que se omitiu, quanto para o administrado que busca um provimento administrativo, não existindo normalmente previsão legal para esses efeitos. (p. 336)

Não aborda

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Conclusão

Natureza jurídica do silêncio administrativo

Corrente 1: O silêncio administrativo é um “não ato” (OM; MA e VP)

Corrente 2: O silêncio administrativo é uma omissão ilícita (ASA)

Corrente 3.1: O silêncio administrativo qualificado é um ato administrativo, enquanto o silêncio como omissão absoluta é um ato ilícito (MJF)

Corrente 3.2: O silêncio administrativo é uma forma de manifestação de vontade quando assim a lei o prever (MSZDP)

Corrente 4.1: O silêncio administrativo é um fato administrativo (CABM; DCJ; IPN; JSCF; MC)

Corrente 4.2: O silêncio administrativo é um fato administrativo, mas excepcionalmente é ato administrativo que representa a manifestação da vontade estatal (RCRO)

Corrente 4.3: O silêncio administrativo é um fato administrativo, salvo se a lei estabelecer prazo para resposta, hipótese na qual será caracterizado como abuso de poder (AM)

Não se posiciona: (FM)

Não aborda: (DFMN)

DIVERGÊNCIA 134 - (Im)possibilidade de efeito ao silêncio quando não houver lei expressa

Corrente 1.1: O silêncio administrativo produz efeitos somente nos casos de previsão expressa em lei

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Em regra, o silêncio administrativo, apesar de poder ser atacado judicialmente, forçando-se a Administração a emitir o ato, **não gera, por si só, efeitos jurídicos, salvo nos casos em que a lei expressamente atribuir efeitos ao silêncio.** (p. 315)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Se o particular requerer alvará de construção e a Administração Pública silenciar-se, será descabido reputar que o **silêncio estatal equivale à autorização para o particular fazer o que bem entender – ressalvada a hipótese de lei determinar que a omissão administrativa equivale ao deferimento.** (p. 92)

O silêncio qualificado é aquele que permite inferir a vontade da Administração Pública em determinado sentido, a isso se somando a possibilidade de reconhecer a omissão como manifestação daquela vontade. **O silêncio qualificado é um modo de exercer a função administrativa. Mas a qualificação do silêncio depende da disciplina jurídica.** (p.183)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Excepcionalmente, o silêncio representará a manifestação de vontade administrativa quando houver previsão legal expressa nesse sentido (ex.: art. 26, § 3.º, da Lei 9.478/1997). Nesses casos, o silêncio importará concordância ou não com determinada pretensão do administrado. (p. 511)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Até mesmo o silêncio pode significar forma de manifestação da vontade, **quando a lei assim o prevê**; normalmente ocorre quando a lei fixa um prazo, findo o qual o silêncio da Administração significa **concordância ou discordância**. (p. 484)

Corrente 1.2: O silêncio administrativo produz efeito concessivo ou denegatório somente nos casos de previsão expressa em lei, caso contrário, enseja ao administrado demandar judicialmente

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Em alguns casos a lei atribui dado efeito ao silêncio. Estabelece que, decorrido in albis o prazo nela previsto para pronunciamento da Administração, considera-se deferida ou indeferida (que é o mais comum) a pretensão do administrado⁴⁹ ou, então, que o ato sob controle está confirmado ou infirmado. (p. 421)

[...] As consequências do silêncio em relação ao administrado cuja postulação ficou irrespondida também não apresentam dificuldades de monta para serem deduzidas. **Deveras, nos casos em que a lei atribui dado efeito ao silêncio, o problema já está de per si resolvido.**

Com efeito, se o efeito legal previsto era concessivo, o administrado está atendido; se era denegatório, poderá demandar judicialmente que a Administração se pronuncie, se o ato omitido era de conteúdo discricionário, pois faz jus a uma decisão motivada; se, pelo contrário, o ato era de conteúdo vinculado e o administrado fazia jus a ele, demandará que o juiz supra a omissão administrativa e lhe defira o postulado.

Nos casos em que a lei nada dispõe, as soluções seguem, mutatis mutandis, equivalente diapasão. **Decorrido o prazo legal previsto para a manifestação administrativa, se houver prazo normativamente estabelecido, ou, não havendo, se já tiver decorrido tempo razoável** (cuja dilação em seguida será mencionada), o administrado poderá, conforme a hipótese, **demandar judicialmente**. (p. 424)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidem, 2015 (DCJ)

Se a **própria lei atribuir efeito ao silêncio da Administração, o problema está solucionado**.

A consequência é aquela que a lei estabelecer: concessiva ou denegatória do pedido. Se concessivo o efeito, o pleito do administrado estará atendido. Mas se for denegatório o efeito legal atribuído à omissão da Administração, o administrado pode propor ação judicial para: a) se o ato omitido era de

conteúdo discricionário, requerer que o juiz determine que a Administração Pública se pronuncie, pois tem o administrado o direito a uma decisão motivada; b) se o ato omitido era de conteúdo vinculado, para requerer que o juiz supra diretamente a omissão e lhe conceda o pedido.

Outro tanto sucede na hipótese de inexistir previsão legal do efeito do silêncio da Administração. Destarte, decorrido o prazo legal ou, não havendo este, expirado tempo razoável para a Administração se manifestar, pode o Administrado, que tem o direito a uma manifestação rápida da Administração, ingressar em juízo com ação adequada para postular: a) que o juiz determine o pronunciamento da Administração Pública, em prazo que estipular, pois o administrado tem o direito a uma decisão motivada, quando o ato omitido era de conteúdo discricionário; b) que o juiz determine que a Administração Pública conceda o pedido e expeça o ato, quando o ato omitido era de conteúdo vinculado e o administrado tinha o direito de obtê-lo. (p. 117)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

No entanto, o Direito Administrativo não adotou a resposta dada pelo Direito Civil ao silêncio, **mas admite para o silêncio administrativo duas soluções**: em primeiro lugar, aquela que a **lei determina para o caso concreto**; e se **não houver texto normativo** que especifique a consequência da omissão: (a) diante de ato de conteúdo vinculado, a que o titular preencha objetivamente os requisitos legais, pode-se **pleitear em juízo** que seja suprida a omissão administrativa; e (b) se o ato tiver caráter discricionário, o juiz pode fixar prazo para que a Administração se pronuncie, cominando, inclusive, conforme enfatiza Celso Antônio Bandeira de Mello, multa diária para a emissão de um pronunciamento motivado por parte da autoridade competente. (p. 89)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Para a doutrina majoritária, o silêncio administrativo não produz nenhum efeito, salvo quando a lei – reconhecendo o dever da Administração de agir, atribui esse resultado, admitindo-se, nesse caso, a possibilidade de uma anuência tácita, ou até, de efeito denegatório do pedido, contrariando o interesse de peticionário. **Nessas hipóteses – em que a lei atribui efeito ao silêncio – o mesmo não decorre do silêncio, e sim da previsão legal.**

[...] Quanto ao dever de pronunciamento do administrador, é possível que o legislador estabeleça um prazo para que o ato seja praticado e, caso não o pratique, gerará para o **administrado a possibilidade de, junto ao Poder**

Judiciário, questionar a conduta do agente que descumpriu um dever legal de decidir.

[...] Atualmente, mesmo que a **lei não estabeleça prazo algum, também é possível esse questionamento na via judicial** quando o administrador demora excessivamente para praticá-lo, fugindo dos padrões de tolerância e razoabilidade. (p. 336-337)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (AM)

Se a lei estabelecer que o decurso de prazo sem manifestação da Administração implica aprovação da pretensão, o silêncio administrativo adquire o significado de aceitação tácita. Nessa hipótese, é desnecessária apresentação de motivação.

Em outros casos, a **legislação pode determinar que a falta de manifestação no prazo estabelecido importa rejeição tácita** do requerimento formulado. Nesse caso, a Administração pode ser instada, inclusive judicialmente, a apresentar os motivos que conduziram à rejeição da pretensão do administrado.

[...] Diferente é a situação quando **a lei não atribuir significado ao silêncio administrativo**. O art. 48 da Lei n. 9.784/99 determina que a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência. Em princípio, deve-se considerar que, enquanto pendente de decisão administrativa, a pretensão do particular permanece indeferida.

Se a lei estabelecer prazo para resposta, o silêncio administrativo, após transcurso do lapso temporal, caracteriza abuso de poder, ensejando a impetração de mandado de segurança, habeas data, medida cautelar, mandado de injunção ou ação ordinária, com fundamento na ilegalidade da omissão. Entretanto, não havendo prazo legal para resposta, admite-se também o uso das referidas **medidas judiciais com base no dever de observância de duração razoável do processo administrativo** (art. 5º, LXXVIII, da CF). (p. 466-467)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Em nosso entendimento, é preciso distinguir, de um lado, a hipótese em que a lei já aponta a consequência da omissão e, de outro, **aquela em que na lei não há qualquer referência sobre o efeito que se origine do silêncio. No primeiro caso, a lei pode indicar dois efeitos: (1º) o silêncio importa manifestação positiva (anuência tácita); (2º) o silêncio implica manifestação denegatória.**

[...] O mais comum, entretanto, é a hipótese em que a **lei se omite sobre a consequência do silêncio administrativo**. Em tal circunstância, a omissão pode ocorrer de duas maneiras: (1ª) com a **ausência de manifestação volitiva no prazo fixado na lei**; (2ª) com a **demora excessiva** na prática do ato quando a lei não estabeleceu prazo, considerada excessiva aquela que refoge aos padrões de tolerabilidade e razoabilidade. Em semelhantes situações, o interessado faz jus a uma definição por parte da Administração, valendo-se, inclusive, do direito de petição, assegurado no art. 5º, XXXIV, “a”, da vigente Constituição. Caso não tenha êxito na via administrativa para obter manifestação comissiva da Administração, não restará para o interessado outra alternativa senão recorrer à **via judicial**. (p. 243-244)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020 (MC)

Sendo assim, embora se trate de matéria divergente na doutrina, majoritariamente, **pode se definir que o silêncio da Administração Pública, diante de determinada situação, não produz qualquer efeito, ressalvadas as hipóteses em que o próprio texto legal determinar** o dever de agir do poder público, definindo que a ausência de conduta ensejará a **aceitação tácita de determinado fato ou até mesmo a negativa** pelo decurso do tempo. Nestes casos, pode-se entender que o efeito decorre da disposição legal que atribui à não atuação determinadas consequências específicas e não do silêncio, propriamente considerado.

[...] **Não havendo previsão legal acerca da matéria**, não somente se determina que não haverá produção de efeitos pelo silêncio, como é possível se definir que esse configura ilegalidade cometida pelo ente estatal. [...] Sendo assim, diante de provocação feita pelo particular, a **inércia administrativa se apresenta como ilicitude sanável por meio de provocação ao Poder Judiciário**. (p. 278-279)

Não se posicionam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Às vezes as **normas atribuem efeitos** à omissão ou silêncio administrativos; em geral lhe é dado sentido de negação do solicitado; em alguns casos, a norma lhe confere sentido de acolhimento. (p. 148)

Não abordam

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021 (MA e VP)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

Conclusão

(Im)possibilidade de efeito ao silêncio quando não houver lei expressa

Corrente 1.1: O silêncio administrativo produz efeitos somente nos casos de previsão expressa em lei (ASA; MJF; RCRO; MSZDP)

Corrente 1.2: O silêncio administrativo produz efeito concessivo ou denegatório somente nos casos de previsão expressa em lei, caso contrário, enseja ao administrado demandar judicialmente (CABM; DCJ; IPN; FM; AM; JSCF; MC)

Não se posicionam (OM)

Não abordam (MA e VP; DFMN)

DIVERGÊNCIA 135 - Viabilidade da produção de efeito positivo quando o resultado for contrário ao ordenamento

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021 (MA e VP)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (AM)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020 (MC)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Conclusão

Viabilidade da produção de efeito positivo quando o resultado for contrário ao ordenamento

Não abordam: (OM; ASA; MJF; CABM; DCJ; RCRO; IPN; FM; MSZDP; MA e VP; DFMN; AM; MC; JSCF)

DIVERGÊNCIA 136 - Necessidade de prévio processo administrativo como condição da ação para o ajuizamento de demanda contra a Administração Pública

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021 (MA e VP)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (AM)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020 (MC)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Conclusão

Necessidade de prévio processo administrativo como condição da ação para o ajuizamento de demanda contra a Administração Pública

Não abordam: (OM; ASA; MJF; CABM; DCJ; RCRO; IPN; FM; MSZDP; MA e VP; DFMN; AM; MC; JSCF)

DIVERGÊNCIA 137 - Necessidade de esgotamento da via administrativa para o ajuizamento de demanda contra a Administração Pública

Corrente 1: Não se exige exaustão da via administrativa para ingressar em juízo, salvo disposição expressa no ordenamento jurídico

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (OM)

Uma das consequências extraídas do princípio da proteção judiciária situa-se na regra da **não exigência de exaustão prévia da via administrativa para que se possa ingressar em juízo**. Assim, quem sofrer lesão a direito ou estiver sob ameaça de lesão a direito, advinda de atividade da Administração, não é obrigado a interpor recurso administrativo primeiro, para depois, decidido este, ajuizar uma ação.

[...] Um caso de prévio esgotamento das vias administrativas vem indicado na Lei nº 11.417, de 19.12.2006 – edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante.

[...] **Outro caso de prévio uso da via administrativa encontra-se na Lei nº 9.507, de 12.11.1997 – habeas data.** (p. 392)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

O art. 5º, XXXV, CF, garante que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito, genericamente considerado, ou seja, independentemente de ele ser individual, coletivo ou difuso, pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Sendo assim, **é vedado impor o esgotamento da via administrativa para que se possa acionar o Judiciário**. (p. 1134)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovdm, 2015 (DCJ)

Enfim, a partir de considerações acerca da legitimidade ou legalidade, **nenhum ato da Administração escapa ao controle judicial**. Isso se confirma na medida em que a Carta Magna consagrou entre nós o sistema da jurisdição una, pois, nos termos do art. 50, inciso xxxv, da Constituição Federal, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Exceção a esse princípio da inafastabilidade do controle judicial repousa no art. 217, § 10, segundo o qual o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições

desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. (p. 620)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019 (IPN)

Mesmo com a interposição de recursos em órgãos da própria Administração, **sempre remanesce a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, não havendo mais no sistema atual a exigência contida nas Constituições anteriores de prévio esgotamento da via administrativa**, pois o inciso XXXV do art. 5º da Constituição de 1988 não repetiu a parte final do § 4º95 do art. 153 da Carta anterior. (p. 32)

[...] No entanto, o uso da reclamação, de acordo com o art. 7º, § 1º, da Lei nº 11.417/2006, somente será admitido após o esgotamento das vias administrativas.

Como compatibilizar tal exigência legal com o princípio constitucional da inafastabilidade ou indeclinabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV? Ora, **nada impede que o administrado entre diretamente no Poder Judiciário, sem adentrar na via administrativa ou sem a necessidade de esgotá-la**, mas ele não poderá fazer uso de reclamação perante o STF, pois esse instrumento específico tem como requisito o prévio esgotamento das vias recursais administrativas que, caso não haja disciplina específica que preveja duas ou mais de três instâncias, ocorre após três instâncias, conforme dispõe a lei geral federal. (p. 383)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021 (MA e VP)

Em síntese, embora no Brasil sejam comuns processos, procedimentos, e mesmo litígios, instaurados e solucionados em âmbito administrativo, **sempre que o administrado entender que houve lesão a direito seu, poderá recorrer ao Poder Judiciário, antes ou depois de esgotada a via administrativa**. O Poder Judiciário, uma vez provocado, poderá confirmar o entendimento esposado pela administração, ou modificá-lo.

A rigor, muito embora tenhamos dito que o administrado “sempre” pode recorrer ao Poder Judiciário “antes ou depois de esgotada a via administrativa”, convém anotar a existência, em nosso direito, de pelo menos **quatro hipóteses nas quais se exige o esgotamento**, ou a utilização inicial da via administrativa, como condição para acesso ao Poder Judiciário, a saber:

a) só são admitidas pelo Poder Judiciário ações relativas à disciplina e às competições desportivas depois de esgotadas as instâncias da “justiça

desportiva” (CF, art. 217, § 1.º); apesar do nome “justiça desportiva”, trata-se de órgãos de natureza administrativa;

b) o ato administrativo, ou a omissão da administração pública, que contrarie súmula vinculante só pode ser alvo de reclamação ao Supremo Tribunal Federal depois de esgotadas as vias administrativas (Lei 11.417/2006, art. 7.º, § 1.º);

c) segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “a prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no habeas data. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do habeas data” observe-se que, aqui, basta a existência de um requerimento administrativo prévio, sem necessidade de esgotamento das instâncias administrativas;

d) o Supremo Tribunal Federal firmou também a orientação de que, em regra, para restar caracterizado o interesse de agir em ações judiciais contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) relativas a concessão de benefícios previdenciários, é necessário o prévio requerimento administrativo do benefício, deixando assente que tal exigência “é compatível com o art. 5.º, XXXV, da Constituição” e “não se confunde com o esgotamento das vias administrativas”? (p. 8-9)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020 (MC)

Observe-se, ainda, que a adoção do sistema de jurisdição única não implica a vedação à existência de solução de litígios na esfera administrativa. Ao contrário, a Administração Pública tem poder para efetivar a revisão acerca dos seus atos, independentemente de provocação de qualquer interessado.

Ocorre que a decisão administrativa não impede que a matéria seja levada à apreciação do Poder Judiciário.

Assim, é possível a provocação do Judiciário para análise de controvérsias ainda que já se tenham esgotado as instâncias administrativas e independentemente disso, ou seja, não se pode exigir a decisão final em sede administrativa como requisito para ingresso em demanda judicial. Com efeito, **o particular poderá optar pelo Judiciário, sem a necessidade de esgotamento das instâncias administrativas. A exceção** está definida no art. 217, §1º da Constituição que dispõe que "O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei. (p. 419)

Corrente 2: Não se exige exaustão da via administrativa para ingressar em juízo, apenas a ocorrência de lesão ou ameaça a direito

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Ocorre, no entanto, que **ninguém é obrigado a recorrer às vias administrativas** de modo que, querendo, pode o interessado deixar exaurir o prazo para recorrer e propor ação judicial, isto porque, exaurido aquele prazo, o ato já começa a causar lesão. A partir daí, começa a correr a prescrição judicial e surge o interesse de agir para ingresso em juízo.

A Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, no artigo 153, § 4º, **previa a possibilidade de a lei instituir a exaustão das vias administrativas como condição para propositura de ação. Essa exigência não chegou a ser disciplinada e não foi repetida na Constituição de 1988. O que se exige é apenas a ocorrência de lesão ou ameaça a direito, com base no artigo 5º, XXXV, da Constituição, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.** (p. 1665)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014 (DFMN)

[...] mesmo existindo na Lei uma previsão de recurso administrativo, para que o paciente exerça o controle introverso, **ele não estará obrigado a esgotá-lo para ter acesso ao Poder Judiciário.**

Com efeito, ao consagrar o sistema de controle da jurisdição una, a **Constituição impede**

que o legislador ordinário restrinja ou condicione a invocação do controle jurisdicional ao esgotamento de vias administrativas, uma vez que, existindo um direito à tutela judicial, direta e imediata, quando se trate de **lesão ou ameaça de lesão**, é inadmissível negá-la para manter irremediado o direito do paciente e sem sanção o vício do ato. Essa situação não se configura se o recurso administrativo for recebido sob efeito suspensivo, já que, nesta hipótese, lesão ou ameaça ficariam afastadas. (p. 762)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (AM)

Cabe ao interessado, **sentindo-se prejudicado por alguma decisão da Administração, escolher entre o recurso administrativo ou a impugnação diretamente no Judiciário** (art. 5º, XXXV, da CF: “a lei não

excluirá da apreciação do Poder Judiciário **lesão ou ameaça a direito**”). Isso porque não existe no Brasil a necessidade de esgotamento da via administrativa como condição para recorrer ao Judiciário. (p. 214)

Corrente 3: Não se exige prévio requerimento administrativo para ajuizamento de ação desde que haja posição do órgão administrativo notória e costumeiramente contrária à pretensão

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Ressaltamos esse aspecto, porque é comum ouvir-se a indagação: é preciso exaurir antes a via administrativa para só depois recorrer-se ao Judiciário?

O enfoque para o momento de recorrer ao Judiciário não deve levar em conta o exaurimento da via administrativa, tal como é comumente entendido, mas sim a operatividade ou não do ato ou da conduta administrativa que o interessado pretenda contestar. Se a exaustão ocorrer porque o interessado percorreu efetivamente todas as instâncias, é possível ajuizar a ação porque a decisão final tornou operante a vontade administrativa. Se, por outro lado, o interessado deixou passar em branco o prazo para recorrer, ou se renunciou ao recurso, esse fato também torna operante a vontade administrativa e possibilita o recurso à esfera judicial. Com isso, **é possível concluir que o recurso ao Judiciário sempre será possível quando haja efetiva lesão ou ameaça de lesão ao direito do indivíduo.**

[...] A **Constituição, porém, abriu uma fenda no sistema**, e exatamente porque o fez averbou-a em termos expressos. Dispõe o art. 217, § 1º, da CF: “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”. Não custa advertir, todavia, que a questão concernente ao esgotamento da via administrativa não se confunde com o interesse de agir, que espelha uma das condições da ação. Se o administrado propõe ação contra a Administração, é de presumir-se que tenha formulado requerimento na via administrativa e que este tenha sido indeferido. O ato de indeferimento traduz o interesse de agir do administrado, objetivando a correção do ato. Mas, se postula diretamente no Judiciário, faltar-lhe-á interesse para a pretensão, ensejando a extinção do processo sem resolução do mérito. **A propositura direta da ação só é cabível quando a posição do órgão administrativo é notória e costumeiramente contrária à pretensão; nesse caso, dispensável será o requerimento administrativo.** (p. 1711-1712)

Não abordam

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

Conclusão

Necessidade de exaurimento da via administrativa para o ajuizamento de demanda contra a Administração Pública

Corrente 1: Não se exige exaustão da via administrativa para ingressar em juízo, salvo disposição expressa no ordenamento jurídico (OM; ASA; DCJ; IPN; MA e VP; MC)

Corrente 2: Não se exige exaustão da via administrativa para ingressar em juízo, apenas a ocorrência de lesão ou ameaça a direito (MSZDP; DFMN; AM)

Corrente 3: Não se exige prévio requerimento administrativo para ajuizamento de ação desde que haja posição do órgão administrativo notória e costumeiramente contrária à pretensão (JSCF)

Não abordam: (MJF; CABM; RCRO; FM)

DIVERGÊNCIA 138 - Espécies de atos da Administrativos

Corrente 1.1: Não distingue atos administrativos de atos da Administração, mas afirma que os atos administrativos englobam as manifestações unilaterais, atos normativos e atos políticos

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Ato administrativo é, assim, a manifestação unilateral de vontade da administração pública que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes.

[...] Por outro lado, **cuidando de não limitar o conceito de ato administrativo apenas às manifestações de vontade concretas**, não se o reduzirá tampouco, a um conceito material, tornando-se necessário **estendê-lo às manifestações de vontade abstratas** praticadas pelas administrações de qualquer dos três Poderes, bem como e pelas dos órgãos constitucionalmente independentes.

Assim, **ficam excluídas apenas as atividades que sejam formalmente legislativas** (emenda à Constituição, lei complementar à Constituição, lei ordinária, lei delegada, medida provisória, decreto legislativo e resolução), **mas compreendidos todos os demais atos normativos** praticados por magistrados, legisladores e outros agentes, inclusive dos órgãos constitucionalmente autônomos, na gestão introversa de seus respectivos atos, serviços, bens e pessoal, além de todos aqueles atos, extroversos e introversos, de competência do Poder Executivo.

[...] Finalmente, **voltando ao ato político**, vale o que foi explanado ao se tratar da chamada função de governo: a conclusão, aqui, como lá, é que, **no sistema jurídico brasileiro inexistente o ato político como uma categoria distinta**, como o entende a jurisprudência do Conselho de Estado francês, ou seja, como ato dotado de singular autonomia, praticado legis soluto, vale dizer, em espaço de liberdade neutro para o Direito, que lhe garantiria imunidade à apreciação judiciária.

Corrente 1.2: Não distingue atos administrativos de atos da Administração, mas afirma que os atos administrativos englobam os atos políticos e atos normativos e excluem os atos de direito privado praticados pela Administração Pública

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Por outro lado, como a expedição do ato administrativo pressupõe o exercício de atividade administrativa, **caso a Administração Pública pratique atos sem ser no exercício de função propriamente administrativa, não praticará ato administrativo**. Em outras palavras, para praticar atos administrativos, a Administração Pública tem de agir nessa qualidade, ou seja, com supremacia de Poder Público. **Ao se nivelar ao particular, pratica um ato de Direito Privado, e não um ato administrativo** (por exemplo, são atos privados as emissões de cheques pelo Estado), não possuindo, em relação a ele, qualquer prerrogativa própria da função administrativa: não poderá, por exemplo, revogá-lo ou anulá-lo unilateralmente.

[...] Para os que, como nós, consideram o caráter político um aspecto que reveste, com maior ou menor intensidade, todas as funções e atos do Estado, e que ele não importa exceção, a priori, ao controle jurisdicional, **os atos políticos praticados pela Administração Pública também teriam a natureza de atos administrativos**, ainda que dotados de elevadíssima discricionariedade.

Quanto aos atos normativos da Administração Pública, para os que reduzem o conceito de função administrativa à execução concreta da lei, esses atos, que por definição são gerais e abstratos, não seriam atos administrativos.

Já para os que – e estes são majoritários – adotam conceito mais amplo de função administrativa, à luz, principalmente, de sua submissão à lei, **os atos normativos expedidos pela Administração Pública são uma das espécies de ato administrativo**. Para eles, com os quais concordamos, a Administração Pública pode executar, isto é, implementar a lei, tanto de forma imediatamente concreta como essa atuação concreta pode ser mediada por um ato anterior geral e abstrato.

O regulamento densifica, detalha, as normas da lei para a sua posterior aplicação concreta pela Administração Pública. (312-314)

Corrente 1.3: Não distingue atos administrativos de atos da Administração, mas afirma que os atos administrativos englobam os atos normativos e atos materiais e excluem os atos praticados por particular no exercício de sua autonomia, ainda que produza efeitos sobre a Administração

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

O ato administrativo é produzido no exercício da função administrativa. Isso significa excluir da categoria de ato administrativo aquele que,

embora produzindo efeitos no âmbito do direito administrativo, seja praticado por um particular no exercício de sua autonomia privada. Assim, a formulação de proposta numa licitação não é um ato administrativo, já que o licitante não desempenha função administrativa. [...] Costuma-se afirmar que os atos materiais da Administração Pública não são atos administrativos. [...] Discorda-se desse entendimento, reputando-se que **todos os atos que correspondam ao modelo normativo e envolvam o desenvolvimento de função administrativa são administrativos.** Por isso, mesmo os atos de pura execução estão abrangidos na categoria. Mais precisamente, **reputa-se que os atos materiais, de pura execução, produzem um efeito jurídico de cunho extintivo ou satisfativo.** Assim, por exemplo, a varredura das ruas é um ato administrativo, porque reflete a satisfação de um dever jurídico e traduz o exercício da função administrativa [...] Quanto ao conteúdo, os **atos administrativos podem ser normativos e não normativos.** (p. 173-175)

Corrente 1.4: Não distingue atos administrativos de atos da Administração, mas afirma que os atos administrativos englobam somente as manifestações unilaterais, excluindo-se desta classificação os bilaterais, plurilaterais, atos de direito privado, atos materiais e atos políticos

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

A exteriorização da vontade administrativa pode ocorrer de diversas formas, notadamente por meio de **manifestações unilaterais (atos administrativos)**, bilaterais (contratos da Administração) ou plurilaterais (consórcios e convênios).

O ato administrativo é a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública e de seus delegatários, no exercício da função delegada, que, sob o regime de direito público, pretende produzir efeitos jurídicos com o objetivo de implementar o interesse público.

[...] No âmbito da Administração Pública, é preciso verificar a natureza da atividade exercida para caracterização do ato administrativo, pois a **Administração, além dos atos administrativos, edita atos privados que não se vinculam ao exercício de função administrativa**

[...] Os **atos administrativos não se confundem com os fatos administrativos.** Aliás, no Direito Civil é comum a distinção entre atos e fatos jurídicos.

No primeiro caso, os atos administrativos, espécies de atos jurídicos, representam a vontade da Administração preordenada ao atendimento da finalidade pública. [...] Os **fatos administrativos, por sua vez, são eventos materiais** que podem repercutir no mundo jurídico.

[...] A **distinção entre ato administrativo e ato de governo (político)** remete à tradicional dicotomia **função administrativa (Administração)** e **função política (Governo)**. (p. 506-509)

Corrente 2.1: Ato administrativo é espécie do gênero atos da Administração, aquele engloba a vontade emanada da Administração Pública, este engloba os atos privados e atos materiais, excluindo-se os atos políticos

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

A expressão **atos da Administração** traduz sentido amplo e indica todo e qualquer ato que se origine dos inúmeros órgãos que compõem o sistema administrativo em qualquer dos Poderes.

[...] Na verdade, **entre os atos da Administração se enquadram atos que não se caracterizam propriamente como atos administrativos**, como é o caso dos **atos privados da Administração**. No mesmo plano estão os **atos materiais**, que correspondem aos fatos administrativos, noção vista acima: são eles atos da Administração, mas não configuram atos administrativos típicos.

[...] Alguns autores aludem também aos **atos políticos ou de governo**. **Não concordamos, porém, com tal referência**, vez que entendemos que tais atos estão fora das linhas dos atos da Administração.

[...] Consideramos, todavia, que **três pontos são fundamentais para a caracterização do ato administrativo**. Em primeiro lugar, é necessário que a **vontade emane de agente da Administração Pública** ou dotado de prerrogativas desta. Depois, seu conteúdo há de propiciar a produção de efeitos jurídicos com fim público. Por fim, deve toda essa categoria de atos ser regida basicamente pelo direito público.

[...] As linhas do conceito que firmamos **redundam na exclusão, como atos administrativos típicos, dos atos privados da Administração e dos fatos administrativos não produtores de eficácia jurídica, estes meros atos materiais**, como anteriormente já tivemos a oportunidade de ver.

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidem, 2020. (MC)

[...] Isso porque, nem todo ato praticado pela Administração Pública é ato administrativo.

Algumas vezes ela atua na esfera privada ou praticando atos, no exercício da função política, ou ainda, exercendo atividades meramente materiais, que não traduzem manifestação de vontade. Todo ato administrativo tem que manifestar vontade. **Os atos da Administração Pública são vários e dentre**

eles está o ato administrativo. Ela pratica atos regidos pelo direito público e pelo direito privado, sem se valer de prerrogativas estatais.

Dessa forma, pode-se dizer que a **expressão ato da Administração é mais ampla do que a noção de ato administrativo, uma vez que este é espécie daquele. Nesse sentido, podem ser divididos os atos emanados da atuação estatal em quatro espécies**, a saber:

Os **atos políticos ou de governo**: quando há o exercício da função política e podem exercê-la os membros do Legislativo, do Judiciário, do Executivo. **Na prática, não podem, sequer, ser considerados atos da Administração**, porque são exercidos pelo Estado no exercício da função política.

Os **atos privados** - são os atos da Administração Pública regidos pelo direito privado, ou seja, atos nos quais a administração pública atua sem prerrogativas, em igualdade de condições com o particular. Podem ser postos, a título de exemplo, a exploração de atividade econômica por empresas públicas e sociedades de economia mista, os atos de doação sem encargos legais, entre outros.

Os **atos materiais** - também chamados de fatos administrativos, já que não manifestam a vontade do Estado. São atos de mera execução de atividade. Por exemplo, o ato que determina a demolição de um prédio é ato administrativo, mas a demolição em si é mero ato material, fato administrativo, podendo, inclusive, ser executado por qualquer particular contratado pelo poder público.

Os **atos administrativos** - serão tratados especificamente a seguir. São atos por meio dos quais a Administração Pública atua, no exercício da função administrativa, sob o regime de direito público e ensejando **manifestação de vontade do Estado** ou de quem lhe faça as vezes. (p. 262-263)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Pode-se conceituar **ato da administração como todo ato praticado pela Administração Pública**, mais especificamente pelo Poder Executivo, no exercício da função administrativa, podendo ser regido pelo direito público ou pelo direito privado. Note que **esse conceito tem sentido mais amplo do que o conceito de ato administrativo**, que, necessariamente, deve ser regido pelo direito público.

Os **atos da administração** podem ser:

- a) **atos privados da Administração** como, por exemplo: a doação, a permuta, a compra e venda e a locação;
- b) **atos materiais**: que são condutas que não contêm manifestação de vontade, consistindo apenas em uma execução, como a demolição de uma casa, a apreensão de mercadoria, a realização de um serviço, configurando fatos administrativos, e não atos administrativos;
- c) **atos administrativos**.

[...] Em resumo, é possível concluir que **são atos da administração os praticados pela Administração, assim entendidos os atos praticados por órgãos do Poder Executivo e entes da Administração Indireta**, que podem ser regidos pelo direito público ou privado. **Quando regidos pelo direito público, esses atos são, ao mesmo tempo, atos administrativos e atos da administração.**

[...] A divergência doutrinária apresenta-se ainda mais acentuada quando se passa a exemplificar **atos administrativos em sentido amplo**. Para muitos autores, esse conceito, pela sua amplitude, abrange atos gerais e individuais, atos abstratos e concretos, atos unilaterais e bilaterais, declarações de juízo, de conhecimento, de opinião e de vontade, além dos atos normativos e convencionais.

Aproveitando o conceito de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o **ato administrativo é aquele que produz efeitos jurídicos imediatos**, o que, além de distingui-lo da lei, também **afasta**, segundo a autora, os **atos normativos**, como os regulamentos e os atos não produtores de efeitos jurídicos diretos, como é o caso dos **atos materiais e dos atos enunciativos**. [...] Com efeito, Ato Administrativo é toda **declaração unilateral de vontade** do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei, expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle pelo Poder Judiciário, ficando, assim, **excluídos os atos abstratos e os convencionais**. (p. 327-328)

Corrente 2.2: Ato administrativo é espécie do gênero atos da Administração, aquele engloba os atos gerais, abstratos e convencionais, enquanto este engloba os atos de direito privado, atos materiais e atos políticos

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Antes de indicar a acepção em que será tomada a expressão "ato administrativo", convém, inicialmente, ressaltar que **não se devem confundir atos da Administração com atos administrativos**, como alerta Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,¹¹ porque:

A) A Administração pratica inúmeros atos que não interessa considerar como atos administrativos, tais:

a) **Atos regidos pelo Direito Privado**, como, por exemplo, a simples locação de uma casa para nela instalar-se uma repartição pública. O Direito Administrativo só lhes regula as condições de emanção, mas não lhes disciplina o conteúdo e correspondentes efeitos.

b) **Atos materiais**, tais o ministério de uma aula, uma operação cirúrgica realizada por médico no exercício de sua atividade como funcionário, a pavimentação de uma rua etc.

Por não serem sequer atos jurídicos, também não há interesse em qualificá-los como atos administrativos. Estes comportamentos puramente materiais da Administração denominam-se "atos administrativos".

c) **Atos políticos ou de governo**, praticados com margem de discricão e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função puramente política, tais o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, sub color de que é contrária ao interesse público, etc. Por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar

B) De outro lado, **há atos que não são praticados pela Administração Pública, mas que devem ser incluídos entre os atos administrativos**, porquanto se submetem à mesma disciplina jurídica aplicável aos demais atos da Administração, habitualmente reputados como atos administrativos. Por exemplo, os atos à vida funcional dos servidores do Legislativo e do Judiciário, praticados pelas autoridades destes Poderes, ou as licitações efetuadas nestas esferas.

[...] O conceito que se acaba de dar corresponde a uma **noção de ato administrativo em sentido amplo**. Abrange, pois, **atos gerais e abstratos**, como costumam ser os regulamentos, as instruções (e muitas resoluções), e **atos convencionais**; como os chamados contratos administrativos. (p. 391-394)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Antes de ingressarmos no exame do conceito de ato administrativo, é preciso ressaltar que a **Administração Pública pratica diversos atos, que não se confundem com atos administrativos**. Isso porque, como bem lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o **ato administrativo**, como declaração do Estado destinada a produzir efeitos jurídicos, **é uma espécie do gênero ato jurídico**, como também o são as demais espécies das diversas disciplinas do Direito, como os atos jurídicos privados, os atos judiciais, os atos legislativos e os atos políticos e de participação política.

Assim, **não se pode confundir atos da Administração (gênero) com atos administrativos (espécie)**. Daí o festejado autor Celso Antônio Bandeira de Mello esclarecer, com base em lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que a Administração **edita uma série de atos**, entre os quais se destacam:

- a) Os **atos jurídicos regidos pelo direito privado**
- b) Os **atos materiais**
- c) Os **atos políticos ou de governo**
- d) Os **atos administrativos**

[...] O **conceito de ato administrativo, ora analisado, é um conceito ainda amplo**. Afirmo Celso Antônio Bandeira de Melo que para se chegar a um conceito estrito, basta e no conceito acima se acrescentem as características

de concreção e unilateralidade, afastando, respectivamente, **os atos abstratos (regulamentos, por exemplo) e os atos bilaterais ou convencionais (contratos administrativos)**. No ato bilateral, não há um ato administrativo propriamente dito, mas sim um contrato administrativo: a administração e particular realizam contrato, mas com a Administração Pública em posição de superioridade.

Em sentido estrito, atos administrativos são as declarações unilaterais do Estado de efeitos concretos.

Mas isso não significa que os atos normativos não se qualificam como atos administrativos em sentido amplo. São, pois, atos administrativos, emanados do exercício de um dos poderes da Administração, o poder normativo. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, após ministrar seu conceito de ato administrativo, esclarece esse ato emanado do Estado **não se reduz às manifestações de vontade concretas**, sendo necessário **estendê-lo às manifestações de vontade abstratas**. (p. 101-104)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

De nossa parte, baseados nas lições dos grandes mestres, propomos a seguinte definição de ato administrativo: **manifestação ou declaração da administração pública**, nesta qualidade, ou de particulares no exercício de prerrogativas públicas, que tenha por fim **imediato a produção de efeitos jurídicos determinados**, em conformidade com o interesse público e sob regime predominante de direito público.

Os atos administrativos não se confundem com os assim chamados atos políticos ou de governo. São esses os atos da administração pública em sentido amplo.

[...] Nessa acepção ampla ou genérica, os “atos da administração” incluem: os “**atos administrativos**” **propriamente ditos** (manifestação de vontade cujo fim imediato seja a produção de efeitos jurídicos, regida pelo direito público);

os **atos da administração pública regidos pelo direito privado**; e

os chamados “**atos materiais**” praticados pela administração pública, que são os atos de mera execução de determinações administrativas (portanto, não têm como conteúdo uma manifestação de vontade), a exemplo da varrição de uma praça, da dissolução de uma passeata, da pavimentação de uma estrada, da demolição de um prédio que esteja ameaçando ruir. (p. 459)

Corrente 2.3: Ato administrativo é espécie do gênero atos da Administração, aquele engloba toda manifestação expedida no exercício da função administrativa, enquanto este engloba os atos políticos, atos materiais, legislativos, jurisdicionais, atos de direito privado e contratos administrativos

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Aproveitando os elementos mais importantes dos conceitos acima apresentados, podemos definir **ato administrativo como toda manifestação expedida no exercício da função administrativa**, com caráter infralegal, consistente na emissão de comandos complementares à lei, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.

A Administração Pública, no exercício de suas diversificadas tarefas, pratica algumas modalidades de atos jurídicos que não se enquadram no conceito de atos administrativos. **Nem todo ato da Administração é ato administrativo.**

[...] Sabendo que existem atos administrativos praticados fora dos domínios da Administração Pública, como ocorre com aqueles expedidos por concessionários e permissionários, é possível concluir: **nem todo ato jurídico praticado pela Administração é ato administrativo; nem todo ato administrativo é praticado pela Administração.**

Resta analisar cada uma das espécies de **atos da Administração**:

- a) **atos políticos** ou de governo: não se caracterizam como atos administrativos
- b) **atos meramente materiais**: consistem na prestação concreta de serviços, faltando-lhes o caráter prescritivo próprio dos atos administrativos.
- c) **atos legislativos e jurisdicionais**: são praticados excepcionalmente pela Administração Pública no exercício de função atípica. Exemplo: medida provisória
- d) **atos regidos pelo direito privado ou atos de gestão**:
- e) **contratos administrativos**: são vinculações jurídicas bilaterais, distinguindo-se dos atos administrativos que são normalmente prescrições unilaterais da Administração

Corrente 2.4: Ato administrativo é espécie do gênero atos da Administração, aquele engloba declaração de vontade com efeito imediato, este engloba os atos de direito privado, os atos materiais, os atos de conhecimento/opinião/juízo ou valor, os atos políticos, os contratos, os atos normativos e os atos administrativos propriamente ditos

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Partindo-se da ideia da divisão de funções entre os três Poderes do Estado, pode-se dizer, em sentido amplo, que **todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração**.

Essa expressão – ato da Administração – tem sentido mais amplo do que a expressão ato administrativa, que abrange apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa.

Dentre os atos da Administração, incluem-se: os **atos de direito privado**, como doação, permuta, compra e venda, locação; os **atos materiais** da Administração, que não contêm manifestação de vontade, mas que envolvem apenas execução, como a demolição de uma casa, a apreensão de mercadoria, a realização de um serviço; os chamados **atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor**, que também não expressam uma vontade e que, portanto, também não podem produzir efeitos jurídicos; é o caso dos atestados, certidões, pareceres, votos; **os atos políticos**, que estão sujeitos a regime jurídicoconstitucional; os **contratos**; os **atos normativos da Administração**, abrangendo decretos, portarias, resoluções, regimentos, de efeitos gerais e abstratos; os atos administrativos propriamente ditos.

Dependendo do critério mais ou menos amplo que se utilize para conceituar o ato administrativo, nele se incluirão ou não algumas dessas categorias de atos da Administração.

[...] Preferimos **conceito um pouco menos amplo, que exclua os atos normativos** do Poder Executivo que, como se verá mais adiante, têm características próprias.

[...] Com esses elementos, pode-se **definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos**, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário. (p. 456 e 464)

Não se posicionam

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Di Pietro diferencia, ademais, atos administrativos, que são espécies, dos atos da Administração, que têm sentido de gênero. São atos da Administração todos aqueles praticados no exercício da função administrativa, independentemente de se tratar de atos administrativos, como, por exemplo: os atos de direito privado, os atos materiais da Administração, os atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor, os atos políticos, os contratos e os atos normativos da Administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello enfoca também o ato da Administração da perspectiva de quem o pratica, isto é, do ponto de vista subjetivo, sendo considerado como tal apenas o praticado pelo Poder Executivo. Note-se que os demais poderes praticam também atos administrativos em função atípica, conforme visto. Assim, observa o autor que: “nem todo ato da Administração é ato administrativo e, de outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública”. (p. 86)

Não aborda

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Conclusão

Espécies de atos administrativos

Corrente 1.1: Não distingue atos administrativos de atos da Administração, mas afirma que os atos administrativos englobam as manifestações unilaterais, atos normativos e atos políticos (DFMN)

Corrente 1.2: Não distingue atos administrativos de atos da Administração, mas afirma que os atos administrativos englobam os atos políticos e atos normativos e excluem os atos de direito privado praticados pela Administração Pública (ASA)

Corrente 1.3: Não distingue atos administrativos de atos da Administração, mas afirma que os atos administrativos englobam os atos normativos e atos materiais e excluem os atos praticados por particular no exercício de sua autonomia, ainda que produza efeitos sobre a Administração (MJF)

Corrente 1.4: Não distingue atos administrativos de atos da Administração, mas afirma que os atos administrativos englobam somente as manifestações unilaterais,

excluindo-se desta classificação os bilaterais, plurilaterais, atos de direito privado, atos materiais e atos políticos (RCRO)

Corrente 2.1: Ato administrativo é espécie do gênero atos da Administração, aquele engloba a vontade emanada da Administração Pública, este engloba os atos privados e atos materiais, excluindo-se os atos políticos (JSCF; MC; FM)

Corrente 2.2: Ato administrativo é espécie do gênero atos da Administração, aquele engloba os atos gerais, abstratos e convencionais, enquanto este engloba os atos de direito privado, atos materiais e atos políticos (CABM; DCJ; MA e VP)

Corrente 2.3: Ato administrativo é espécie do gênero atos da Administração, aquele engloba toda manifestação expedida no exercício da função administrativa, enquanto este engloba os atos políticos, atos materiais, legislativos, jurisdicionais, atos de direito privado e contratos administrativos (AM)

Corrente 2.4: Ato administrativo é espécie do gênero atos da Administração, aquele engloba declaração de vontade com efeito imediato, este engloba os atos de direito privado, os atos materiais, os atos de conhecimento/opinião/juízo ou valor, os atos políticos, os contratos, os atos normativos e os atos administrativos propriamente ditos (MSZDP)

Não se posicionam: (IPN)

Não aborda: (OM)

DIVERGÊNCIA 139 - Produção de atos administrativos por particulares

Corrente 1: Todos que exercem função administrativa praticam atos administrativos, inclusive particulares que façam as vezes ou que ajam em nome do Estado (representem-no)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Todos que exercem funções administrativas praticam atos administrativos. Desse modo, todos os Poderes do Estado podem praticar atos administrativos.

Naturalmente que o Poder Executivo é o que mais os pratica, por ser o que mais exerce funções administrativas, mas os Poderes Legislativo e Judiciário, no exercício de suas funções administrativas, também praticarão atos administrativos.

[...] Considerando o mesmo critério – de que todos os que exercem funções administrativas praticam atos administrativos –, **quando particulares exercerem excepcionalmente funções administrativas a eles delegadas (como, por exemplo, os particulares concessionários de serviços públicos), eles podem praticar atos administrativos.** Assim, por exemplo, a concessionária de energia elétrica pode sancionar administrativamente o cidadão que realizou ligação clandestina; a concessionária de transporte de passageiros pode determinar a expulsão de passageiros que não se comportem adequadamente. (p. 311-312)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

O ato administrativo é produzido no desempenho de função administrativa, seja por agente estatal, seja por quem lhe faça às vezes. Assim se passa porque se admite que particulares desempenhem de modo anômalo atividades administrativas. Isso ocorre, por exemplo, no caso dos delegatários de serviço público. Essa possibilidade, aliás, vem sendo ampliada, fenômeno reiteradamente destacado nesta obra. Existem entidades privadas (organizações da sociedade civil) investidas do desempenho de atividades administrativas, o que importa inclusive na possibilidade de gestão de bens, pessoal e recursos estatais. Talvez não se possa identificar, em todos os casos, os atos praticados por esses particulares e os atos estatais. Mas é inquestionável que o regime jurídico dos atos praticados por esses particulares não é disciplinado exclusiva ou

preponderantemente pelo direito privado. Em algumas hipóteses, existirá claramente um ato administrativo. Isso se passará quando se configurar o desempenho de atividade administrativa pública não estatal.

A definição proposta remete o intérprete ao conceito de função administrativa. Então, não é possível compreender o ato administrativo sem identificar a função administrativa. Isso não é um defeito da definição. Tentar definir ato administrativo dispensando o conceito de função administrativa é tarefa impossível. Não existe uma essência própria no ato administrativo que o diferencie da função administrativa. O conceito de função administrativa é logicamente anterior ao de ato administrativo. **Portanto, o ato é administrativo porque exercitado no desempenho da função administrativa.** (p. 174)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Em face do exposto, verifica-se que a noção de ato administrativo não deve depender, isto é, não deve ser tributária, da noção de Administração Pública (conjunto de órgãos do Poder Executivo, autarquias e demais sujeitos da Administração indireta), **porque, de um lado, nem todo ato da Administração é ato administrativo e, de outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública.**

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. (p. 393)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidem, 2015 (DCJ)

Destrinchando os elementos deste conceito, **tem-se que o ato administrativo:**

a) Cuida-se de uma declaração jurídica, ou seja, de manifestação que produz efeitos de direito, quais sejam: criar, modificar, transferir, declarar, extinguir ou, de qualquer modo, modificar direitos ou obrigações.

b) **Provém do Estado ou de quem age em nome do Estado (como aqueles que recebem delegações para o exercício de funções administrativas, ficando investidos de prerrogativas estatais, como ocorre com as concessionárias, permissionárias e autorizatórias de serviços públicos). Envolve os três Poderes Estatais, uma vez que todos eles exercem função administrativa, ainda que atipicamente (como é o caso dos Poderes**

Legislativo e Judiciário), expedindo atos administrativos. **Como a função administrativa é delegável, por meio de concessão e permissão, a concessionária e a permissionária de serviço público também editam atos administrativos.** (p. 104)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Inicialmente, temos que o ato administrativo é uma declaração jurídica, portanto trata-se de uma manifestação que produz efeitos de direito, visando criar, modificar ou extinguir direitos. **É praticado pelo Estado ou por quem o representante, o que significa dizer que há atos administrativos praticados pelo Poder Executivo, seus órgãos e entes da Administração Indireta, bem como pelos outros Poderes, ou até por particulares, como é o caso das prestadoras de serviços públicos, concessionárias e permissionárias. Essa declaração se efetiva no exercício de prerrogativas públicas,** admitindo-se a seguinte conclusão: o objetivo maior desses atos deve ser sempre o interesse coletivo e, consequentemente, o regime só poderá ser o público, já que eles exigem regras e princípios jurídicos específicos, excluindo a possibilidade de aplicação do direito privado, exceto em caráter supletivo. (p. 328)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Para definir o ato administrativo, é necessário considerar os seguintes dados: **ele constitui declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes;** é preferível falar em declaração do que em manifestação, porque aquela compreende sempre uma exteriorização do pensamento, enquanto a manifestação pode não ser exteriorizada; o próprio silêncio pode significar manifestação de vontade e produzir efeito jurídico, sem que corresponda a um ato administrativo; falando-se em Estado, abrangem-se tanto os órgãos do Poder Executivo como os dos demais Poderes, que também podem editar atos administrativos; [...] (p. 463-467)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

O que peculiariza os atos administrativos no âmbito do gênero “atos jurídicos”, entretanto, é o fato de **serem manifestações ou declarações da administração pública, agindo nesta qualidade, ou de particulares que estejam exercendo prerrogativas públicas, por terem sido investidos em funções públicas** (a exemplo dos que recebem delegação do poder público,

como uma concessionária ou uma permissionária de serviços públicos). (p. 458)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Destaca-se, com isso, a possibilidade de tais **atos serem expedidos por qualquer pessoa encarregada de executar tarefas da Administração, ainda que não esteja ligada à estrutura do Poder Executivo**. Poder Judiciário, Poder Legislativo, Ministério Público e **particulares delegatários de função administrativa, como concessionários e permissionários, também podem praticar atos administrativos**; [...] (p. 456)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

Ressalte-se que os **atos administrativos podem ser praticados ou não pela Administração Pública, haja vista que se admite a prática destes atos por concessionárias de serviços públicos; na execução de suas atividades delegadas**.

Dessa forma, pode-se verificar que nem todos os atos administrativos se configuram atos da Administração Pública, em **virtude da possibilidade de prática destes atos, com todas as prerrogativas de direito público, por meio de entidades privadas, que não integram a estrutura estatal, nem como entes da Administração Indireta**.

[...] A matéria ainda é controversa, no entanto, algumas regras podem ser definidas e, assim, pode-se chegar a um **conceito básico de que: Ato administrativo é todo ato praticado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, no exercício da função administrativa** (estando excluídos deste conceito os atos políticos), sob o regime de Direito Público, ou seja, gozando o ato de todas as prerrogativas estatais, diferente do que ocorre com os atos privados da Administração e, por fim, manifestando vontade do poder público em casos concretos ou de forma geral, não se confundindo com meros atos de execução de atividade. (p. 264 e 266)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

O ato administrativo é a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública e de seus delegatários, no exercício da função delegada, que, sob o regime de direito público, pretende produzir efeitos jurídicos com o objetivo de implementar o interesse público.

[...] **É importante destacar que o ato administrativo relaciona-se com o exercício da função administrativa, independentemente da qualidade do agente.**

[...] No âmbito da Administração Pública, é preciso verificar a natureza da atividade exercida para caracterização do ato administrativo, pois a Administração, além dos atos administrativos, edita atos privados que não se vinculam ao exercício de função administrativa.

Assim, por exemplo, a **empresa pública e a sociedade de economia mista que executam atividade econômica**, concorrendo com as demais entidades privadas, submetem-se, normalmente, ao mesmo regime jurídico privado aplicável às empresas em geral (art. 173, § 1.º, II, da CRFB). **Não se trata, por óbvio, de regime totalmente privado, uma vez que as referidas entidades exercem, também, funções tipicamente administrativas por imposição constitucional** (ex.: concurso público para contratação de agentes; licitação para determinadas contratações etc.), **razão pela qual os respectivos atos serão considerados administrativos**. Conforme mencionado anteriormente, o ato administrativo relacionasse com a função administrativa, que pode ser encontrada dentro ou fora da Administração Pública.

[...] Dessa forma, a edição de atos administrativos não é exclusividade dos entes e das entidades que compõem a Administração Pública Direta e Indireta. **As entidades delegatárias de atividades administrativas, que não integram a Administração Pública, também podem editar atos materialmente administrativos quando exercem a atividade delegada** (p. 506-508)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Não são todas as pessoas que têm competência para praticar atos administrativos. Para que o ato assim se qualifique, é necessário que o **sujeito da manifestação volitiva esteja, de alguma forma, vinculado à Administração Pública**. Por esse motivo é que, no conceito, aludimos a **duas categorias de sujeitos dos atos administrativos: os agentes da Administração e os delegatários**. Agentes da Administração são todos aqueles que **integram a estrutura funcional dos órgãos administrativos das pessoas federativas, em qualquer dos Poderes, bem como os que pertencem aos quadros de pessoas da Administração Indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista)**. O único pressuposto exigido para sua caracterização é que, **no âmbito de sua competência, exerçam função administrativa**. Os **agentes delegatários**, a seu turno, são aqueles que, **embora não integrando a estrutura funcional da Administração Pública, receberam a incumbência de exercer, por delegação, função administrativa (função**

delegada). Resulta daí, por conseguinte, que, quando estiverem realmente no desempenho dessa função, tais pessoas estarão atuando na mesma condição dos agentes da Administração, estando, desse modo, aptas à produção de atos administrativos. Estão nesse caso, para exemplificar, os agentes de empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, e também os de pessoas vinculadas formalmente à Administração, como os serviços sociais autônomos (SESI, SENAI etc.). (p. 240-241)

Corrente 2: Ato administrativo é aquele exercido na função administrativa pelos Poderes do Estado

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Os elementos essenciais do conceito acima já foram explicados. Uma advertência, entretanto, se impõe com respeito ao aspecto formal e material da relação. Ao se afirmar que o ato administrativo é **manifestação de vontade da Administração Pública, não se quer restringi-lo aos praticados por entes, órgãos e agentes do Poder Executivo; se assim o fosse, não se teria mais que um conceito formal.**

Mas como os **demais Poderes do Estado também devem exercer as respectivas funções administrativas que lhes competem**, resulta que tal conceito deve abranger a totalidade do gênero, portanto, incluindo **quaisquer atos administrativos praticados pelos órgãos da magistratura, pelos órgãos do Poder Legislativo e pelos demais órgãos constitucionalmente independentes.** (p. 221-222)

Não se posiciona

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua ato administrativo com ênfase no fato de que a Administração atua com base na lei e é controlada pelo Judiciário. **Ele prefere também fazer alusão à declaração do Estado, ou de quem lhe faça as vezes**, em vez da manifestação da Administração Pública, a partir da consideração de que os Poderes Legislativo e Executivo também praticam atos administrativos em funções atípicas e não só a Administração Pública.

[...] Di Pietro diferencia, ademais, atos administrativos, que são espécies, dos atos da Administração, que têm sentido de gênero. São atos da Administração todos aqueles praticados no exercício da função

administrativa, independentemente de se tratar de atos administrativos, como, por exemplo: os atos de direito privado, os atos materiais da Administração, os atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor, os atos políticos, os contratos e os atos normativos da Administração. **Celso Antônio Bandeira de Mello enfoca também o ato da Administração da perspectiva de quem o pratica, isto é, do ponto de vista subjetivo, sendo considerado como tal apenas o praticado pelo Poder Executivo. Note-se que os demais poderes praticam também atos administrativos em função atípica**, conforme visto. Assim, observa o autor que: “nem todo ato da Administração é ato administrativo e, de outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública”. (p. 86)

Não aborda

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Conclusão

Produção de atos administrativos por particulares

Corrente 1: Todos que exercem função administrativa praticam atos administrativos, inclusive particulares que façam as vezes ou que ajam em nome do Estado (representem-no) (ASA; MJF; CABM; DCJ; FM; MSZDP; MA e VP; AM; MC; RCRO; JSCF)

Corrente 2: Ato administrativo é aquele exercido na função administrativa pelos Poderes do Estado (DFMN)

Não se posiciona (IPN)

Não aborda: (OM)

DIVERGÊNCIA 140 - Terminologia

elementos/requisitos/aspectos/pressupostos do ato administrativo

Corrente 1: Utiliza a terminologia “elementos”

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Quanto à denominação, alguns autores empregam o termo “elementos”; outros adotam o vocábulo “requisitos”, por vezes repartindo-os em intrínsecos e extrínsecos; outros optam pelo termo “pressupostos”; outros separam requisitos de pressupostos. **Para os fins deste livro, não se adentrará em discussão a respeito dessa terminologia. Será utilizada a palavra “elementos”,** embora se tenha ciência de que alguns dizem respeito a aspectos precipuamente internos, outros a aspectos precipuamente externos (embora a separação dos dois aspectos nem sempre possa ser feita de modo preciso). (p. 134)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

A doutrina não é unânime quanto à mais adequada denominação para se referir aos “elementos” do ato administrativo; há quem os chame de requisitos, existindo os que seriam intrínsecos e os extrínsecos, ou, ainda, os que os chamem de pressupostos. Também quanto à enumeração específica de cada um deles há enormes variações.

Adotaremos, contudo, dada sua maior facilidade de apreensão didática, sem prejuízo de sua importância teórica, e, ainda, considerando a sua adoção pela grande maioria da doutrina, a terminologia e a enumeração de HELY LOPES MEIRELLES.

Dessa forma, **são cinco os elementos** que devem se verificar para a formação e validade dos atos administrativos, conforme passamos a expor. (p. 317-318)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Os elementos do ato administrativo são cinco: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade (p. 92)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

[...] No que tange à terminologia, a **expressão elementos é a mais adotada no Brasil**. Entretanto, alguns doutrinadores preferem usar a expressão requisitos, não existindo qualquer incorreção nessa escolha; é somente uma questão de estilo.

[...] Entretanto, apesar de toda a divergência decorrente da terminologia e da forma de distribuir cada uma das exigências do ato administrativo, a sua enumeração não é um assunto tão tormentoso, tendo em vista que a maioria dos doutrinadores utiliza os mesmos elementos ou requisitos, formando-se uma **doutrina majoritária, orientação que será adotada neste trabalho** e que permite certa uniformidade para o assunto. (p. 331)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

[...] Assim, o ato administrativo, como espécie do ato jurídico, não poderia deixar de ter os mesmos três elementos básicos, próprios do gênero a que pertence. Sua compreensão, entretanto, necessita a integração de dois outros elementos, que, no genus, poderiam aparecer como acidentais, mas, em se tratando da species, aqui sob exame, são a ela essenciais: a finalidade e o motivo.

Esta é a **concepção quádrupla dos elementos do ato administrativo**, que, sobre ser a mais testada na doutrina e na experiência jurisprudencial, está positivada no Brasil no art. 2.º, da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, que regulou a ação popular, de assento constitucional, desse modo os tendo relacionado: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. (p. 223)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Reina grande controvérsia sobre a nomenclatura a ser adotada em relação aos aspectos do ato que, se ausentes, provocam a sua invalidação.

Alguns autores empregam o termo “elementos”, ao passo que outros preferem a expressão “requisitos de validade”. Na verdade, nem aquele termo nem esta expressão nos parecem satisfatórios. “Elemento” significa algo que integra uma determinada estrutura, ou seja, faz parte do “ser” e se apresenta como pressuposto de existência. “Requisito de validade”, ao revés, anuncia a exigência de pressupostos de validade, o que só ocorre depois de verificada a existência. Ocorre que, entre os cinco clássicos pressupostos de validade do ato administrativo, alguns se qualificam como elementos (v. g., a forma), ao passo que outros têm a natureza efetiva de requisitos de validade (v. g., a

competência). **Adotamos o termo “elementos”**, mas deixamos consignada a ressalva acima quanto à denominação e à efetiva natureza dos componentes do ato. (p. 246)

Corrente 2: Utiliza a terminologia “aspectos”

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

É mais adequado aludir a aspectos do ato administrativo, em vez de elementos. A palavra “elementos” indica a existência de partes dotadas de autonomia própria. Ora, o ato administrativo apresenta uma composição indissociável. Assim, por exemplo, o conteúdo condiciona a competência. Alterado o conteúdo também se altera a competência, e vice-versa. Por isso, **é mais apropriado falar em aspectos do ato administrativo**, para deixar claro que cada ato administrativo apresenta diversas facetas, as quais estão ligadas entre si de modo indissociável. (p. 181)

Corrente 3: Utiliza as terminologias “elementos” e “pressupostos”

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Usa-se a expressão “elementos do ato administrativo” para indicar os requisitos do ato. Costuma-se dizer que o ato administrativo pode ser decomposto em elementos, como abstração visando a facilitar-lhe o estudo. Este procedimento de decomposição corresponderia à anatomia do ato, tendo em vista exame de sua eventual patologia, isto é, dos vícios que, porventura, possa apresentar.

Não há concordância total entre os autores sobre a identificação e o número de elementos; porém, frequentemente, a divergência (ou, pelo menos, parte dela) procede ora de discordâncias terminológicas, ora de que, por vezes, os autores englobam em um único elemento aspectos que em outros autores encontram-se desdobrados.

Apesar das desavenças aludidas, poder-se-ia relacionar como elementos habitualmente referidos os seguintes: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade. Não é incomum encontrar-se, também, menção à “vontade”.

[...] Preferimos, pois, sistematizar o assunto de outro modo, levando em conta que, dentre os assim chamados, **dois são, realmente, elementos**, ou seja, realidades intrínsecas do ato. Em uma palavra, componentes dele, a saber: **o conteúdo e a forma. Não, porém, os outros.** Daí separarmos os **elementos do ato e os pressupostos do ato**. Estes últimos, de seu turno, distinguem-se

em pressupostos de existência, ou seja, condicionantes de sua existência, e pressupostos de validade, ou seja, condicionantes de sua lisura jurídica.

São pressupostos de existência o **objeto e a pertinência do ato ao exercício da função** administrativa. Os pressupostos de validade são: 1) pressuposto subjetivo (**sujeito**); 2) pressupostos objetivos (**motivo e requisitos procedimentais**); 3) pressuposto teleológico (**finalidade**); 4) pressuposto lógico (**causa**); 5) pressupostos formalísticos (**formalização**). (p. 398-401)

Corrente 4: Entende as terminologias “elementos” e “requisitos” como sinônimos

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Quanto à **diferença entre elementos e requisitos**, ele diz que os primeiros dizem respeito à existência do ato, enquanto são indispensáveis para sua validade. Nesse caso, agente, forma e objeto seriam os elementos de existência do ato, enquanto os requisitos seriam esses mesmos elementos acrescidos de caracteres que lhe dariam condições para produzir efeitos jurídicos: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.

No entanto, como a maioria dos autores, ele prefere empregar os vocábulos como sinônimos.

É a orientação aqui adotada e que está consagrada no direito positivo brasileiro a partir da Lei nº 4.717, de 29-6-65 (Lei da ação popular), cujo artigo 2º, ao indicar os atos nulos, menciona os cinco elementos dos atos administrativos: competência, forma, objeto, motivo e finalidade. (p. 474)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

A doutrina administrativista, com base na lei que regula a ação popular (Lei 4.717/1965), costuma apontar cinco assim **chamados requisitos ou elementos dos atos administrativos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto**. (p. 480)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

Não há unanimidade na doutrina a respeito do assunto. **Alguns autores denominam de elementos e outros de requisitos**, havendo ainda autores que diferenciam os conceitos. **Nessa obra serão tratados como sinônimos,**

haja vista o fato de que a discussão não enseja qualquer consequência prática e por este ser o entendimento majoritário na doutrina. (p. 268)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidem, 2015 (DCJ)

Ademais disso, os autores não se entendem quanto ao número e a identificação desses **elementos ou requisitos**. Seabra Fagundes, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Hely Lopes Meirelles e a doutrina tradicional, com base na lei da ação popular (Lei nº 4.717/65, art. 2º), consideram 05 (cinco) os **elementos ou requisitos do ato administrativo**. São eles:

- 1) Sujeito competente
- 2) Finalidade pública
- 3) Forma prescrita em lei
- 4) Motivo e
- 5) Objeto

O ilustrado administrativista Diogenes Gasparini acrescenta a estes 05 (cinco) mais 02 (dois) elementos ou requisitos, quais sejam:

- 6) Conteúdo e
- 7) Causa

[...] Por ora, **analisemos os sete elementos acima apontados**, ressaltando que, tradicionalmente, a doutrina majoritária vem apontando somente os cinco primeiros como **elementos ou requisitos** do ato administrativo, **embora, pessoalmente, achemos mais técnica a posição de Diogenes Gasparini**. (p. 110)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Apesar da inexistência de consenso doutrinário sobre os elementos (ou requisitos) dos atos administrativos, tem prevalecido o seguinte elenco: agente competente, forma, finalidade, motivo e objeto. (p.512)

Corrente 5: Utiliza a terminologia “requisitos”

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

A corrente clássica defendida por Hely Lopes Meirelles e majoritária para concursos públicos está baseada no art. 2º da Lei n. 4.717/65, segundo o qual “são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas

no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade”.

De acordo com essa visão, os requisitos do ato administrativo são: a) competência; b) objeto; c) forma; d) motivo; e) finalidade. Motivo e objeto são requisitos discricionários porque podem comportar margem de liberdade. Competência, forma e finalidade são requisitos vinculados. (p. 499-500)

Conclusão

Terminologia elementos/requisitos/aspectos/pressupostos do ato administrativo

Corrente 1: Utiliza a terminologia “elementos” (OM; ASA; IPN; FM; DFMN; JSCF)

Corrente 2: Utiliza a terminologia “aspectos” (MJF)

Corrente 3: Utiliza as terminologias “elementos” e “pressupostos” (CABM)

Corrente 4: Entende as terminologias “elementos” e “requisitos” como sinônimos (MSZDP; MA e VP; MC; DCJ; RCRO)

Corrente 5: Utiliza a terminologia “requisitos” (AM)

DIVERGÊNCIA 141 - Quantidade de elementos/requisitos/aspectos/pressupostos do ato administrativo

Corrente 1: O ato administrativo possui 5 (cinco) elementos/aspectos/requisitos

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Também se encontra divergência quanto ao elenco desses elementos. Três estão presentes em praticamente todas as listas, pois são elementos do ato jurídico em geral: agente, objeto e forma. Diferenciam-se as enumerações quanto a outros aspectos. Alguns arrolam a publicação; outros adicionam “vontade não turbada por vícios psíquicos”; outros mencionam a causa.

Boa parte da doutrina pátria elenca cinco elementos – agente competente, objeto, forma, motivo e fim –, o que será aqui adotado. (p. 134-135)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

A doutrina não é unânime quanto à mais adequada denominação para se referir aos “elementos” do ato administrativo; há quem os chame de requisitos, existindo os que seriam intrínsecos e os extrínsecos, ou, ainda, os que os chamem de pressupostos. Também quanto à enumeração específica de cada um deles há enormes variações.

Adotaremos, contudo, dada sua maior facilidade de apreensão didática, sem prejuízo de sua importância teórica, e, ainda, considerando a sua adoção pela grande maioria da doutrina, a terminologia e a enumeração de HELY LOPES MEIRELLES.

Dessa forma, **são cinco os elementos** que devem se verificar para a formação e validade dos atos administrativos, conforme passamos a expor. (p. 317-318)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

No entanto, o exame jurídico do ato administrativo exige analisá-lo em vista do sujeito que o praticou, dos seus motivos e das suas finalidades. O direito administrativo disciplina a existência, a validade e a eficácia desses diversos aspectos do ato administrativo, sendo impossível produzir sua dissociação para efeito jurídico.

Assim, as divergências entre os autores referidos estão apenas na superfície. No fundo, todos estão de acordo: a existência, a validade e a eficácia do ato administrativo dependem de inúmeros aspectos.

Portanto, o direito disciplina o ato administrativo relativamente a diversas questões, podendo ser referidos o **sujeito, o conteúdo, a forma, o motivo e a finalidade**. Esses são os aspectos do ato administrativo. (p. 181)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Apesar da inexistência de consenso doutrinário sobre os elementos (ou requisitos) dos atos administrativos, **tem prevalecido o seguinte elenco: agente competente, forma, finalidade, motivo e objeto**. (p.512)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Os **elementos do ato administrativo são cinco**: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade (p. 92)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Quanto à enumeração, a **maioria dos doutrinadores elenca cinco elementos ou requisitos**, que são: sujeito competente, forma, motivo, objeto e finalidade. Essa enumeração utiliza como fundamento a previsão do art. 2º da Lei n. 4.717/65, que dispõe sobre a ação popular, cabível – além de outros objetivos – para a invalidação de atos ilegais praticados pelos agentes públicos, permitindo esse rol um desenho de suas linhas mais marcantes, **orientação que será adotada neste trabalho**. (p. 331)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

[...] Portanto, **pode-se dizer que os elementos do ato administrativo são o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade**. (p.475)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

A doutrina administrativista, com base na lei que regula a ação popular (Lei 4.717/1965), costuma apontar cinco assim chamados requisitos ou elementos dos atos administrativos: **competência, finalidade, forma, motivo e objeto**. (p. 480)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

[...] Assim, o ato administrativo, como espécie do ato jurídico, não poderia deixar de ter os mesmos três elementos básicos, próprios do gênero a que pertence. Sua compreensão, entretanto, necessita a integração de dois outros elementos, que, no genus, poderiam aparecer como acidentais, mas, em se tratando da species, aqui sob exame, são a ela essenciais: a finalidade e o motivo.

Esta é a **concepção quintupla dos elementos do ato administrativo**, que, sobre ser a mais testada na doutrina e na experiência jurisprudencial, está positivada no Brasil no art. 2.º, da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, que regulou a ação popular, de assento constitucional, desse modo os tendo relacionado: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. (p. 223)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020. (MC)

Desta forma, tomando como referência a lei de ação popular, **são 5 (cinco) os elementos do ato administrativo**: competência, finalidade, forma, motivo, e objeto. Será examinado cada um deles separadamente a seguir. (p. 269)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Não há também unanimidade entre os estudiosos quanto aos elementos do ato administrativo, identificados que são por diversos critérios.

Preferimos, entretanto, por questão didática, repetir os elementos mencionados pelo direito positivo na lei que regula a ação popular (Lei nº 4.717, de 29.6.1965, art. 2º), cuja ausência provoca a invalidação do ato. (p. 247)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

A corrente clássica defendida por Hely Lopes Meirelles e majoritária para concursos públicos está baseada no art. 2º da Lei n. 4.717/65, segundo o qual “são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade”. **De acordo com essa visão**, os requisitos do ato administrativo são: a) competência; b) objeto; c) forma; d) motivo; e) finalidade. Motivo e objeto são requisitos discricionários porque podem comportar margem de liberdade. Competência, forma e finalidade são requisitos vinculados. (p. 499-500)

Corrente 2: O ato administrativo possui 7 (sete) elementos/requisitos

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidem, 2015 (DCJ)

Ademais disso, **os autores não se entendem quanto ao número e a identificação desses elementos ou requisitos**. Seabra Fagundes, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Hely Lopes Meirelles e a doutrina tradicional, com base na lei da ação popular (Lei nº 4.717/65, art. 2º), **consideram 05 (cinco) os elementos ou requisitos do ato administrativo**. São eles:

- 1) Sujeito competente
- 2) Finalidade pública
- 3) Forma prescrita em lei
- 4) Motivo e
- 5) Objeto

O ilustrado administrativista Diogenes Gasparini acrescenta a estes 05 (cinco) mais 02 (dois) elementos ou requisitos, quais sejam:

- 6) Conteúdo e
- 7) Causa

[...] Por ora, **analisemos os sete elementos acima apontados**, ressaltando que, tradicionalmente, a doutrina majoritária vem apontando somente os cinco primeiros como elementos ou requisitos do ato administrativo, **embora, pessoalmente, achemos mais técnica a posição de Diogenes Gasparini**. (p. 110)

Corrente 3: O ato administrativo possui 2 (dois) elementos e 8 (oito) pressupostos

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Usa-se a expressão "elementos do ato administrativo" para indicar os requisitos do ato. Costuma-se dizer que o ato administrativo pode ser decomposto em elementos, como abstração visando a facilitar-lhe o estudo. Este procedimento de decomposição corresponderia à anatomia do ato, tendo em vista exame de sua eventual patologia, isto é, dos vícios que, porventura, possa apresentar.

Não há concordância total entre os autores sobre a identificação e o número de elementos; porém, frequentemente, a divergência (ou, pelo menos, parte dela) procede ora de discordâncias terminológicas, ora de que, por vezes, os autores englobam em um único elemento aspectos que em outros autores encontram-se desdobrados.

Apesar das desavenças aludidas, poder-se-ia relacionar como elementos habitualmente referidos os seguintes: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade. Não é incomum encontrar-se, também, menção à "vontade".

[...] Preferimos, pois, sistematizar o assunto de outro modo, levando em conta que, dentre os assim chamados, **dois são, realmente, elementos**, ou seja, realidades intrínsecas do ato. Em uma palavra, componentes dele, a saber: o **conteúdo e a forma. Não, porém, os outros**. Daí separarmos os **elementos do ato e os pressupostos do ato**. Estes últimos, de seu turno, distinguem-se em pressupostos de existência, ou seja, condicionantes de sua existência, e pressupostos de validade, ou seja, condicionantes de sua lisura jurídica.

São pressupostos de existência o **objeto e a pertinência do ato ao exercício da função** administrativa. Os pressupostos de validade são: 1) pressuposto subjetivo (**sujeito**); 2) pressupostos objetivos (**motivo e requisitos procedimentais**); 3) pressuposto teleológico (**finalidade**); 4) pressuposto lógico (**causa**); 5) pressupostos formalísticos (**formalização**). (p. 398-401)

Conclusão

Quantidade de elementos/requisitos/aspectos/pressupostos do ato administrativo

Corrente 1: O ato administrativo possui 5 (cinco) elementos/aspectos/requisitos (OM; ASA; MJF; RCRO; IPN; FM; MSZDP; MA e VP; DFMN; MC; JSCF; AM)

Corrente 2: O ato administrativo possui 7 (sete) elementos/requisitos (DCJ)

Corrente 3: O ato administrativo possui 2 (dois) elementos e 8 (oito) pressupostos (CABM)

DIVERGÊNCIA 142 - Publicidade como condição de eficácia ou existência do ato administrativo

Corrente 1.1: A publicidade do ato é a sua condição de eficácia

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

A teoria da publicidade revela-se mais adequada às características do ato administrativo, de modo geral. Para provocar repercussão no mundo jurídico a decisão da Administração deve ser exteriorizada mediante os meios de publicidade. A publicidade do ato, ponto relevante da forma, tem por finalidade introduzi-lo na ordem jurídica.

A entrada em vigor, a partir da qual podem decorrer direitos, obrigações, faculdades, subordina-se a condições de publicidade posteriores à assinatura, como exemplo, a inserção no jornal oficial, a afixação em local de fácil acesso, a notificação pessoal, a ciência no próprio expediente.

[...] Eficácia quer dizer realização do efeito ou efeitos a que o ato administrativo visa – é a produção de efeitos jurídicos. Para que possa ser eficaz o ato administrativo deve ter vigência – antes da entrada em vigor, não se pode cogitar de eficácia. (p. 138 e 139)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Apesar de essa regra não constar expressamente da Constituição Federal, **para atos normativos**, de quaisquer dos Poderes, a **publicação é condição da sua eficácia** nos termos do art. 1º, Decreto-Lei n. 4.657/42, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.³⁸ Quanto aos **atos individuais**, a Lei do Processo Administrativo Federal estabelece a **exigência de publicação dos atos administrativos** no Diário Oficial (art. 2º, parágrafo único, V, Lei n. 9.784/99).

Há uma série de outros dispositivos legais específicos que condicionam a eficácia de atos e de contratos administrativos à publicação oficial. A Lei Geral de Licitações e de Contratos Administrativos (Lei n. 8.666/93, art. 61, parágrafo único), por exemplo, estabelece que a publicação de um resumo (extrato) dos contratos é condição para ele poder produzir efeitos. (p. 184)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

O exemplo clássico é a exigência de publicação do ato administrativo no Diário Oficial ou a intimação da parte interessada para manifestar-se.

Veja-se que a **publicação no Diário Oficial ou a intimação não são requisitos de validade do decreto ou do ato objeto da intimação. O ato administrativo existe e é válido, mas não produz todos os seus efeitos enquanto não atendida uma exigência formal complementar. Basta ser cumprida essa formalidade para alterar-se o grau de eficácia do ato administrativo.**

De modo genérico, os **requisitos formais quanto à eficácia do ato administrativo** se relacionam a atos complementares, pertinentes à sua **publicidade** e ao conhecimento de sua existência por pessoas determinadas ou indeterminadas. (p. 184)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Modernamente, tem-se entendido que cada hipótese precisa ser analisada separadamente, inclusive a lei que disponha sobre ela. **Em várias situações, a falta de publicidade não retira a validade do ato, funcionando como fator de eficácia:** o ato é válido, mas inidôneo para produzir efeitos jurídicos. (p. 108)

Corrente 1.2: A publicidade é condição de eficácia dos atos gerais e/ou atos externos

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

No que tange aos destinatários, os atos administrativos são classificados em gerais e individuais. Os **atos gerais** são os que possuem caráter geral, abstrato, impessoal, com finalidade normativa, alcançando todos que se encontram na situação, de fato, abrangida por seus preceitos, atingindo a coletividade como um todo. Como exemplo, destacam-se os regulamentos, as instruções normativas, além de outros. Esses atos prevalecem sobre os atos individuais e **dependem de publicação para produzir efeitos externos.**

[...] Os **atos externos**, ou de efeitos externos, como também são denominados, são os de alcance mais abrangente, traduzindo-se em qualquer providência de efeitos externos, disseminando seus efeitos sobre os administrados, os contratantes e, em casos especiais, os próprios servidores públicos.

Esses atos emanam da Administração e inevitavelmente produzem efeitos dentro das repartições e órgãos públicos, além da produção de efeitos para

fora, atingindo, inclusive, os particulares. Em razão desse último efeito, **os atos externos dependem de publicação em órgão oficial.** (p. 356)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020. (MC)

Os atos gerais dependem de publicação para que estejam aptos a **produzir efeitos** e prevalecem sobre as condutas individuais, definindo padrões de comportamentos a serem observados pelos administradores públicos. (p. 301)

Corrente 1.3: A publicidade é condição de eficácia dos atos externos ou que oneram o patrimônio público

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

A doutrina usualmente sustenta que, nessa acepção, a **publicidade é um pressuposto de eficácia do ato, senão um requisito de validade**. Significa dizer, **enquanto não for publicado, o ato que deva sê-lo fica, tão somente, impossibilitado de produzir os efeitos que lhe são próprios** - mas não se trata de um ato inválido.

A **exigência de publicação oficial de atos da administração pública que devam produzir efeitos externos, ou que onerem o patrimônio público, é inerente à própria noção de Estado democrático de direito** uma vez que o reconhecimento de que o legítimo titular da coisa pública é o povo implica assegurar a este os mais amplos meios de controle da atuação daquela - a administração pública - que é mera gestora de seus bens e interesses. (p. 208-209)

Corrente 2: A publicidade do ato torna-o perfeito, o que, por sua vez, é pressuposto da eficácia

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovdm, 2015 (DCJ)

Assim, o ato administrativo é perfeito quando exauridas as fases necessárias à sua produção. **Ato perfeito é o que completou o ciclo necessário à sua formação; é ato pronto, concluído e acabado. Perfeição, portanto, é a situação do ato cujo processo de elaboração está concluído** (o agente redigiu o ato, o assinou e o **publicou**) (p. 108)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

A última classificação leva em consideração o critério da formação dos atos, dividindo-os em quatro espécies:

a) **atos perfeitos**: são os atos que completaram o seu ciclo de formação e estão aptos para produção de efeitos jurídicos, **o que ocorre efetivamente com a sua publicação** (ex.: publicação do ato de exoneração do servidor); [...] (p. 537)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Ato perfeito é aquele que está em condições de produzir efeitos jurídicos, porque já completou todo o seu ciclo de formação. Não se confundem perfeição e validade; a primeira diz respeito às etapas de formação do ato, exigidas por lei para que ele produza efeitos. Por exemplo, **um ato que seja motivado, reduzido a escrito, assinado, publicado, está perfeito em sua formação**, se a lei não contiver qualquer outra exigência. (p. 509-510)

Corrente 3: A exteriorização do ato é condição de existência

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Preferimos, pois, sistematizar o assunto de outro modo, levando em conta que, dentre os assim chamados, **dois são, realmente, elementos**, ou seja, realidades intrínsecas do ato. Em uma palavra, componentes dele, a saber: o conteúdo e a **forma**.

[...] **Sem os elementos não há ato algum, administrativo ou não.**

Forma é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência. A forma pode, eventualmente, não ser obrigatória, isto é, ocorrerá, por vezes, ausência de prescrição legal sobre uma norma determinada, exigida para a prática do ato. Contudo, **não pode haver ato sem forma, porquanto o Direito não se ocupa de pensamentos ou intenções enquanto não traduzidos exteriormente.**

Ora, como a forma é o **meio de exteriorização do ato, sem forma não pode haver ato.**

Não se deve confundir forma, na acepção enunciada, com formalização, que é um modo específico de apresentação da forma, ou seja, uma dada

solenização requerida para o ato. Esta última é um pressuposto formalístico. (p. 402)

Não se posicionam

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ato perfeito é o que obedeceu às etapas de formação, exigidas em lei, para que ele produza efeitos jurídicos, por exemplo, um ato motivado, reduzido a escrito, assinado e **publicado**. A validade seria a conformidade do ato com a lei, como, por exemplo, a motivação deve referir-se a motivos reais, a autoridade que assina deve ser competente etc. (p. 92)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

A doutrina discute a natureza jurídica do dever de publicação dos atos administrativos gerais. A corrente majoritária (Hely Lopes Meirelles) sustenta ser condição de eficácia do ato. Assim, por exemplo, se o governador assina decreto e deixa de enviá-lo para publicação no Diário Oficial, o ato já existe, embora sem irradiar efeitos, exigindo para eventual revogação a expedição de um segundo decreto voltado à extinção do primeiro.

Para outros autores (**corrente minoritária**), a publicação dos atos gerais constitui elemento de existência, de modo que antes da publicação no Diário Oficial o ato não ingressa no mundo do direito, sendo vazio de significado jurídico. Por isso, arrependendo-se do conteúdo de um decreto assinado, mas ainda não publicado, o governador pode simplesmente desconsiderá-lo, inexistindo a necessidade de expedição de outro decreto revocatório. (p. 249-250)

Não aborda

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Conclusão

Publicidade como condição de eficácia ou existência do ato administrativo

Corrente 1.1: A publicidade do ato é a sua condição de eficácia (OM; ASA; MJF; JSCF)

Corrente 1.2: A publicidade é condição de eficácia dos atos gerais e/ou atos externos (FM; MC)

Corrente 1.3: A publicidade é condição de eficácia dos atos externos ou que oneram o patrimônio público (MA e VP)

Corrente 2: A publicidade do ato torna-o perfeito, o que, por sua vez, é pressuposto da eficácia (DCJ; RCRO; MSZDP)

Corrente 3: A exteriorização do ato é condição de existência (CABM)

Não se posicionam: (IPN; AM)

Não aborda: (DFMN)

DIVERGÊNCIA 143 - Alcance da presunção de legitimidade/legalidade dos Atos Administrativos

Corrente 1.1: A presunção de legitimidade alcança todos os atos da Administração e/ou atos administrativos em geral

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Presunção de legitimidade - é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção juris tantum de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo. Com efeito - bem o disse Ney José de Freitas, em oportuna monografia-, "a impugnação pulveriza e elimina a presunção de validade, e daí em diante a questão será resolvida no sítio da teoria geral da prova". **Esta, sim, é uma característica comum aos atos administrativos em geral [...]**. (p. 427)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Quanto ao **alcance da presunção**, cabe realçar que ela existe, com as **limitações já analisadas, em todos os atos da Administração, inclusive os de direito privado**, pois se trata de prerrogativa inerente ao Poder Público, **presente em todos os atos do Estado, qualquer que seja a sua natureza**. (p. 470)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021 (MA e VP)

A presunção de legitimidade ou presunção de legalidade é um atributo presente em todos os atos administrativos, quer imponham obrigações, quer reconheçam ou confirmem direitos aos administrados. Esse atributo deflui da própria natureza do ato administrativo, está presente desde o nascimento do ato e independe de norma legal que o preveja. (p. 500)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (AM)

A presunção de legitimidade é um atributo universal aplicável a todos os atos administrativos e atos da Administração. (p. 470)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Os atos administrativos, quando editados, trazem em si a presunção de legitimidade, ou seja, a presunção de que nasceram em conformidade com as devidas normas legais, como bem anota DIEZ. Essa característica não depende de lei expressa, **mas deflui da própria natureza do ato administrativo, como ato emanado de agente integrante da estrutura do Estado.** (p. 270)

Corrente 1.2: A presunção de legitimidade alcança todos os atos da administração, salvo os atos privados, atos manifestamente ilegais e atos que envolvam prova de fato negativo por parte do particular

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Ressalte-se que não são todos os atos emanados do Poder Público que possuem o atributo da presunção de legitimidade e de veracidade, tais como: a) **atos privados da Administração**: aplica-se, no caso, o mesmo regime jurídico destinado aos atos privados em geral praticados por particulares (ex.: os atos privados das empresas públicas e sociedades de economia mista, que desempenham atividades econômicas, não possuem a presunção de legitimidade e de veracidade, uma vez que tais entidades estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, na forma do art. 173, § 1.º, II, da CRFB);⁵¹ b) **atos manifestamente ilegais**; e c) **atos que envolvam prova de fato negativo por parte do particular**: em razão da impossibilidade de prova de fato negativo (prova impossível ou “diabólica”), cabe à Administração, e não ao particular, o ônus da prova (ex.: particular alega que não foi intimado para se manifestar em processo administrativo, hipótese em que a Administração deverá comprovar a prática do ato). (p. 530)

Corrente 1.3: A presunção de legitimidade alcança somente o conteúdo do ato e não a sua forma; sendo a comprovação do devido processo ônus da Administração Pública e não do administrado

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

A existência da presunção de legitimidade depende do cumprimento dos requisitos formais necessários. Não se alude à presunção de existência nem à presunção de validade do ato administrativo. Não é casual utilizar a fórmula presunção de legitimidade. Ou seja, a **presunção alcança o conteúdo do ato, não a sua forma**. Assim, não basta que um sujeito afirme estar investido na titularidade de competência para que seus atos sejam presumidos como legítimos. É perfeitamente cabível exigir a comprovação da titularidade de cargo ou função pública. Isso significa que **a autoridade destituída de competência não pode invocar a presunção de legitimidade do ato administrativo como fundamento para impor seu cumprimento**. Não existe presunção de existência e titularidade de competência administrativa. Alguém se afirmar titular de um cargo ou função é insuficiente para gerar presunção de existência dessa situação fática. Apresentar um papel preenchido com algumas palavras não gera o dever de observância para o particular. Para surgir a presunção de legitimidade, o ato administrativo deverá apresentar um grau mínimo de aparência de perfeição, indicando o cumprimento das exigências e requisitos necessários à sua existência.

Ademais, a **presunção depende de a Administração Pública comprovar o cumprimento do devido processo, necessário e inafastável a fundamentar suas afirmativas**. Assim, se o ato administrativo afirma a ocorrência de certo fato, **não se pode atribuir ao particular o ônus de provar sua inocorrência – até porque é impossível produzir prova de fatos negativos**. É impossível provar que um fato não ocorreu; quando muito se pode provar a ausência de condições para sua ocorrência ou a consumação de fatos incompatíveis com sua verificação. (p. 180)

Corrente 1.4: A presunção de legitimidade alcança todos os atos administrativos, mas não afasta a obrigação da Administração de demonstrar a verdade

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017 (FM)

[...] Para os atos administrativos, essa presunção é relativa, admitindo-se a contestação. O ônus cabe a quem alega a ilegitimidade ou ilegalidade

do ato. Todavia, alguns doutrinadores apontam a existência de inversão do ônus da prova, o que não é correto, primeiro porque a questão é de direito, não tendo fatos a serem provados. E mais, ainda que se venha a admitir a necessidade de produção de provas, não há que se falar em inversão do dever de provar. **A presunção inverte o ônus de agir, tendo em vista que esta não afasta a obrigação da Administração de demonstrar a verdade.** Diversos fundamentos são utilizados para justificar a presença desse atributo:

- a) a existência de um procedimento prévio, com a obediência às formalidades que precedem a sua edição, constituindo, ao menos no plano teórico, uma garantia de observância à lei;
- b) o fato de ser uma forma de expressão da soberania do Estado, portanto, a autoridade que pratica o ato o faz como manifestação da vontade do povo, o que, por si só, é suficiente para legitimar a sua prática;
- c) decorre da necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos;
- d) esses atos se sujeitam a um rigoroso controle realizado dentro da própria Administração e pelo Poder Judiciário, sempre com a finalidade de garantir a obediência à lei, impedindo a manutenção de atos ilegais, não restando justificativa para a sua realização;
- e) por fim, a própria aplicação do princípio da legalidade que, para o direito público, estabelece que o administrador só pode fazer o que a lei autoriza ou determina, cabendo a ele a sua tutela, o que justifica a presunção desses atos.

(p. 353)

Corrente 2: A presunção de legalidade/legitimidade dos atos administrativos deve ser aplicada à luz das exigências do devido processo legal, não devendo ser aplicada amplamente

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

As consequências práticas da **presunção de legitimidade** são duas. Em primeiro lugar, os atos administrativos podem ser imediatamente executados (autoexecutoriedade). Além disso, o ônus da prova da ilegalidade do ato cabe a quem alega (presunção relativa). Ou seja, não é a Administração que tem de provar que o ato é legal ou que os fatos por ela invocados realmente ocorreram, **sem embargo das críticas com as quais concordamos a uma aplicação exageradamente ampla desse atributo, que deve ser vista à luz das exigências do devido processo legal.**

(p. 334)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidem, 2015 (DCJ)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidem, 2020. (MC)

Conclusão

Alcance da presunção de legitimidade/legalidade dos Atos Administrativos

Corrente 1.1: A presunção de legitimidade alcança todos os atos da Administração e/ou atos administrativos em geral (CABM; MSZDP; MA e VP; AM; JSCF)

Corrente 1.2: A presunção de legitimidade alcança todos os atos da administração, salvo os atos privados, atos manifestamente ilegais e atos que envolvam prova de fato negativo por parte do particular (RCRO)

Corrente 1.3: A presunção de legitimidade alcança somente o conteúdo do ato e não a sua forma; sendo a comprovação do devido processo ônus da Administração Pública e não do administrado (MJF)

Corrente 1.4: A presunção de legitimidade alcança todos os atos administrativos, mas não afasta a obrigação da Administração de demonstrar a verdade (FM)

Corrente 2: A presunção de legalidade/legitimidade dos atos administrativos deve ser aplicada à luz das exigências do devido processo legal, não devendo ser aplicada amplamente (ASA)

Não abordam: (OM; DCJ; IPN; DFMN; MC)

DIVERGÊNCIA 144 - Distinção entre Eficácia e Perfeição dos Atos Administrativos

Corrente 1: Eficácia é a capacidade de produção de efeitos jurídicos e a Perfeição é o cumprimento de todo o ciclo de formação

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Considera-se **perfeito** o ato administrativo que **resultou do cumprimento de todas as fases relativas à sua formação**, podendo, então, ingressar no mundo jurídico. [...] **Eficácia** quer dizer realização do efeito ou efeitos a que o ato administrativo visa – é a **produção de efeitos jurídicos**. Para que possa ser eficaz o ato administrativo deve ter vigência – antes da entrada em vigor, não se pode cogitar de eficácia. (p. 138-139)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Atos administrativos **perfeitos** são os que possuem **todos os cinco elementos da sua formação**: o ato existe.
[...] Por sua vez, os atos administrativos **eficazes são aqueles que estão aptos a produzir efeitos** por não estarem sujeitos a prazo, condição suspensiva, publicação ou ato controlador de outra autoridade. (p. 340-341)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

[...] ato administrativo é **perfeito** quando esgotadas as fases necessárias à sua produção. Portanto, ato perfeito é o que **completou o ciclo necessário à sua formação**. Perfeição, pois, é a situação do ato cujo processo de formação está concluído.

[...] O ato administrativo é eficaz quando está disponível para a produção de seus efeitos próprios; ou seja, quando o desencadear de seus efeitos típicos não se encontra dependente de qualquer evento posterior, como uma condição suspensiva, termo inicial ou ato controlador a cargo de outra autoridade. **Eficácia, então, é a situação atual de disponibilidade para produção dos efeitos típicos, próprios, do ato.** (p. 394 e 396)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodvidm, 2015 (DCJ)

Assim, o ato administrativo é perfeito quando exauridas as fases necessárias à sua produção. **Ato perfeito é o que completou o ciclo necessário à sua formação**; é ato pronto, concluído e acabado. Perfeição, portanto, é a situação do ato cujo processo de elaboração está concluído (o agente redigiu o ato, o assinou e o publicou). **Não se confunde perfeição com validade e eficácia.**

[...] O ato administrativo é **eficaz quando se encontra apto a produzir seus efeitos** típicos ou próprios. (p. 108)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

É oportuno registrar que o ato administrativo pode ser: a) **perfeito**, válido e **eficaz**: ato que **concluiu o seu ciclo de formação**, com a presença de todos seus elementos, em compatibilidade com a lei e **apto para produção dos efeitos típicos**. (p. 512)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Um ato é **perfeito** quando **completa seu ciclo de formação**, ou seja, quando contém seus elementos essenciais, existindo como entidade jurídica. Logo, imperfeito ou inexistente é o ato que ainda não completou seu ciclo de formação e que, na maioria dos casos, não esgotou as fases necessárias à produção de seus efeitos jurídicos.

Eficaz é o ato que se encontra em estado atual de produtividade de seus efeitos, como, por exemplo, quando não há condição suspensiva ou termo. A **eficácia é a aptidão do ato em produzir efeitos jurídicos típicos (próprios) num caso concreto**. (p. 92)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

A **perfeição do ato administrativo consiste na conclusão de seu ciclo de formação**, significa dizer, é a situação do ato cujo processo de formação já está concluído, quando esgotadas as fases necessárias à sua produção.

[...] O ato eficaz é aquele apto a produzir efeitos próprios, ou seja, quando seus efeitos típicos, ao serem desencadeados, não se encontram dependentes de qualquer evento posterior, como uma condição suspensiva, termo inicial

ou ato controlador a cargo de outra autoridade. **Eficácia é a situação atual de disponibilidade para a produção de efeitos** típicos, próprios do ato, quando o ato está pronto para atingir o fim a que foi destinado. (p. 367-368)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Ato perfeito é aquele que está pronto, terminado, que já concluiu o seu ciclo, suas etapas de formação; tem-se um ato perfeito quando já se esgotaram todas as fases necessárias a sua produção. Seu processo de formação está concluído. A perfeição diz respeito ao processo de elaboração do ato: está perfeito o ato em que todas as etapas de seu processo de produção foram concluídas.

[...] **Ato eficaz é aquele que já está disponível para a produção de seus efeitos próprios;** a produção de efeitos não depende de evento posterior, como uma condição suspensiva, um termo inicial ou um ato de controle (aprovação, homologação, ratificação, visto etc.). (p. 476-477)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

O certo é que a perfeição do ato somente vai suceder quando se encerrar esse ciclo de formação. Ressalve-se que perfeição não significa aqui o que não tem vícios; seu sentido é o de “consumação”, “conclusão”.

[...] **Eficácia é a idoneidade que tem o ato administrativo para produzir seus efeitos.** Em outras palavras, significa que o ato está pronto para atingir o fim a que foi destinado. (p. 277)

Corrente 2.1: Eficácia é a capacidade de produção de efeitos jurídicos e não aborda a perfeição dos atos

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

A **eficácia** consiste na aptidão do ato para **produzir efeitos jurídicos**. (p. 177)

Corrente 2.2: Eficácia é a capacidade de produção de efeitos jurídicos e não aborda a Perfeição, mas sim a Existência do ato

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Esta fundamental característica da **existência** resulta, simplesmente, da integração dos elementos do ato administrativo. **Uma vez suficientemente preenchidos seus cinco elementos - competência, finalidade, forma, motivo e objeto - o ato passa a existir no mundo do direito, incorporando-se à ordem jurídica.**

O ato administrativo, uma vez existente e válido, por ser imperativo e presumidamente verdadeiro, legal, legítimo e lícito, **estará apto a produzir os efeitos** a que se destina, contidos em seu objeto, e que devem ser aqueles resultados jurídicos pretendidos pelo agente e admitidos pela ordem jurídica. **A esta característica denomina-se eficácia.** (p. 228-229)

Corrente 2.3: Eficácia é a capacidade de produção de efeitos jurídicos e aborda a Perfeição como sinônimo de Existência do ato, sendo o cumprimento do ciclo de formação

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

O plano da existência ou da perfeição consiste no cumprimento do **ciclo de formação** do ato.

[...] **O plano da eficácia está relacionado com a aptidão do ato para produzir efeitos jurídicos.** (p. 480)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidem, 2020. (MC)

A perfeição ou existência do ato administrativo decorre do cumprimento das etapas necessárias à formação do ato. O ato administrativo é perfeito quando cumpre todos os trâmites previstos em lei para a constituição. Completou o ciclo de formação, tendo sido esgotadas as etapas do seu processo constitutivo.

[...] Trata-se da **aptidão para produção de efeitos concedida ao ato administrativo. Alguns têm eficácia imediata**, logo após a publicação, mas outros podem ter sido editados com previsão de termos iniciais ou condições

suspensivas, sendo atos ineficazes, portanto, enquanto a situação de pendência não for resolvida. (p. 295)

Corrente 3: O conceito de Eficácia está contido no conceito de Perfeição

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Ato perfeito é aquele que está em condições de produzir efeitos jurídicos, porque já completou todo o seu ciclo de formação. (p. 510)

Conclusão

Distinção entre eficácia e perfeição dos atos administrativos

Corrente 1: Eficácia é a capacidade de produção de efeitos jurídicos e a Perfeição é o cumprimento de todo o ciclo de formação (OM; ASA; CABM; DCJ; RCRO; IPN; FM; MA e VP; JSCF)

Corrente 2.1: Eficácia é a capacidade de produção de efeitos jurídicos e não aborda a perfeição dos atos (MJF)

Corrente 2.2: Eficácia é a capacidade de produção de efeitos jurídicos e não aborda a perfeição, mas sim a existência do ato (DFMN)

Corrente 2.3: Eficácia é a capacidade de produção de efeitos jurídicos e aborda a perfeição como sinônimo de existência do ato, sendo o cumprimento do ciclo de formação (AM; MC)

Corrente 3: O conceito de eficácia está contido no conceito de perfeição (MSZDP)

DIVERGÊNCIA 145 - Elenco de Características/Atributos dos Atos Administrativos

Corrente 1: Presunção de legalidade/legitimidade/veracidade, autoexecutoriedade e imperatividade

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

- a) presunção de legalidade [...]**
- b) autoexecutoriedade [...]**
- c) imperatividade [...]** (p. 139-140)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

- **Presunção de legitimidade [...]**
- **Imperatividade [...]**
- **Autoexecutoriedade [...]** (p. 333-335)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

Alude-se aos atributos do ato administrativo, que são:

- **a presunção de legitimidade (e de regularidade),**
- **a imperatividade e a**
- **autoexecutoriedade.** (p. 178)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Os atributos (ou características) dos atos administrativos são:

- a) presunção de legitimidade e de veracidade;**
- b) imperatividade; e**
- c) autoexecutoriedade.** (p. 529)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

São atributos ou características do ato administrativo: **presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade e autoexecutoriedade.** (p. 86)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Há aqui uma ou outra divergência quanto a tais características, mas estudaremos aqueles que traduzem a singularidade do ato administrativo, na opinião da maior parte dos autores.

1. **Imperatividade** [...]
2. **Presunção de Legitimidade** [...]
3. **Autoexecutoriedade** [...] (p. 269-270)

Corrente 2: Presunção de legalidade/legitimidade/veracidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Salientem-se entre os atributos dos atos administrativos os seguintes:

- a) **Presunção de legitimidade**
- b) **Imperatividade**
- c) **Exigibilidade**
- d) **Executoriedade** (p. 427)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidem, 2015 (DCJ)

Os atributos dos atos administrativos decorrem da posição de supremacia da administração Pública frente aos administrados. São qualidades necessárias às declarações do Estado para que este exerça com eficiência a atividade administrativa. São eles:

- a) **A presunção de legitimidade e veracidade;**
- b) **A imperatividade;**
- c) **A exigibilidade e**
- d) **A executoriedade (ou autoexecutoriedade).** (p. 106)

Corrente 3: Presunção de legitimidade/veracidade, imperatividade, (auto) executoriedade e tipicidade

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na indicação dos atributos do ato administrativo; alguns falam apenas em executoriedade; outros acrescentam a presunção de legitimidade; outros desdobram em inúmeros atributos, compreendendo a imperatividade, a revogabilidade, a tipicidade, a estabilidade, a impugnabilidade, a executoriedade (que alguns desdobram em executoriedade e exigibilidade). **Serão aqui consideradas a presunção de legitimidade ou de veracidade, a imperatividade, a executoriedade e a autoexecutoriedade [...];** será analisada também a **tipicidade**. (p. 467)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Os atributos dos atos administrativos descritos pelos principais autores são:

- a) **presunção de legitimidade**
- b) **imperatividade**
- c) **autoexecutoriedade**
- d) **tipicidade** (p. 499)

Corrente 4: Presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade, autoexecutoriedade e tipicidade

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

A doutrina mais moderna faz referência a cinco atributos:

- a) **presunção de legitimidade;** b) **imperatividade;** c) **exigibilidade;** d) **autoexecutoriedade;** e) **tipicidade** (p. 469)

Corrente 5: Presunção de legitimidade/veracidade, imperatividade, coercibilidade, autoexecutoriedade e tipicidade

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020. (MC)

Não obstante a inexistência de uma definição uniforme acerca destas características, a doutrina majoritária costuma apontar a **presunção de legitimidade e de veracidade** dos atos, a **imperatividade, coercibilidade e autoexecutoriedade** como atributos dos atos administrativos, assim como a **tipicidade**, também definida por alguns estudiosos da matéria. **Analisemos cada um desses aspectos separadamente.** (p. 291)

Corrente 6: Imperatividade, existência, validade, eficácia, exequibilidade, executoriedade, efetividade e relatividade

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Por características dos atos administrativos entendem-se os distintos atributos que mais comumente podem apresentar o ato administrativo, destacando algumas de suas características e que explicam as suas peculiaridades no mundo do direito, ainda que não lhe sejam essenciais. O elenco dessas características no Direito Administrativo brasileiro, como originalmente desenvolvido por Hely Lopes Meirelles há meio século, em obra clássica em que empregou esta denominação, já alinhava cinco características, que são aqui ampliadas para oito: **imperatividade, existência, validade, eficácia, exequibilidade, executoriedade, efetividade e relatividade.** (p. 228)

Não se posiciona

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Os atos administrativos, como manifestação do Poder Público, possuem atributos que os diferenciam dos atos privados e lhes conferem características peculiares. Entretanto, mais uma vez, a doutrina é divergente a respeito do assunto, pois não há uma definição exata quanto à sua enumeração. **Para a maioria, são a presunção de legitimidade ou de veracidade, a autoexecutoriedade e a imperatividade, embora alguns doutrinadores incluam um quarto atributo, a tipicidade.** (p. 353)

Conclusão

Elenco de características/atributos dos atos administrativos

Corrente 1: Presunção de legalidade/legitimidade/veracidade, autoexecutoriedade e imperatividade (OM; ASA; MJF; RCRO; IPN; JSCF)

Corrente 2: Presunção de legalidade/legitimidade/veracidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade (CABM; DCJ)

Corrente 3: Presunção de legitimidade/veracidade, imperatividade, (auto) executoriedade e tipicidade (MSZDP; MA e VP)

Corrente 4: Presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade, autoexecutoriedade e tipicidade (AM)

Corrente 5: Presunção de legitimidade/veracidade, imperatividade, coercibilidade, autoexecutoriedade e tipicidade (MC)

Corrente 6: Imperatividade, existência, validade, eficácia, exequibilidade, executoriedade, efetividade e relatividade (DFMN)

Não se posiciona (FM)

DIVERGÊNCIA 146 - Concepções de ato enunciativo e sua produção de efeitos

Corrente 1.1: Concepção abrangente do ato enunciativo (opinitivo e declaratório) e sem produção de efeitos jurídicos por si só

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidem, 2015 (DCJ)

Atos meramente enunciativos - São os atos cujos efeitos se prestam apenas a emitir um juízo de conhecimento ou de opinião, testando ou reconhecendo uma determinada situação de fato ou de direito. Eles simplesmente manifestam a opinião ou o conhecimento da Administração Pública sobre determinada situação fática ou jurídica, sem produzirem qualquer efeito jurídico imediato. Por isso mesmo, são denominados em doutrina como meros atos administrativos, de que são exemplos as **certidões, declarações, informações e pareceres**. (p. 120)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Os **atos enunciativos** ou de conhecimento, que apenas **atestam ou declaram a existência de um direito ou situação**, como os atestados, certidões, declarações, informações (p. 466)

[...] **Ato enunciativo** é aquele pelo qual a Administração **apenas atesta ou reconhece determinada situação de fato ou de direito**. Alguns autores acham, com razão, que esses atos não são atos administrativos propriamente ditos, porque não produzem efeitos jurídicos. Correspondem à categoria, já mencionada, dos meros atos administrativos. Eles **exigem a prática de um outro ato administrativo, constitutivo ou declaratório, este sim produtor de efeitos jurídicos**. São atos enunciativos as **certidões, atestados, informações, pareceres, vistos**. **Encerram juízo, conhecimento ou opinião e não manifestação de vontade produtora de efeitos jurídicos**. (p. 512)

Corrente 1.2: Concepção abrangente do ato enunciativo (opinativo e declaratório), produzindo efeitos por si só, os atos de conteúdo declaratórios, enquanto os de conteúdo opinativo não produzem

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Em uma acepção estrita, “atos enunciativos” são definidos como atos que contêm apenas um juízo de valor, uma opinião, uma sugestão ou uma recomendação de atuação administrativa. São exemplo típico de atos com esse conteúdo os pareceres. O que caracteriza os atos enunciativos assim descritos é não produzirem eles, por si sós, efeitos jurídicos quaisquer, dependendo sempre de um outro ato, de conteúdo decisório, que eventualmente adote como razão de decidir a fundamentação expendida no ato enunciativo.

Em um **sentido mais abrangente** - de emprego mais tradicional na doutrina -, são **também “atos enunciativos” os atos de conteúdo declaratório (e não meramente opinativo)**, tais como as certidões e os atestados.

[...] **Adotando a definição ampla** - a qual pensamos ser a mais tradicional [...]

[...] É interessante observar que alguns administrativistas que adotam o conceito amplo de atos enunciativos costumam asseverar que tais atos, **por si sós, não produzem efeitos jurídicos**.

Concordamos plenamente com essa afirmação no que respeita aos atos cujo conteúdo é simplesmente a exposição de uma opinião, de uma sugestão ou de uma recomendação, tais como os pareceres.[...]

Diferentemente, os **atos de conteúdo declaratório**, como as certidões e os atestados, segundo pensamos, **produzem, sim, efeitos jurídicos por si sós**. Tal efeito consiste em conferir certeza a determinada situação fática ou jurídica. (p. 515-516)

Corrente 1.3: Concepção abrangente do ato enunciativo (opinativo e declaratório) e não aborda a produção ou não de efeitos jurídicos

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

c) atos enunciativos: atestam determinados fatos ou direitos, bem como envolvem, eventualmente, juízos de valor (ex.: certidão que atesta o tempo de serviço do servidor; pareceres que retratam juízos de valor dos agentes públicos). Os atos declaratórios e enunciativos guardam profundas

semelhanças, razão pela qual parcela da doutrina, ao tratar da presente classificação, menciona apenas os atos constitutivos e declaratórios. (p. 533) [...] Os **atos administrativos enunciativos** são aqueles que **expressam opiniões ou que certificam fatos no âmbito da Administração Pública**. São espécies de atos enunciativos os pareceres, as certidões, os atestados e o apostilamento. (p. 544)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Atos administrativos enunciativos. São atos que não veiculam qualquer manifestação de vontade original da Administração, contendo, apenas, **declarações de atos, fatos ou opiniões**, constantes de registros, processos e arquivos públicos, sendo sempre, por isso, vinculados quanto ao motivo e ao objeto. (p. 248)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

Tradicionalmente, são os atos administrativos que **estabelecem opiniões e conclusões** do ente estatal como, por exemplo, os pareceres, sendo, também, considerados enunciativos aqueles que **verificam e atestam situação de fato ocorrida que afeta a atuação estatal**. (p. 311)

Corrente 2: Conceção estrita de ato enunciativo (opinativo) e não aborda a produção de efeitos jurídicos por si só

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Por fim, temos os **atos enunciativos**, cuja característica é a de indicarem **juízos de valor, dependendo, portanto, de outros atos de caráter decisório**. O exemplo típico é o dos pareceres. Diga-se, aliás, que tais atos não são considerados como típicos atos administrativos por alguns autores. (p. 285)

Primitivamente considerávamos tais atos [certidões, atestados e declarações] como enunciativos, em atenção à doutrina clássica. Melhor refletindo, **passamos a tê-los como declaratórios, porque neles o agente público declara situação jurídica**. Assim, reservamos a primeira categoria para **os atos em que o agente exprime juízo de valor** – caso específico dos pareceres, como acentuamos anteriormente. (p. 249)

Corrente 3: Concepção formalística de ato enunciativo, sem produção de efeitos jurídicos por si só

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Enunciativos são atos que atestam uma situação existente. **São atos administrativos apenas em sentido formal (atos da Administração), porque materialmente não contêm, via de regra, nenhuma declaração de vontade da Administração.** São enunciativos os atestados, as certidões, os pareceres e os votos. (p. 91)

[...] Diz-se que o parecer é **ato enunciativo, pois ele por si próprio não produz efeito jurídico**. O ato administrativo editado com base no parecer é que produzirá os efeitos desejados. (p. 123)

Corrente 4: Concepção restritíssima de ato enunciativo (só declaratório, sem opinativo) e não aborda a produção de efeitos jurídicos por si só

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Atos enunciativos ou de pronúncia **certificam ou atestam situação existente, não contendo manifestação de vontade**. (p. 533)

Não se posiciona

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Os **atos enunciativos** são todos aqueles em que a Administração se limita a **certificar ou atestar um determinado fato, ou então a emitir uma opinião acerca de um tema definido**. São exemplos a certidão, a emissão de atestado e o parecer.

Esse mesmo conceito é **denominado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro** de “mero ato administrativo”, e a autora conceitua: “no mero ato administrativo há uma declaração de opinião (parecer), conhecimento (certidão) ou desejo (voto num órgão colegiado)”, alertando, ainda, que há divergência sobre a possibilidade de encaixá-los ou não como espécie de ato administrativo, reconhecendo que para muitos autores “eles não têm esta natureza, porque não produzem efeitos jurídicos imediatos”. Por fim, a autora

distingue esses atos dos atos administrativos propriamente ditos, que são aqueles em que há uma declaração de vontade da Administração voltada para a obtenção de determinados efeitos jurídicos definidos em lei.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os meros atos administrativos são sinônimos de atos puros e “correspondem à simples manifestação de conhecimento (como uma certidão) ou de desejo (como um voto em órgão colegiado), nos quais os efeitos jurídicos descendem diretamente da lei, de tal sorte que o ato nada mais faz que implementar uma condição legal para a deflagração deles”.

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Conclusão

Concepções de ato enunciativo e sua produção de efeitos

Corrente 1.1: Concepção abrangente do ato enunciativo (opinativo e declaratório) e sem produção de efeitos jurídicos por si só (DCJ; MSZDP)

Corrente 1.2: Concepção abrangente do ato enunciativo (opinativo e declaratório), produzindo efeitos por si só, os atos de conteúdo declaratórios, enquanto os de conteúdo opinativo não produzem (MA e VP)

Corrente 1.3: Concepção abrangente do ato enunciativo (opinativo e declaratório) e não aborda a produção ou não de efeitos jurídicos (RCRO; DFMN; MC)

Corrente 2: Concepção estrita de ato enunciativo (opinativo) e não aborda a produção de efeitos jurídicos por si só (JSCF)

Corrente 3: Concepção formalística de ato enunciativo, sem produção de efeitos jurídicos por si só (IPN)

Corrente 4: Concepção restritíssima de ato enunciativo (só declaratório, sem opinativo) e não aborda a produção de efeitos jurídicos por si só (AM)

Não se posiciona: (FM)

Não abordam: (OM; ASA; MJF; CABM)

DIVERGÊNCIA 147 - Natureza jurídica do parecer

Corrente 1: Parecer é um ato administrativo

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Sob tal critério são agrupados os **principais atos administrativos** segundo o modo como se exteriorizam os respectivos conteúdos. (p. 141)

[...] o) **Parecer** – é **ato que veicula entendimento de órgãos técnicos em geral ou jurídicos** a respeito de questões e dúvidas relacionadas à respectiva área de atuação. (p. 144)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

XII. Atos administrativos "in specie"

Em função do conteúdo

[...] h) **Parecer** - é a **manifestação opinativa de um órgão consultivo** em que este expede sua apreciação sobre o que lhe é submetido (p. 448)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

9.2. Classificação específica ou tipológica

É a **classificação dos atos administrativos em espécie**. Pode ser dividida em: (p. 121)

II. Quanto à forma

i) **Parecer administrativo** - É uma **fórmula por meio da qual se emitem opiniões sobre assuntos técnicos ou jurídicos**. É feito por órgãos consultivos (ex.: procuradoria jurídica). (p. 125)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Os **pareceres são atos administrativos** que expressam a opinião do agente público sobre determinada questão fática, técnica ou jurídica (ex.: parecer elaborado pelo Procurador do Estado relacionado ao processo de licitação; parecer técnico apresentado em processo de licenciamento ambiental). (p. 544)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Os **atos enunciativos** são os seguintes: os pareceres, as certidões e os atestados.

a) **Parecer**: é o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência. (p. 366)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Pareceres – são atos que contêm opiniões de órgãos técnicos a respeito de problemas e dúvidas que lhe são submetidos, vinculando a Administração quanto à matéria técnica neles contida, sempre que a lei diferentemente não dispuser. (p. 248)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

Parecer: ato administrativo por meio do qual se emite opinião de órgão consultivo do Poder Público, sobre assunto de sua competência, sejam assuntos técnicos ou de natureza jurídica, concluindo pela atuação de determinada forma pelo órgão consulente. (p. 311)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

1. Espécies quanto à forma de exteriorização [do ato administrativo]

Os **pareceres consubstanciam opiniões, pontos de vista de alguns agentes administrativos sobre matéria submetida à sua apreciação**. (p. 293)

[...] Assim, reservamos a **primeira categoria [atos enunciativos]** para os atos em que o agente exprime juízo de valor – caso específico dos **pareceres**, como acentuamos anteriormente. (p. 249)

Corrente 2: Parecer é um ato da Administração (sentido formal)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Enunciativos são atos que atestam uma situação existente. São **atos administrativos apenas em sentido formal (atos da Administração)**, porque materialmente não contêm, via de regra, nenhuma declaração de vontade da Administração. São enunciativos os atestados, as certidões, os **pareceres** e os votos. (p. 91)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Dentre os **atos da Administração**, incluem-se:

[...] 3. os chamados **atos de conhecimento**, opinião, juízo ou valor, que também não expressam uma vontade e que, portanto, também não podem produzir efeitos jurídicos; é o caso dos atestados, certidões, **pareceres**, votos; (p. 456)

[...] Dentre os **atos da Administração** distinguem-se os que produzem e os que **não produzem efeitos jurídicos. Estes últimos não são atos administrativos propriamente ditos**, já que não se enquadram no respectivo conceito.

Nessa última categoria, entram: [...] 4. os atos de opinião, como os **pareceres** e laudos. (p. 466)

No mero ato administrativo, há uma declaração de opinião (parecer), conhecimento (certidão) ou desejo (voto num órgão colegiado). Nem todos os autores consideram os meros atos administrativos como espécie de ato administrativo; para muitos, eles não têm essa natureza, porque não produzem efeitos jurídicos imediatos. **Pela nossa definição de ato administrativo, eles estão excluídos; são atos da Administração.** (p. 506)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Em uma acepção estrita, “atos enunciativos” são definidos como atos que contêm apenas um juízo de valor, uma opinião, uma sugestão ou uma recomendação de atuação administrativa. São **exemplo típico de atos com esse conteúdo os pareceres**.

O ponto comum a todas as definições de “atos enunciativos” apresentadas pelos diferentes autores é a afirmação de que eles **não contêm uma manifestação de vontade da administração. São, portanto, considerados atos administrativos apenas em sentido formal.** (p. 515)

Corrente 3: Parecer é um ato-condição

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

Cada vez mais se verifica a existência de “ato-condição”. Trata-se de **determinado ato cuja prática é insuficiente para gerar algum efeito jurídico autônomo, mas que é condição de validade da prática daquele ato em que se concentra a capacidade decisória estatal**. Assim, é usual que o **parecer jurídico seja “ato-condição” para a decisão administrativa**. (p. 192)

Não se posiciona

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

No passado, houve **quem sustentasse que o parecer não seria ato administrativo em sentido estrito** devido à ausência de caráter prescriptivo-normativo, **mas consistiria em simples ato da administração** (José Cretella Júnior). **Atualmente, predomina na doutrina e nas Bancas de Concurso Público a orientação segundo a qual pareceres têm natureza jurídica de ato administrativo enunciativo** (p. 541)

Não aborda

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Conclusão

Natureza jurídica do parecer

Corrente 1: Parecer é um ato administrativo (OM; CABM; DCJ; RCRO; FM; DFMN; MC; JSCF)

Corrente 2: Parecer é um ato da Administração (sentido formal) (IPN; MSZDP; MA e VP)

Corrente 3: Parecer é um ato-condição (MJF)

Não se posiciona: (AM)

Não aborda: (ASA)

DIVERGÊNCIA 148 - Pareceres obrigatórios e vinculantes como atos enunciativos

Corrente 1: Os pareceres obrigatórios e vinculantes são arrolados como atos enunciativos

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

São espécies de atos enunciativos os pareceres, as certidões, os atestados e o apostilamento.

[...] A doutrina costuma apontar três espécies de pareceres:

[...] b) **obrigatório**: é o parecer que deve ser necessariamente elaborado nas hipóteses mencionadas na legislação, mas a opinião nele contida não vincula de forma definitiva a autoridade responsável pela decisão administrativa, que pode contrariar o parecer de forma motivada; e

c) **vinculante**: é o parecer que deve ser obrigatoriamente elaborado, cujo teor vincula a autoridade administrativa que tem o dever de acatá-lo. (p. 544-545)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

34.16.4. Atos administrativos enunciativos

[...] Na hipótese de se tratarem, estes atos, de Pareceres jurídicos, produzidos pelos órgãos da Advocacia de Estado, na qualidade de exercentes de função constitucional essencial à justiça, nos âmbitos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e praticados no desempenho da atividade constitucionalmente independente da consultoria jurídica dos respectivos entes políticos, os **Pareceres obrigam**, em princípio, a Administração, que, **não obstante, se optar por desconsiderá-los, deverá motivar suficientemente porque o fazem**.

Ainda assim, para reforço dos instrumentos de controle de juridicidade, os sistemas administrativos públicos mais modernos e atentos à sua importância adotam, para maior segurança, as técnicas dos **pareceres normativos e dos pareceres vinculativos**, aos quais se confere uma eficácia geral e abstrata sobre a Administração, submetendo seus entes, órgãos e agentes às motivações jurídicas que neles se contém. (p. 249)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020. (MC)

9.4 Atos Enunciativos.

[...] O parecer poderá ser facultativo, nas situações em que não há obrigatoriedade de sua emissão para a prática regular do ato administrativo, sendo **obrigatório** em hipóteses nas quais a apresentação do ato opinativo é indispensável à regularidade do ato, situações em que a ausência do parecer enseja a nulidade do ato por vício de forma.

Mesmo quando é obrigatório, salvo disposição legal expressa, o parecer não tem natureza vinculante, sendo somente ato que manifesta opinião técnica sobre determinado assunto de interesse da Administração Pública. Em outras palavras, a conclusão do parecer não obriga a autoridade à qual ele se dirige. (p. 311-312)

Corrente 2.1: Os pareceres obrigatórios e vinculantes são arrolados como atos enunciativos, e quando aprovados e estendidos para outros casos, as suas conclusões / soluções ganham normatividade e apenas formalmente tornam-se pareceres normativos

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Os **atos enunciativos** são os seguintes: os pareceres, as certidões e os atestados.

a) Parecer: é o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência. Pode ser: facultativo, quando dispensável para a prática do ato, ficando a critério da Administração solicitá-lo ou não, e **obrigatório**, quando a lei o exige. Nesse caso, o parecer integra o processo de formação do ato, de modo que sua ausência ofende o elemento formal, caracterizando-se um vício de legalidade.

Também se admite a modalidade de parecer vinculante, quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão, sendo que tal obrigatoriedade decorre de previsão legal.

Enfim, reconhece-se, ainda, o denominado “**parecer normativo**”, que ocorre quando o parecer esgota, de forma profunda e estudada, o tratamento a ser dispensado à determinada questão, acatando a autoridade tal orientação, e o estendendo a todas as demais hipóteses idênticas que vierem a acontecer na Administração, passando a representar uma orientação geral. Para tanto, o ato precisa ser aprovado pela autoridade, juntamente com sua indicação de que o tratamento deve ser estendido para outros casos. Percebe-se que a normatividade não é propriamente do parecer, mas da solução que este deu à determinada questão. (p. 266)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

O **parecer é obrigatório** quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; **embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo.**

O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão.

[...] É comum, no âmbito da Administração Pública, fazer-se referência a **parecer normativo**. Na realidade, o **parecer não possui efeito normativo, por si mesmo**; porém, muitas vezes, quando aprovado pela autoridade competente prevista em lei, as **conclusões do parecer tornam-se obrigatórias** para outros órgãos ou entidades da Administração Pública. É o despacho dessa autoridade que dá efeito normativo ao parecer.

Corrente 2.2: Os pareceres obrigatórios e vinculantes são arrolados como atos enunciativos, mas após aprovação, estes tornam-se atos ordinatórios; e aqueles, atos administrativos normativos

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Geralmente tais pareceres são denominados **pareceres vinculantes**. A rigor, apenas na sua origem eles são atos enunciativos, porque, **depois de aprovados, passam a ser verdadeiros atos ordinatórios.**

[...]

Por fim, há pareceres que, depois de aprovados, tornam-se **obrigatórios**, não só para a administração pública, mas para os próprios administrados. Esses pareceres, depois de aprovados, sempre necessitam ser publicados em meio oficial para poderem obrigar os administrados, e não podem, de forma alguma, inovar o direito; o seu conteúdo é meramente interpretativo e deve estar restrito ao conteúdo e ao alcance das leis que interpretem. São conhecidos como **pareceres normativos** porque, realmente, **depois de aprovados e publicados em meio oficial, passam a ter a eficácia de verdadeiras normas administrativas**. Assim, **só na sua origem tais pareceres são atos enunciativos; depois de aprovados pela autoridade competente** (geralmente a autoridade máxima do órgão que tenha competência para dispor acerca da matéria tratada no parecer) e publicados em meio oficial passam a ser, quanto a seus efeitos, **verdadeiros atos**

administrativos normativos (formalmente, o nome do ato costuma ser “parecer normativo”).

Corrente 2.3: Os pareceres obrigatórios são arrolados como atos enunciativos, mas os vinculantes são atos tipicamente decisórios

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

[...] Assim, reservamos a **primeira categoria [atos enunciativos]** para os atos em que o agente exprime juízo de valor – caso específico dos **pareceres**, como acentuamos anteriormente. (p. 249)

[...] Em alguns casos, a Administração não está obrigada a formalizá-los para a prática de determinado ato; diz-se, então, que o parecer é facultativo. Quando é emitido “por solicitação de órgão ativo ou de controle, em virtude de preceito normativo que prescreve a sua solicitação, como preliminar à emanção do ato que lhe é próprio”, dir-se-á **obrigatório**.

[...] Costuma a doutrina fazer referência aos **pareceres vinculantes**, assim conceituados aqueles que impedem a autoridade decisória de adotar outra conclusão que não seja a do ato opinativo, ressaltando-se, contudo, que se trata de regime de exceção e, por isso mesmo, só sendo admitidos se a lei o exigir expressamente. Em nosso entender, porém, há um desvio de qualificação jurídica nesses atos: **pareceres são atos opinativos, de modo que, se o opinamento do parecerista vincula outra autoridade, o conteúdo do ato é tipicamente decisório, e não meramente opinativo, como é de sua natureza**. (p. 294)

Não se posiciona

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

No passado, houve quem sustentasse que o parecer não seria ato administrativo em sentido estrito devido à ausência de caráter prescritivo-normativo, mas consistiria em simples ato da administração (José Cretella Júnior). Atualmente, predomina na doutrina e nas Bancas de Concurso Público a orientação segundo a qual pareceres têm natureza jurídica de ato administrativo enunciativo (p. 541)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovdm, 2015 (DCJ)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Conclusão

Pareceres obrigatórios e vinculantes como atos enunciativos

Corrente 1: Os pareceres obrigatórios e vinculantes são arrolados como atos enunciativos (RCRO; DFMN; MC)

Corrente 2.1: Os pareceres obrigatórios e vinculantes são arrolados como atos enunciativos, e quando aprovados e estendidos para outros casos, as suas conclusões / soluções ganham normatividade e apenas formalmente tornam-se pareceres normativos (FM; MSZDP)

Corrente 2.2: Os pareceres obrigatórios e vinculantes são arrolados como atos enunciativos, mas após aprovação, estes tornam-se atos ordinatórios; e aqueles, atos administrativos normativos (MA e VP)

Corrente 2.3: Os pareceres obrigatórios são arrolados como atos enunciativos, mas os vinculantes são atos tipicamente decisórios (JSCF)

Não se posiciona (AM)

Não abordam (OM; ASA; MJF; CABM; DCJ; IPN)

DIVERGÊNCIA 149 - (Des)Necessidade de ato novo nos casos de Caducidade/Decaimento de Ato Administrativo

Corrente 1: A Caducidade/Decaimento pela perda superveniente do seu suporte normativo é automática

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

d) **retirada porque sobreveio norma jurídica que tomou inadmissível a situação antes permitida pelo Direito e outorgada pelo ato precedente. É a caducidade.** (p. 460)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

O ato administrativo também se extingue pela retirada do ato em razão da prática de outro ato. Ela pode ocorrer em cinco hipóteses:

d) Caducidade - O ato administrativo foi praticado em consonância com a ordem jurídica em vigor, porém **nova lei o torna incompatível com a nova situação criada, causando a sua caducidade.** (p. 126)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

A caducidade é a extinção do ato administrativo quando a situação nele contemplada não é mais tolerada pela nova legislação. O ato administrativo, no caso, é editado regularmente, mas **torna-se ilegal em virtude da alteração legislativa.** (p. 550-551)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

[...] a **caducidade: porque sobreveio norma jurídica que tornou inadmissível a situação antes permitida pelo Direito** e outorgada pelo ato precedente, como na retirada de permissão para explorar parque de diversão em local que, diante de nova lei de zoneamento, se tornou incompatível com aquele tipo de uso ou no caso do bingo, que passou a ser, por norma superveniente, atividade proibida; (p.102)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Tem-se, ainda, a **caducidade**, que consiste na retirada do ato administrativo pelo Poder Público, em razão da superveniência de uma norma jurídica que impede a sua manutenção. Exemplo: a retirada da permissão de uso de bem para a instalação de circo, em virtude do advento da lei do Plano Diretor, que designa o mesmo local para a construção de uma rua, tornando impossível a manutenção da permissão. Ressalte-se que, em tal situação, **tem-se a retirada de um ato administrativo por meio de uma lei**, porquanto sejam atos de hierarquia diferentes, não se admitindo o instituto da revogação. (p. 371)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

A caducidade ocorre quando uma **nova legislação impede a permanência da situação anteriormente consentida pelo poder público**. Surge uma nova norma jurídica que contraria aquela que respaldava a prática do ato. **O ato, que passa a contrariar a nova legislação, extingue-se**. (p. 526-527)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020. (MC)

Trata-se de **extinção do ato administrativo por lei superveniente** que impede a manutenção do ato inicialmente válido. [...] com efeito, lei posterior torna inconveniente a manutenção do ato. (p. 320)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Caducidade aqui significa a perda de efeitos jurídicos em virtude de norma jurídica superveniente contrária àquela que respaldava a prática do ato. **O ato, que passa a ficar em antagonismo com a nova norma, extingue-se**. (p. 313)

Corrente 2: A Caducidade/Decaimento pela perda superveniente do seu suporte normativo necessita da prática de ato novo

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Consiste na extinção do ato em consequência da sobrevinda de norma legal proibindo situação que o ato autorizava. Funciona como uma anulação por causa superveniente. **Como a caducidade não produz efeitos automáticos, é necessária a prática de um ato constitutivo secundário determinando a extinção do ato decaído.** (p. 565)

Não se posicionam

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Diverge a doutrina, no entanto, a respeito de se a extinção pelo decaimento se dá automaticamente, pela própria lei ou pela insubsistência do fato que servira de fundamento, ou se precisa de um outro ato administrativo para reconhecer a sua extinção, com o que haveria a oportunidade inclusive para oferecimento ao cidadão da oportunidade de contraditório para, eventualmente, defender a manutenção do ato. Por essa segunda corrente, o decaimento seria um ato administrativo declaratório (não uma extinção ipso jure) com efeitos retroativos à data da entrada em vigor da lei que o extinguiu. (p. 355)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008:436-438), um ato administrativo extingue-se por: [...] caducidade, em que a retirada se deu “porque sobreveio norma jurídica que tornou inadmissível a situação antes permitida pelo direito e outorgada pelo ato precedente”; (p. 526)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Conclusão

(Des)Necessidade de ato novo nos casos de Caducidade/Decaimento de Ato Administrativo

Corrente 1: A Caducidade/Decaimento pela perda superveniente do seu suporte normativo é automática (CABM; DCJ; RCRO; IPN; FM; MA e VP; MC; JSCF)

Corrente 2: A Caducidade/Decaimento pela perda superveniente do seu suporte normativo necessita da prática de ato novo (AM)

Não se posicionam (ASA; MSZDP)

Não abordam (OM; MJF; DFMN)

DIVERGÊNCIA 150 - Natureza da Contraposição ou Derrubada dos Atos Administrativos

Corrente 1: A contraposição/derrubada é forma de extinção autônoma

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

e) retirada porque foi emitido ato, com fundamento em competência diversa da que gerou o ato anterior, mas cujos efeitos são contrapostos aos daquele. É a contraposição ou derrubada.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

e) Contraposição - Existe quando um ato posterior, elaborado em momento diverso e no exercício de competência diversa, se colide com o ato anterior. Ex.: nomeação e exoneração. O novo ato (exoneração) prevalece e o antigo (nomeação) se extingue. Ocorre aqui uma oposição frontal entre o ato posterior e o anterior. Por isso é também denominada de derrubada. (p. 126)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

5. contraposição: edição de ato com efeitos opostos, por exemplo, a exoneração de funcionário aniquila os efeitos de sua nomeação, ou seja, os efeitos da exoneração derrubam por contraposição os efeitos da nomeação. (p. 102)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Também é possível a extinção dos efeitos de um ato administrativo, mediante o instituto da contraposição, que consiste na edição de um novo ato que, devido a seus efeitos, impede que um anterior continue existindo. Nesse caso, o ato é retirado do ordenamento porque foi emitido outro, com fundamento em competência diversa da que gerou o ato anterior, mas com efeitos contrapostos aos daquele. Exemplo: a exoneração de um funcionário que aniquila os efeitos do ato de nomeação. (p. 371)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Por **fim**, cabe citar a **contraposição**, na qual um ato, emitido com fundamento em uma determinada competência, **extingue outro ato, anterior**, editado com base em competência diversa, ocorrendo a extinção porque os efeitos daquele são opostos aos deste. **O ato anterior será extinto pelo ato superveniente cujos efeitos são a ele contrapostos**. (p. 527)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

10.4.5 Contraposição (derrubada) Ocorre nas situações em que um ato administrativo novo se contrapõe a um ato anterior extinguindo seus efeitos. *In casu*, não se fala em ilegalidade originária ou superveniente da atuação originária, **mas tão somente na impossibilidade de manutenção do ato, por colidir com ato novo que trata da matéria**. (p. 321)

Corrente 2: A contraposição/derrubada é espécie de revogação do ato administrativo

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

A contraposição ou derrubada é a extinção do ato administrativo em razão de sua incompatibilidade material com ato administrativo posterior. Vale dizer: o novo ato se contrapõe ao ato anterior que é extinto do mundo jurídico (ex.: a nomeação do servidor é extinta com o ato de exoneração). **Apesar de mencionada por vários autores como espécie autônoma de extinção dos atos administrativos, entendemos que a contraposição, em verdade, configura espécie de revogação tácita do ato administrativo**. (p. 558)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Ocorre com a expedição de um segundo ato, fundado em competência diversa, cujos efeitos são contrapostos aos do ato inicial, produzindo sua extinção. **A contraposição é uma espécie de revogação** praticada por autoridade distinta da que expediu o ato inicial. Exemplo: ato de nomeação de um funcionário extinto com a exoneração. (p. 566)

Não se posiciona

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008:436-438), um ato administrativo extingue-se por:

e) **contraposição**, em que a retirada se dá “porque foi emitido ato com fundamento em competência diversa que gerou o ato anterior, mas cujos efeitos são contrapostos aos daqueles”; é o caso da exoneração de funcionário, que tem efeitos contrapostos ao da nomeação. (p. 527)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Conclusão

Natureza da contraposição/derrubada dos atos administrativos

Corrente 1: A contraposição/derrubada é forma de extinção autônoma (CABM; DCJ; IPN; FM; MA e VP; MC)

Corrente 2: A contraposição/derrubada é espécie de revogação do ato administrativo (RCRO; AM)

Não se posiciona (MSZDP)

Não abordam (OM; ASA; MJF; DFMN; JSCF)

DIVERGÊNCIA 151 - Convalidação/sanatória de atos administrativos é uma decisão discricionária ou vinculada

Corrente 1.1: A convalidação/sanatória é uma decisão obrigatória/vinculada

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Ao afirmar que os atos com defeitos sanáveis “poderão ser convalidados”, a Lei do Processo Administrativo abertamente tratou da convalidação como faculdade, uma decisão discricionária. A **solução é absurda** porque traz como consequência aceitar que a anulação do ato também é uma opção discricionária. **Se a convalidação é escolha discricionária, então o outro caminho possível diante do ato viciado (anulação) igualmente seria escolha discricionária. Mas isso contraria frontalmente a natureza jurídica da anulação.** É por isso que a doutrina considera a **convalidação como um dever, uma decisão vinculada.** (569)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidem, 2015 (DCJ)

O art. 55 da Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), todavia, distingue os atos administrativos, quanto ao vício de invalidação, em atos nulos e atos anuláveis. Consoante aquele dispositivo legal, "Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração". Assim, não havendo lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, a Administração Pública pode convalidar atos administrativos inválidos, desde que convalidáveis. Cuidase, aí, dos atos anuláveis, porquanto portadores de defeitos sanáveis. Ainda à luz do referido enunciado legal, **a convalidação, admitida nos atos anuláveis, é uma faculdade para a Administração, que desfruta, relativamente a ela, de uma competência discricionária. Nada obstante a dicção legal, aderimos às lições da ilustre autora Weida Zacaner, para quem haverá um dever para a Administração Pública, e não uma faculdade, de convalidar o ato administrativo viciado,** sempre que o ato for suscetível de convalidação e não tenha sido impugnado pelo interessado. Por outro lado, se o ato for insuscetível de convalidação, há para a Administração um dever de invalidá-lo. Isso porque, tanto a convalidação como a invalidação são modos de se restabelecer a ordem jurídica violada: aquela, com o suprimento do vício e a reedição do ato sem o vício de origem;

esta, com a própria extinção do ato e eliminação do vício. A **convalidação é devida não só por exigência do princípio da legalidade como por imperativo ditado pela segurança jurídica** (p. 130-131)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

Há um dever jurídico de adotar todas as medidas para identificar a existência de atos administrativos defeituosos e de corrigir os defeitos existentes. A autoridade administrativa não pode omitir as medidas cabíveis e lhe compete, de ofício ou mediante provocação de qualquer sujeito, instaurar procedimento destinado a sanar o problema.

Tomando conhecimento de indícios quanto à existência de um ato administrativo defeituoso, o agente estatal tem o dever de adotar as providências cabíveis ou de comunicar o ocorrido à autoridade competente. A omissão configura violação ao dever de diligência inerente à função ocupada, que é uma prática de ilícito administrativo muito grave.

Em alguns casos, verificar-se-á a existência de **defeito sanável**. Isso se passará nas hipóteses de ausência de infração a um interesse protegido pela ordem jurídica. É o caso de defeitos irrelevantes. Assim, por exemplo, considere-se que um edital recebe numeração equivocada.

Existe um defeito, o qual não é apto a gerar danos a quaisquer interesses. O art. 55 da Lei 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal) determinou que “em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. Ainda em tais casos, não caberá à Administração omitir a providência destinada a eliminar o defeito. (p. 202)

Corrente 1.2: A convalidação/sanatória é uma decisão vinculada/obrigatória, salvo quando se tratar de ato discricionário com vício de incompetência

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Na Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), o artigo 55 estabelece que “em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

Vale dizer que a **convalidação aparece como faculdade da Administração**, portanto, como ato discricionário, somente possível quando os atos inválidos não acarretam lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros; em caso contrário, tem-se que entender que a Administração está obrigada a anular o

ato, em vez de convalidá-lo. **Mesmo com essa norma, acompanhamos, mais uma vez, a lição de Weida Zancaner (2008:68-69), quando entende que somente na hipótese assinalada (vício de incompetência em ato discricionário) a convalidação constitui-se em decisão discricionária** do Poder Público. Nas demais hipóteses, a convalidação é obrigatória.

O uso do verbo poder no artigo 55 da Lei nº 9.784/99 não significa necessariamente que o dispositivo esteja outorgando uma faculdade para a Administração convalidar o ato ilegal, segundo critérios de discricionariedade; como em tantas outras hipóteses em que a lei usa o mesmo verbo, trata-se, no caso, de reconhecimento de um poder de convalidação que pode ser exercido na esfera administrativa, sem necessidade de procura pela via judicial. **A convalidação é, em regra, obrigatória**, se se pretende prestigiar o princípio da legalidade na Administração Pública. (545-546)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Perante atos inválidos a Administração Pública não tem discricção administrativa que lhe permita escolher com liberdade se convalida um ato viciado ou se deixa de fazê-lo. Também não tem liberdade para optar se o invalida ou se deixa de invalidá-lo. Finalmente, não pode, outrossim, eleger livremente entre as alternativas de convalidar ou invalidar, **ressalvada uma única hipótese: tratar-se de vício de competência em ato de conteúdo discricionário**. Neste único caso, cabe ao superior hierárquico, a quem competiria expedir-lo, decidir se confirma o ato ou se reputa inconveniente fazê-lo, quando, então, será obrigado a invalidá-lo. (487)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Sendo assim, **sempre que a Administração estiver perante um ato suscetível de convalidação, deve convalidá-lo, ressalvando-se a hipótese de vício de competência em ato de conteúdo discricionário**, em que a autoridade competente é que deve realizar o juízo de valor. Como não o fez por ocasião da prática do ato, não há a obrigação de mantê-lo. (p. 377)

Corrente 1.3: A convalidação/sanatória é uma decisão vinculada/obrigatória, mas somente em casos de vício de forma e de competência

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Já outros, entre eles CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, defendem que, em regra, a **Administração Pública tem a obrigação de convalidar o ato, como imposição da segurança jurídica**, e que isso em nada contrariaria a legalidade, já que a convalidação seria uma forma de restaurá-la. Lembramos também, **concordando com essa posição**, que, sendo a segurança jurídica um princípio da Constituição, também ela integra o bloco impositivo da legalidade ampla. **A convalidação não pode ser admitida em relação a todos os vícios dos atos administrativos, dependendo a sua possibilidade do elemento do ato administrativo em que ocorreram os vícios.**

De forma geral, admite-se a convalidação nos casos de vício de forma e de competência. [...] Quanto ao motivo e à finalidade, não é possível a convalidação, uma vez que tanto um quanto o outro são irreversíveis (p. 350)

Corrente 2.1: A convalidação/sanatória é uma decisão discricionária/facultativa/de ponderação

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Algumas figuras jurídicas expressam a manutenção do ato administrativo, embora dotado de ilegalidade. Aparecem englobadas na rubrica **instituto da sanatória**. Têm por objetivo a preservação do ato editado, por razões diversas, conforme o caso. **Em geral depende de avaliação ou ponderação**, confrontando-se as consequências do desfazimento e da manutenção em termos de interesse público, custos e benefícios, boa-fé de quem se beneficiaria com a permanência do ato, ausência de impedimento legal, ausência de prejuízo a terceiros, entre outros. (p. 156)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. (MA e VP)

Cumprir notar que, em atenção aos princípios da legalidade administrativa e da indisponibilidade do interesse público, a regra geral continua sendo a anulação dos atos que contenham vícios de legalidade ou legitimidade. Reforça esse entendimento a **constatação de que a Lei 9.784/1999 explicitamente disciplinou o ato de convalidação como um ato discricionário**. Significa dizer, ainda que estejam cumpridas todas as exigências legalmente impostas para a convalidação, a administração pública, conforme o seu juízo privativo de conveniência e oportunidade, tendo em conta a decisão que considere mais apropriada ao interesse público, poderá convalidar o ato ou anulá-lo.

A nosso ver, andou bem o legislador federal ao conferir à administração a faculdade de convalidar certos atos administrativos. Existem, de fato, algumas situações em que o prejuízo resultante da anulação de um ato pode ser muito maior do que o decorrente da sua manutenção, vale dizer, da convalidação do ato irregular. Nessas hipóteses excepcionais é que o administrador público poderá, obedecidos os princípios da motivação, da moralidade e da impessoalidade, valorar a conveniência e a oportunidade de convalidar certo ato e, caso considere esta a decisão mais adequada à satisfação do interesse público, proceder à convalidação (p. 530)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Duas são as condições para que a Administração empregue o instituto da sanatória, como alternativa ponderável à regra de desfazimento dos atos legalmente defeituosos: a existência de um vício juridicamente sanável e a admissibilidade do emprego da discricionariedade para fazê-lo.

Por outro lado, como o **exercício da sanatória resulta do emprego da discricionariedade**, como alternativa do dever primário de anular atos praticados com defeito de legalidade, sua admissibilidade não pode ser presumida, mas, resultar, explícita ou implicitamente, da competência discricionária atribuída ao agente ou órgão administrativo que pretenda exercê-la se houver interesse público.

Assim é que, diante de um identificado interesse público em manter a eficácia do ato, abre-se à Administração a opção de promover a sua sanatória, conceituada como o emprego de instrumentos jurídicos destinados a salvar da nulidade atos viciados em que haja interesse público em que produzam ou mantenham eficácia. (318- 319)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Apesar de concordarmos com muitos dos argumentos tanto de Zancaner, como de Bandeira de Mello, referências indispensáveis na abordagem do Direito Administrativo, preferimos, neste ponto específico, aderir ao entendimento de Edmir Netto de Araújo, para quem: **não há dever de convalidar um ato anulável**, mas existe um dever de recompor a legalidade ferida que, no caso do vício de anulabilidade, é realizado tanto pela invalidação/anulação como pela **convalidação, sendo esta faculdade discricionária da Administração Pública a sopesar os interesses públicos envolvidos no caso concreto**.

Note-se que o art. 55 da Lei de Processo Administrativo federal (Lei nº 9.784/99) trata da convalidação como facultativa/discricionária: “em decisão

na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração. (p. 101)

Corrente 2.2: A convalidação/sanatória é uma decisão discricionária/facultativa/de ponderação, salvo quando se tratar de ato vinculado com vício de incompetência

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

A convalidação dos atos administrativos ilegais configura, em regra, atuação discricionária da Administração Pública. Ao ponderar os princípios em conflito no caso concreto, a Administração pode optar, motivadamente, pela manutenção do ato ilegal no mundo jurídico.

Em determinados casos, no entanto, a convalidação será vinculada. É o que ocorre, por exemplo, no caso de **ato administrativo vinculado editado por agente público incompetente**. Nesse caso, o agente público competente deverá ratificar, necessariamente, o ato, caso o particular tenha preenchido os respectivos requisitos legais para edição do ato, pois, na hipótese, não há margem de liberdade para o administrador avaliar a conveniência e a oportunidade na edição/convalidação do ato, uma vez que se trata de ato originariamente vinculado. (p. 563)

Não se posiciona

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020. (MC)

A **doutrina entende**, majoritariamente, que a convalidação deve ser praticada pela Administração Pública sempre que possível, não se configurando uma faculdade do Estado, mas sim um dever de sanar o vício que macula sua conduta. Ocorre que esta situação não se aplica nos casos de atos discricionários que sofram vício de incompetência, haja vista, nestes casos, a autoridade deva exercer uma margem de escolha acerca da manutenção ou não do ato. (p. 318)

Não aborda

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Normalmente, as leis que tratam das relações de direito público silenciam sobre o instituto da convalidação. Entretanto, indicando elogiável avanço, demonstrado pela expressividade no trato do assunto, a Lei nº 9.784, de 29.1.1999, reguladora do processo administrativo na esfera federal, contemplou a convalidação, ao lado da anulação e da revogação, averbando que a Administração pode declará-la quando forem sanáveis os vícios e não sobrevier prejuízo ao interesse público ou a terceiros. A importância da norma legal, embora incidente apenas sobre a Administração Federal, é incontestável, uma vez que **denuncia a opção do legislador pátrio em admitir expressamente a convalidação e o consequente aproveitamento de atos contaminados de vícios sanáveis, fato que comprova ter ele também perfilhado a tese dualista no que toca à teoria das nulidades nos atos administrativos.** (p. 332)

Conclusão

Convalidação/sanatória de atos administrativos é uma decisão discricionária ou vinculada

Corrente 1.1: A convalidação/sanatória é uma decisão obrigatória/vinculada (AM; DCJ; MJF)

Corrente 1.2: A convalidação/sanatória é uma decisão vinculada/obrigatória, salvo quando se tratar de ato discricionário com vício de incompetência (MSZDP; CABM; FM)

Corrente 1.3: A convalidação/sanatória é uma decisão vinculada/obrigatória, mas somente em casos de vício de forma e de competência (ASA)

Corrente 2.1: A convalidação/sanatória é uma decisão discricionária/facultativa/de ponderação (OM; MA e VP; DFMN; IPN)

Corrente 2.2: A convalidação/sanatória é uma decisão discricionária/facultativa/de ponderação, salvo quando se tratar de ato vinculado com vício de incompetência (RCRO)

Não se posiciona: (MC)

Não aborda: (JSCF)

DIVERGÊNCIA 152 - Teorias da nulidade dos atos administrativos

Corrente 1: Dualista ou binária

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Por todas as razões acima apontadas e levando em conta, ainda, a grande relevância do princípio da legalidade no direito administrativo, parece inaplicável, nesse âmbito, a teoria das nulidades tal como vigora no direito civil. **Assim, se o ato administrativo contém defeitos, desatendendo aos preceitos do ordenamento, é nulo, em princípio. A permanência do ato administrativo eivado de ilegalidade tal como foi editado ou mediante ratificação ou convalidação dependerá da natureza do vício, do confronto do princípio da legalidade e de outros preceitos do ordenamento** (por exemplo: segurança e certeza das relações jurídicas, consolidação de situações), do sopesamento das circunstâncias envolvendo o caso, da finalidade pretendida pela norma lesada.

[...] assim, é muito comum a invocação do brocardo francês *pas de nullité sans grief*, que significa não se poder invocar nulidade se não houver prejuízo. Muitas vezes as normas de direito público visam ao atendimento da moralidade administrativa e de outros valores norteadores do ordenamento: **embora a ilegalidade não acarrete prejuízo direto a pessoas, pode representar lesão a valores indisponíveis que a legislação administrativa quer preservar.** (p. 151-152)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Entendemos que os atos **administrativos viciados podem ser nulos ou anuláveis**, tendo em vista a possibilidade de constatação de graus diversos de vícios de legalidade: os vícios insanáveis, que acarretam a nulidade e não admitem a convalidação, e os vícios sanáveis, que não contaminam a essência do ato e podem ser convalidados pela Administração Pública. (p. 559)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Quando se compara o tema das nulidades no Direito Civil e no Direito Administrativo, verifica-se que em ambos os ramos do direito, os **vícios podem gerar nulidades absolutas (atos nulos) ou nulidades relativas**

(atos anuláveis); porém, o que não pode ser transposto para o Direito Administrativo, sem atentar para as suas peculiaridades, são as hipóteses de nulidade e de anulabilidade previstas nos artigos 166 e 171 do Código Civil. [...] Mas a primeira distinção existe, pois também em relação ao ato administrativo, alguns vícios podem e outros não podem ser sanados. Quando o vício seja sanável ou convalidável, caracteriza-se hipótese de nulidade relativa; caso contrário, a nulidade é absoluta. (p. 542-543)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Portanto, embora a moralidade administrativa possa até envolver alguma apreciação de elemento subjetivo no comportamento do agente, a categoria de que se cogita em Direito Administrativo é aferível por padrões objetivos e é sempre a nulidade.

Volte-se, em prosseguimento, ao exame das **hipóteses de nulidade**, decorrentes de vício referidos aos cinco elementos essenciais do ato administrativo. Anulação, pelo que se depreende do exposto, é o desfazimento do ato que apresenta defeito de legalidade. (p. 300)

[...] A **anulação administrativa** se instrumenta por um ato declarativo derivado, pelo qual a Administração reconhece a invalidade de um ato administrativo originário. (p. 304)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Permitimo-nos perfilhar a doutrina dualista, embora não possamos deixar de assinalar um aspecto que nos parece fundamental. É que a regra geral deve ser a da nulidade, considerando-se assim graves os vícios que inquinam o ato, e somente por exceção pode dar-se a convalidação de ato viciado, tido como anulável. Sem dúvida é o interesse público que rege os atos administrativos, e tais interesses são indisponíveis como regra. Apenas quando não houver reflexo dos efeitos do ato viciado na esfera jurídica de terceiros é que se poderá admitir seja convalidado; a não ser assim, forçoso seria aceitar que a invalidade possa produzir efeitos válidos. (p. 317)

Corrente 2: Ternária

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

[...] No entanto, a **atual doutrina administrativista**, em sua grande maioria, entende que, em atenção ao princípio da segurança jurídica (principalmente nos casos em que houver decorrido um grande lapso de tempo desde a prática do ato até o momento em que se pretenda invalidá-lo), e à boa-fé dos administrados, **em alguns casos deve-se admitir a manutenção dos efeitos do ato administrativo ilegal**.

[...] **Em nossa opinião, a questão é de “modulação temporal dos efeitos da declaração da nulidade, e não de se aceitar ou não a anulabilidade no Direito Administrativo”**.

A Administração Pública pode, segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, **com quem concordamos, sopesar a segurança jurídica e a boa-fé com a legalidade violada e declarar a nulidade do ato, mantendo, contudo, seus efeitos**.

[...] **Entretanto, o ato administrativo ilegal não precisa necessariamente ter a sua nulidade declarada**, independentemente dos maiores ou menores efeitos temporais dessa declaração. A Administração Pública dispõe de alguns instrumentos que, em vez de reconhecerem a nulidade do ato, curam o seu vício e salvam a sua juridicidade, dentro do princípio da preferencial conservação dos atos jurídicos. **Um dos instrumentos de que a Administração Pública pode se utilizar para manter um ato administrativo inicialmente nulo é a “convalidação”** [...] (p. 347-348)

Por derradeiro, **cabe uma alusão à figura dos “atos administrativos meramente irregulares”**. Em não havendo prejuízos a particulares ou a interesses curados pela Administração Pública, não é porque uma regra foi descumprida que se há de falar em nulidade. Como dispõe o velho brocardo, não há nulidade se não houver prejuízo (*pas de nullité sans grief*). (p. 353)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Diante do exposto, **defendemos que é plenamente plausível**, a partir de concepções pós-positivistas, diferenciar **nulidade**, para as graves ilegalidades, que não admitem convalidação, de **anulabilidade**, na qual, em face de uma irregularidade menor, o intérprete pode sanear um ato que produz efeitos que merecem ser preservados.

Concordamos, portanto, com Seabra Fagundes, no sentido da necessidade de se diferenciarem os conceitos de nulidade e anulabilidade do direito privado da noção adotada pelo direito público, mas **entendemos que a anulabilidade englobaria as irregularidades**. (p. 100)

Corrente 3: Quaternária

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

O elenco dos defeitos dos atos administrativos, em ordem crescente de gravidade, é o seguinte:

- **irregularidade** irrelevante;
- irregularidade suprável;
- **nulidade relativa**;
- **nulidade absoluta**;
- **inexistência jurídica**. (p. 195)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Assim, em nosso entender são categorizáveis como inválidos (a) os **atos inexistentes**, (b) os **atos nulos** e (c) os **atos anuláveis**.

Registramos, ainda, que parece-nos existirem também – embora não como atos inválidos – os assim chamados **atos "irregulares"**. (p. 482)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Encontra-se, ainda, uma quarta posição, **assentada inclusive neste trabalho**, defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo o autor, os atos administrativos inválidos podem ser divididos em **atos inexistentes, atos nulos e atos anuláveis, além de admitir a possibilidade de atos irregulares** (ficam fora do conceito de inválido). (p. 372)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Podem ser identificadas basicamente quatro teorias sobre os tipos de nulidade:

- a) teoria unitária[...]
- b) teoria binária: [...]
- c) teoria ternária:
- d) **teoria quaternária**: sustentada por Celso Antônio Bandeira de Mello e adotada na maioria dos concursos, a teoria quaternária reconhece quatro tipos de atos ilegais:

- 1) atos inexistentes: quando faltar algum elemento ou pressuposto indispensável para o cumprimento do ciclo de formação do ato;
- 2) atos nulos: assim considerados os portadores de defeitos graves insuscetíveis de convalidação, tornando obrigatória a anulação;
- 3) atos anuláveis: aqueles possuidores de defeitos leves passíveis de convalidação;
- 4) atos irregulares: detentores de defeitos levíssimos e irrelevantes normalmente quanto à forma, não prejudicando a validade do ato administrativo.

Mais moderna e atenta às peculiaridades do ato administrativo, a teoria quaternária é a que melhor responde às indagações presentes em provas e concursos públicos recentes. (p. 507-509)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020. (MC)

Antes de verificar-se a anulação, propriamente dita, deve-se ter em mente que os atos expedidos em desconformidade com a lei **podem ser divididos em quatro espécies, a saber: atos inexistentes, nulos, anuláveis e irregulares.** (p. 316)

Não se posicionam

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidm, 2015 (DCJ)

Seabra Fagundes, defendendo uma divisão tricotômica, acrescenta à nulidade e anulabilidade, a irregularidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica a invalidação dos atos administrativos em três espécies, quais sejam:

- a) inexistência;
- b) nulidade e
- c) anulabilidade.

Para ele, na hipótese de mera irregularidade, não há invalidação, mas sim um vício formal que gera defeito material e pode ser reconhecido de plano pela Administração Pública, sem, entretanto, invalidar o ato. (p. 130)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. (MA e VP)

Filiavam-se à denominada escola monista, que recebe esse nome pelo fato de só admitir uma espécie de ato inválido: o ato nulo. [...]

Outros autores, na época minoritários, defendiam a possibilidade de os atos administrativos com defeitos de validade serem nulos ou anuláveis, conforme o vício fosse classificado como insanável ou sanável (que pode ser “corrigido”), respectivamente. **Eram os adeptos da chamada escola dualista**, originária do direito privado, que recebe esse nome exatamente por admitir duas categorias de atos com vícios de legalidade: os nulos e os anuláveis.

[...] **Essa corrente, hoje amplamente majoritária**, admite, ao lado dos atos administrativos nulos, eivados de vícios insanáveis, a existência dos atos administrativos anuláveis, portadores de vícios sanáveis. (p. 527-528)

Conclusão

Teorias da nulidade dos atos administrativos

Corrente 1: Dualista ou binária (OM. RCRO; MSZDP; DFMN; JSCF)

Corrente 2: Ternária (ASA; IPN)

Corrente 3: Quaternária (MJF; CABM; FM; AM; MC)

Não se posicionam: (DCJ; MA e VP)

DIVERGÊNCIA 153 - Incidência da ratificação

Corrente 1.1: A ratificação incide sobre o elemento sujeito do ato administrativo

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

É o **ato que expurga ou corrige um defeito relativo à competência**, detectado em ato antes emitido, declarando sua validade desde o momento em que foi editado.

Não podem ser ratificados os atos de competência exclusiva de autoridades assim indicados na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional; nem os atos de competência exclusiva quanto à matéria. Por vezes se usa, em publicações oficiais, o termo “retirratificação”, no sentido de retificação (correção) e manutenção. (p. 156)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

De forma geral, admite-se a convalidação nos casos de vício de forma e de **competência, e, nessa última hipótese, estaremos diante da convalidação em sua modalidade de “ratificação”**, que só pode ser praticada dentro da mesma linha hierárquica. (p. 350)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Ratificação é o ato administrativo derivado pelo qual a Administração, **suprindo falha ou corrigindo defeito de competência**, declara íntegro e válido desde a origem, o ato viciado quanto a este elemento.

Vale observar que **é irrelevante se o agente ratificador será o mesmo ou o superior hierárquico daquele que editou o ato viciado**. O que importa é que a lei lhe haja atribuído competência ratificatória, que, a sua falta, torna os atos irratificáveis. (p. 320)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Existem três espécies de convalidação:

a) ratificação: quando a **convalidação é realizada pela mesma autoridade que praticou o ato**; (p. 569)

Corrente 1.2: A ratificação incide sobre os elementos sujeito e forma do ato administrativo

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

A ratificação é a **convalidação do ato administrativo que apresenta vícios de competência ou de forma** (ex.: ato editado verbalmente, de forma irregular, pode ser posteriormente ratificado pela forma escrita; ato editado por agente público incompetente pode ser ratificado pela autoridade competente) (p. 561)

Corrente 2.1: A ratificação incide sobre defeitos sanáveis, sendo um tipo de convalidação praticada pela autoridade que emanou o ato viciado

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Quando a convalidação **procede da mesma autoridade que emanou o ato viciado, denomina-se ratificação**. (p. 487)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidem, 2015 (DCJ)

A convalidação dos atos anuláveis consiste em um novo ato administrativo por meio do qual se desfaz um vício existente, com efeitos retroativos, pois apaga o vício que contaminou o ato administrativo desde a origem. Ela pode se dar por:

Ratificação - Quando é feita pela própria autoridade que praticou o ato viciado; (p. 131)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

A convalidação é o ato administrativo por meio do qual o administrador corrige os defeitos de um ato anterior que contém um **defeito sanável** [...]. Esse instituto recebe denominações diferentes, a depender da autoridade que

o praticou. **Se a convalidação procede da mesma autoridade que emitiu o ato inválido, é denominada ratificação.** (p. 377)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Nem sempre é possível a convalidação. Depende do tipo de vício que atinge o ato. O exame do assunto tem que ser feito a partir da análise dos cinco elementos do ato administrativo: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

Quanto ao sujeito, se o ato for praticado com vício de incompetência, admite-se a convalidação, que nesse caso recebe o nome de ratificação [...] (p. 546)

Corrente 2.2: A ratificação incide sobre qualquer defeito sanável

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

Sintetizando, o resultado da atividade de controle, em caso de defeito ou imperfeição da atividade administrativa, poderá ser ou (a) a anulação do ato ilegal, ou (b) a revogação do ato inconveniente, ou (c) a **ratificação ou suprimento do ato eivado de defeito sanável**, ou (d) a orientação para a alteração pontual ou futura do procedimento ou entendimento adotado. (p. 674)

Não se posicionam

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspoividm, 2020. (MC)

A **doutrina costuma** definir que a convalidação feita pela mesma autoridade que havia praticado o ato originariamente deve ser designada como ratificação [...] (p. 318)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Há três formas de convalidação. A primeira é a ratificação.
[...] **Segundo a maioria dos autores**, a ratificação é apropriada para convalidar atos inquinados de vícios extrínsecos, como a competência e a

forma, não se aplicando, contudo, ao motivo, ao objeto e à finalidade. (p. 330)

Não abordam

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Conclusão

Incidência da ratificação

Corrente 1.1: A ratificação incide sobre o elemento sujeito do ato administrativo (OM; ASA; DFMN; AM)

Corrente 1.2: A ratificação incide sobre os elementos sujeito e forma do ato administrativo (RCRO)

Corrente 2.1: A ratificação incide sobre defeitos sanáveis, sendo um tipo de convalidação praticada pela autoridade que emanou o ato viciado (CABM; DCJ; FM; MSZDP)

Corrente 2.2: A ratificação incide sobre qualquer defeito sanável (MJF)

Não se posicionam: (MC; JSCF)

Não abordam: (IPN; MA e VP)

DIVERGÊNCIA 154 - Incidência da reforma

Corrente 1: A reforma incide sobre o elemento objeto do ato inválido

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Na reforma, o agente público retira o objeto inválido do ato e mantém o outro objeto válido (ex.: ato que concede dois benefícios remuneratórios para determinado servidor que, em verdade, fazia jus a apenas um deles. A autoridade competente exclui o benefício concedido irregularmente e preserva o outro benefício regular). (p. 561)

Corrente 2: A reforma incide sobre o elemento objeto de atos válidos

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

O objeto ou conteúdo ilegal não pode ser objeto de convalidação. Com relação a esse elemento do ato administrativo, é possível a **conversão** [...] **Não se confunde conversão com reforma**, pois aquela atinge o ato ilegal e esta afeta o ato válido e se faz por razões de oportunidade e conveniência; a primeira retroage e a segunda produz efeitos para o futuro. (p. 547)

Corrente 3: A reforma incide sobre a parte viciada do ato

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Reforma é o ato administrativo derivado pelo qual se elimina de um ato defeituoso a sua parte viciada, mantendo-se a eficácia da parte sadia. Esta forma de sanatória é possível, por óbvio, desde que o ato a ser reformado possa manter sua caracterização autônoma enquanto ato, mesmo extirpado de sua parte imprestável. A reforma também retroage à data de origem do ato, operando ex tunc, com natureza declaratória. (p. 320)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

[...] b) reforma: **elimina a parte viciada de um ato defeituoso**; (p. 571)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

A segunda é a reforma. Essa forma de aproveitamento admite que **novo ato suprima a parte inválida do ato anterior**, mantendo sua parte válida. (p. 330)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidm, 2015 (DCJ)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020. (MC)

Conclusão

Incidência da reforma

Corrente 1: A reforma incide sobre o elemento objeto do ato inválido (RCRO)

Corrente 2: A reforma incide sobre o elemento objeto de atos válidos (MSZDP)

Corrente 3: A reforma incide sobre a parte viciada do ato (DFMN; AM; JSCF)

Não abordam: (OM; ASA; MJF; CABM; DCJ; IPN; FM; MA e VP; MC)

DIVERGÊNCIA 155 - Natureza jurídica da conversão

Corrente 1: A Conversão é um instituto autônomo

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Algumas figuras jurídicas expressam a manutenção do ato administrativo, embora dotado de ilegalidade. Aparecem englobadas na rubrica **instituto da sanatória**.

[...] **Conversão é o ato editado com aproveitamento de elementos válidos de um primitivo ato ilegal**, para a mesma finalidade deste, com retroação dos seus efeitos ao momento da edição do ato original. (p. 151)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Não se deve confundir convalidação com a conversão de atos nulos. Pela conversão, quando possível, o Poder Público trespassa, também com efeitos retroativos, **um ato de uma categoria na qual seria inválido para outra categoria na qual seria válido**. De conseguinte, ao contrário da convalidação, em que o ato inválido tem salvaguardados os mesmos efeitos, na conversão o ato produz, retroativamente, efeitos próprios de outro ato: aquele que seria possível. Serve de exemplo, aventado por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a conversão de uma nomeação em caráter efetivo para cargo de provimento em comissão em nomeação em comissão. Atos inexistentes jamais podem ser objeto de conversão. (p. 487)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

A convalidação não se confunde com a conversão de atos nulos. Pela conversão, quando possível (e será na hipótese de o vício que torna nulo o ato referir-se ao objeto ou conteúdo deste), a Administração traspassa, com efeitos retroativos, um ato de uma categoria na qual seria inválido para outra categoria na qual seria válido. Ex.: a conversão de uma nomeação de servidor não concursado em cargo efetivo para nomeação em cargo em comissão ou uma concessão de uso realizada sem licitação converter-se em permissão precária de uso.

Na convalidação reedita-se validamente o mesmo ato. Na conversão, possível nos atos nulos e não nos inexistentes, há **alteração de uma categoria de ato**

para outra. Os efeitos da conversão serão retroativos à data da edição do ato convertido. (p. 132)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Conversão é instituto utilizado pela Administração Pública para transformar um ato inválido em ato de outra categoria, com efeitos retroativos à data do ato original, para aproveitar os efeitos já produzidos.

Diferentemente do que ocorre na convalidação, na conversão dá-se qualificação jurídica diversa a dois atos de efeitos semelhantes. Por exemplo: a concessão de uso de bem público feita sem licitação, quando o ordenamento exige, pode ser convertida em permissão precária, se o caso concreto não demandar a realização de licitação; com isso se imprime validade ao uso do bem público já consentido.

Se os efeitos não fossem ex tunc ou retroativos, de nenhum proveito seria a conversão, que seria superada pela mera prática de outro ato administrativo. (p. 102)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Não sendo possível aplicar a convalidação, a **segunda possibilidade para resguardar a situação é a conversão** ou sanatória, medida em que o ato ilegal será convertido em um outro mais simples, com objetivo de atender os requisitos exigidos pela norma. Todavia, nada disso sendo possível, a saída é a anulação do ato.

[...] Por fim, **não se admite confusão entre os institutos da convalidação e da conversão.** (p. 376-377)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

O objeto ou conteúdo ilegal não pode ser objeto de convalidação. Com relação a esse elemento do ato administrativo, é **possível a conversão**, que alguns dizem ser espécie do gênero convalidação e **outros afirmam ser instituto diverso, posição que nos parece mais correta**, porque a conversão implica a substituição de um ato por outro. Pode ser definida como o ato administrativo pelo qual a Administração converte um ato inválido em ato de outra categoria, com efeitos retroativos à data do ato original. O objetivo é aproveitar os efeitos já produzidos. (p. 547)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Embora não exista consenso quanto à **definição desse instituto, parece-nos majoritária a orientação segundo a qual a “conversão” consiste em um ato privativo da administração pública mediante o qual ela aproveita um ato nulo de uma determinada espécie transformando-o**, retroativamente, em um ato válido de outra categoria, pela modificação de seu enquadramento legal. (p. 532)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020. (MC)

Por fim, **não se deve confundir convalidação com a conversão** de atos administrativos. (p. 318)

Corrente 2: A conversão é uma modalidade de convalidação/sanatória

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

A **convalidação pode ser dividida em duas espécies:**

a) convalidação voluntária: decorre da manifestação da Administração Pública. **São modalidades de convalidação voluntária:** a ratificação, a reforma e a **conversão**; (p. 561)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

De todas as **denominações empregadas** para indicar esse instrumento jurídico, **além da sanatória**, tais como aperfeiçoamento, convallescimento, **convalidação** [...]

Até aqui, a referência foi feita à modalidade substantiva de **sanatória voluntária**, cujos efeitos jurídicos são concretamente objetivados pela manifestação de vontade discricionária da Administração. A essa espécie, expressada pelas **três modalidades instrumentais** a seguir examinadas - a ratificação, a reforma e a **conversão** [...] (p. 319)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Há três formas de convalidação. [...] A última é a conversão, que se assemelha à reforma. Por meio dela a Administração, depois de retirar a parte inválida do ato anterior, processa a sua substituição por uma nova parte, de modo que o novo ato passa a conter a parte válida anterior e uma nova parte, nascida esta com o ato de aproveitamento. (p. 329-330)

Não se posicionam

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Já diante de um objeto ilegal, **estariamos diante da chamada “conversão”, que alguns consideram como espécie de convalidação, e outros, um instituto autônomo**. (p. 351)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Adotando concepção minoritária, José dos Santos Carvalho Filho trata da conversão como espécie do gênero convalidação. Para o autor, trata-se do saneamento realizado em parte do objeto do ato, pelo qual a Administração, “depois de retirar parte inválida do ato anterior, processa sua substituição por uma nova parte, de modo que o novo ato passa a conter a parte válida anterior e uma parte nova, nascida esta com o ato de aproveitamento. Exemplo: um ato promoveu A e B por merecimento e antiguidade, respectivamente, verificando após que não deveria ser B mas C o promovido por antiguidade, pratica novo ato mantendo a promoção de A (que não teve vício) e insere a de C, retirando a de B, por ser esta válida” (p. 572)

Não aborda

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

Conclusão

Natureza jurídica da conversão

Corrente 1: A Conversão é um instituto autônomo (OM; CABM; DCJ; IPN; FM; MSZDP; MA e VP; MC)

Corrente 2: A conversão é uma modalidade de convalidação/sanatória (RCRO; DFMN; JSCF)

Não se posicionam: (ASA; AM)

Não aborda: (MJF)

DIVERGÊNCIA 156 - Decadência ou prescrição administrativa como convalidação/sanatória

Corrente 1: A decadência administrativa é a convalidação/sanatória que independe de manifestação de vontade da Administração Pública

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidem, 2015 (DCJ)

A prescrição administrativa atinge o direito/preensão tanto do administrado como da Administração Pública em razão do decurso do prazo. Alcança o administrado quando ele deixa expirar o prazo previsto para a interposição de um recurso administrativo. **Afeta a Administração quando ela não exerce, no prazo previsto, o direito de punir o servidor ou de rever os seus próprios atos.**

Relativamente à prescrição e decadência do direito de invalidar os seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, o art. 54 da Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), pondo fim a uma tormentosa discussão, prevê que o **direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos**, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

[...] Em que pese divergência a respeito, no nosso entendimento, o art. 54 da Lei n.º 9.784/99 **criou a figura da decadência administrativa, não propriamente a prescrição.** [...] Destarte, está claro para nós que o direito da Administração rever seus atos está sujeito à decadência, na medida em que o seu exercício não exige atuação por parte do administrado, mas tão somente impõe a ele a submissão aos efeitos da revisão declarada unilateralmente. (p. 133-133)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

A decadência administrativa é a perda do direito de anular o ato administrativo ilegal, tendo em vista o decurso do tempo.

[...] **Trata-se de decadência, e não de prescrição administrativa, pois a Administração perde o direito potestativo de anular o ato viciado.** (p. 562)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

O prazo para que a Administração reveja os seus próprios atos, quando ilegais e se deles decorrem efeitos favoráveis para os destinatários, **é decadencial** e de cinco anos, contados da data em que foram praticados, conforme regra do art. 54 da Lei n. 9.784/99 (p. 106)

[...] Sendo assim, **passados os cinco anos, a Administração perderá o direito de anular o ato ilegal**, devendo, se for o caso, recorrer à via judicial, que poderá fazê-lo a qualquer tempo, **considerando que o ato nulo não produz efeito algum e não admite convalidação**. (p.374)

[...] E, ainda, **sempre que a Administração estiver diante de um ato insuscetível de convalidação**, terá a obrigação de anulá-lo, **exceto quando já escoado o prazo para a Administração fazê-lo (art. 54 da Lei n. 9.784/99)** ou, ainda, quando a desconstituição do ato gerar agravos maiores aos interesses protegidos na ordem jurídica do que os resultantes da manutenção do ato ilegal. (p. 377)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Finalizando este tópico, é oportuno lembrar que o art. 54 da Lei 9.784/1999, aplicável no âmbito federal, estipula o **prazo decadencial de cinco anos para a administração pública anular atos ilegais favoráveis ao administrado**, salvo comprovada má-fé. Passado esse prazo sem que ocorra a anulação, ela não mais poderá fazê-lo, ainda que se trate de vício insanável. **Ora, como o ato, depois da decadência do direito de anulá-lo, permanecerá no mundo jurídico produzindo efeitos que passarão a ser considerados válidos desde sempre, pode-se afirmar que ocorreu a sua convalidação**. (p. 532)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Desse modo, se o ato é inválido e se torna ultrapassado o prazo adequado para invalidá-lo, **ocorre a decadência, como adiante veremos, e o ato deve permanecer como estava** (p. 323)

Corrente 2: A prescrição administrativa é a convalidação/sanatória que independe de manifestação de vontade da Administração Pública

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Ainda a mesma lei estabelece um prazo de decadência (que não admite interrupção nem suspensão) para que a Administração declare a nulidade de ato administrativo ilegal. O artigo 54 determina que “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. Trata-se de aplicação do princípio da segurança jurídica e também do princípio da boa-fé: de um lado, o legislador quis beneficiar a estabilidade das relações jurídicas, **impedindo que a possibilidade de invalidação do ato possa atingir situações já consolidadas pelo decurso do tempo**; de outro, quis beneficiar o destinatário do ato ilegal que esteja de boa-fé. Independentemente do disposto nesse dispositivo, já vínhamos defendendo, desde as primeiras edições deste livro, **que o prazo para a Administração rever os próprios atos é o da prescrição quinquenal** (p. 531)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

[...] acrescenta-se ainda a modalidade substantiva da **sanatória não voluntária**, que tem no decurso do tempo, e não na manifestação da vontade do Poder Público, o **seu fato gerador: é a prescrição**. (p. 319)

Não se posicionam

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

46. Decadência e prescrição

O art. 54 da Lei 9.784/1999 fixou que “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Jurisprudência do STJ

“4. A súmula 473/STF determina que a revisão dos atos administrativos pode ser realizada de ofício pela Administração Pública; porém, sua aplicação demanda a observância do prazo de cinco anos, tal como previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999, sendo necessária a instauração de processo administrativo. Precedente: RMS 37.508/RO, 2.^a T., rel. Min. Herman Benjamin, DJe 08.05.2013” (RMS 36.821/RJ, 2.^a T., rel. Min. Humberto Martins, j. 20.06.2013, DJe 28.06.2013).

“1. O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade

originada do poder de autotutela do Estado, e na convalidação dos efeitos produzidos, quando, em razão de suas consequências jurídicas, a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que sua invalidação” (RMS 24.430/AC, 5.^a T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 03.03.2009, DJe 30.03.2009). (p. 205)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Assim, diante da lesão ao interesse público, do prejuízo ao terceiro, ou da presença de um vício de nulidade, ou seja, de um vício insanável, **só restará à Administração invalidar o ato administrativo**.

Edmir Netto de Araújo acrescenta, ainda, outros **limites à convalidação dos atos**:

se o ato for válido;

se o ato for inexistente;

atos atingidos pela prescrição; [...] (p. 101)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Além das modalidades voluntárias, o referido administrativista faz referência à **sanatória não voluntária** ou fato sanatório, nomes atribuídos aos **institutos da prescrição e da decadência**, que operam a estabilização de defeitos do ato administrativo pelo transcurso de um prazo legal associado à inércia do titular do direito à impugnação. (p. 571)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020. (MC)

Conclusão

Decadência ou prescrição administrativa como convalidação/sanatória

Corrente 1: A decadência administrativa é a convalidação/sanatória que independe de manifestação de vontade da Administração Pública (DCJ; RCRO; FM; MA e VP; JSCF)

Corrente 2: A prescrição administrativa é a convalidação/sanatória que independe de manifestação de vontade da Administração Pública (MSZDP; DFMN)

Não se posicionam (MJF; IPN; AM)

Não abordam (OM; ASA; CABM; MC)

DIVERGÊNCIA 157 - Confirmação pelo decurso do tempo

Corrente 1: O decurso do tempo é hipótese de confirmação

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Outra hipótese de **confirmação é a que ocorre em decorrência da prescrição do direito de anular o ato. Seria uma confirmação tácita, ou seja, uma confirmação pelo decurso do tempo**. Aqui não há propriamente renúncia da Administração, mas impossibilidade decorrente da prescrição. (p. 548)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovodm, 2020. (MC)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Conclusão

Confirmação pelo decurso do tempo

Corrente 1: O decurso do tempo é hipótese de confirmação (MSZDP)

Não abordam (OM; ASA; MJF; CABM; DCJ; RCRO; IPN; FM; MA e VP; DFMN; AM; MC; JSCF)

DIVERGÊNCIA 158 - Natureza jurídica dos regulamentos

Corrente 1: Os regulamentos são atos normativos, sendo, portanto, espécie de ato administrativo

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Quanto aos atos normativos da Administração Pública, para os que reduzem o conceito de função administrativa à execução concreta da lei, esses atos, que por definição são gerais e abstratos, não seriam atos administrativos. **Já para os que – e estes são majoritários – adotam conceito mais amplo de função administrativa, à luz, principalmente, de sua submissão à lei, os atos normativos expedidos pela Administração Pública são uma das espécies de ato administrativo. Para eles, com os quais concordamos, a Administração Pública pode executar, isto é, implementar a lei, tanto de forma imediatamente concreta como essa atuação concreta pode ser mediada por um ato anterior geral e abstrato. O regulamento densifica, detalha, as normas da lei para a sua posterior aplicação concreta pela Administração Pública.** (p. 313-314)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

Quanto ao conteúdo, os **atos administrativos podem ser normativos e não normativos**.

Os **atos normativos** são aqueles orientados a complementar um mandamento normativo estabelecido por lei, desenvolvendo as normas que estabelecem faculdades, proibições ou obrigatoriedades quanto à conduta futura de um ou mais sujeitos. **O exemplo é o regulamento.** (p. 175)

Regulamento é o ato administrativo unilateral, veiculador de normas gerais e abstratas, destinado a complementar a disciplina contida em norma legislativa. (p. 187)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Quanto aos destinatários, os **atos administrativos** se classificam em: (a) **gerais**, quando atingem uma generalidade de pessoas numa mesma situação, como ocorre no caso dos **atos normativos, como regulamentos**, portarias e resoluções (p. 89)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Atos administrativos normativos

São os que contêm um comando geral e abstrato, correspondendo ao ato regra da classificação de Gaston Jêze, como acima lembrada.

Regulamentos – são atos normativos que têm função de explicitar a lei e dar-lhe exequibilidade e, ainda, admitindo-se a modalidade autônoma, de prover sobre situações ainda não legisladas. Tradicionalmente, a regulamentação da lei é privativa dos Chefes do Poder Executivo dos três graus federativos. (p. 246)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

No exercício da atividade de polícia, pode a Administração atuar de duas maneiras.

Em primeiro lugar, pode **editar atos normativos, que têm como característica o seu conteúdo genérico, abstrato e impessoal**, qualificando-se, por conseguinte, como atos dotados de amplo círculo de abrangência. Nesse caso, as restrições são perpetradas por meio de decretos, **regulamentos**, portarias, resoluções, instruções e outros de idêntico conteúdo. (p. 209)

[...] **Quanto aos regulamentos, é lícito afirmar que, considerando o seu aspecto formal e orgânico, devem ser qualificados como atos administrativos**, muito embora se apresentem cercados de peculiaridades específicas. (p. 289)

Corrente 2: O regulamento é ato administrativo em sentido amplo

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

(2) Atos abstratos - os que preveem reiteradas e infindas aplicações, as quais se repetem cada vez que ocorra a reprodução da hipótese neles prevista, alcançando um número indeterminado e indeterminável de destinatários.

Exemplo: o regulamento (que é ato administrativo em sentido amplo) cujas disposições colherão sempre novos casos tipificáveis em seu modelo abstrato. (p. 431-432)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Esse poder se exerce por meio da **expedição de regulamentos**, que são **atos administrativos normativos**, ostentando, por conseguinte, caráter geral e abstrato. (p. 82)

[...] **O conceito de ato administrativo, ora analisado, é um conceito ainda amplo**. Afirmo Celso Antônio Bandeira de Melo que para se chegar a um conceito estrito, basta e no conceito acima se acrescentem as características de concreção e unilateralidade, afastando, respectivamente, os atos abstratos (regulamentos, por exemplo) e os, atos bilaterais ou convencionais (contratos administrativos [...]) **Mas isso não significa que os atos normativos não se qualificam como atos administrativos em sentido amplo**. São, pois, atos administrativos, emanados do exercício de um dos poderes da Administração, o poder normativo. (p. 105)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

A divergência doutrinária apresenta-se ainda mais acentuada quando se passa a exemplificar atos administrativos em sentido amplo. Para muitos autores, esse conceito, pela sua **amplitude, abrange atos gerais e individuais, atos abstratos e concretos**, atos unilaterais e bilaterais, declarações de juízo, de conhecimento, de opinião e de vontade, além dos atos normativos e convencionais.

Aproveitando o conceito de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o ato administrativo é aquele que produz efeitos jurídicos imediatos, o que, além de distingui-lo da lei, também afasta, segundo a autora, os atos normativos, como os regulamentos [...] Com efeito, Ato Administrativo é toda declaração unilateral de vontade do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei, expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle pelo Poder Judiciário, **ficando, assim, excluídos os atos abstratos e os convencionais**. (p. 328)

Corrente 3: O regulamento é conteúdo do ato administrativo normativo

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Os atos administrativos normativos são comandos gerais e abstratos emanados da Administração Pública, cujo objetivo é a fiel execução da lei.

Quanto aos veículos formais adequados para expedição de regulamentos, vale mencionar os decretos regulamentares (decretos normativos), os regimentos, as resoluções, as portarias de conteúdo genérico e as deliberações.

[...] Enquanto o decreto é a forma, o **regulamento refere-se ao conteúdo do ato**. É viável a existência de decreto sem regulamento, tal como ocorre no caso em que o decreto tem efeitos individuais ou concretos, conforme mencionado anteriormente (ex.: decreto expropriatório). Por outro lado, pode haver regulamento sem decreto, quando o conteúdo genérico e abstrato é veiculado por outro ato administrativo (ex.: resoluções) (p. 539)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

4.14.1 Atos normativos

a) decretos e regulamentos: são atos administrativos, em regra, gerais e abstratos, privativos dos chefes do Executivo e expedidos para dar fiel execução à lei (art. 84, IV, da CF). Embora raramente exigida em concursos públicos, existe uma diferença entre decreto e regulamento: **decreto é a forma do ato; regulamento é o conteúdo. Assim, o decreto é o veículo normativo introdutor do regulamento**. (p. 534)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020. (MC)

I - Regulamento: trata-se de ato normativo privativo do chefe do Poder Executivo, apresentado por meio da expedição de um Decreto. **Em outras palavras, pode-se dizer que o Decreto é a forma do regulamento**. (p. 303)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Conclusão

Natureza jurídica do regulamento

Corrente 1: Os regulamentos são atos normativos, sendo, portanto, espécie de ato administrativo (ASA; MJF; IPN; DFMN; JSCF)

Corrente 2: O regulamento é ato administrativo em sentido amplo (CABM; DCJ; MSZDP)

Corrente 3: O regulamento é conteúdo do ato administrativo normativo (RCRO; AM; MC)

Não abordam (OM; FM; MA e VP)

DIVERGÊNCIA 159 - Distinção entre os atos conjuntos (composto e complexo) e procedimentos ou processos administrativos

Corrente 1.1: Distingue-se atos complexos de processo/procedimento administrativo

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Os atos complexos envolvem necessariamente a manifestação de mais de um órgão, poder ou ente. Exemplo: nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal, emitida pelo Presidente da República, depois que o Senado aprovou o nome indicado.

Não se deve confundir ato complexo com processo administrativo, matéria essa objeto do próximo capítulo. (p. 141)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

O procedimento administrativo não se confunde com os atos complexos, pois nestes há unidade na função das declarações jurídicas que os compõem, ao passo que no procedimento seus atos desempenham funções distintas, com autonomia e, portanto, heterogeneidade de função. (p. 457)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Cabe ressaltar que o ato complexo não se confunde com o processo administrativo. No ato complexo, existe apenas um ato, formado pela manifestação de órgãos diversos; no processo administrativo, por sua vez, são editados atos administrativos intermediários e autônomos para alcance do ato final. (p. 533)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Deve-se diferenciar o ato complexo do procedimento administrativo. Este constitui uma série encadeada de atos administrativos (diversos atos perfeitos, concluídos) visando ao atingimento de um objetivo final ou à prática de um ato final, que finaliza o procedimento. (p. 512)

Corrente 1.2: Distingue-se atos compostos de processo/procedimento administrativo

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

A diferença entre o ato composto e o procedimento administrativo não é fácil; há mesmo quem (como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO) não os distinga. Naquele temos um ato acessório e um ato principal, enquanto, neste, há vários atos acessórios e um ato principal-final, sendo que, nas duas hipóteses, a invalidação do(s) acessório(s) invalida o principal. (p. 338)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

A tentativa de diferenciar ato composto e procedimento envolve um equívoco, eis que não são conceitos oponíveis entre si. O procedimento produz o encadeamento de atos jurídicos que, embora formalmente autônomos entre si, encadeiam-se de modo a produzir um ato final. O ato composto identifica-se em vista da atuação de sujeitos diversos, cada qual exercitando competência distinta. A disciplina jurídica implica, geralmente, que o ato composto observe um procedimento. Mas a exigência também se aplica aos atos simples e aos atos coletivos. A configuração do procedimento envolve o modo de produção do ato administrativo, enquanto a distinção entre atos simples e compostos deriva da atribuição de competências para a prática do ato. (p. 176)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020. (MC)

Os atos compostos não se confundem com o processo administrativo, uma vez que neste se concatenam vários atos para um provimento final, decorrente de uma única manifestação de vontade, enquanto que aquele se configura pela soma de duas manifestações de vontades diversas, ensejando a perfeição de um ato. (p. 300)

Corrente 2: Distingue-se atos compostos e complexos de processo/procedimento administrativo

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Não se confundem atos complexos ou compostos com procedimento administrativo, que é um encadeamento de atos que se sucedem e objetivam a prática de um ato final, como na licitação, na qual ocorrem o edital, a habilitação, a classificação, a homologação e a adjudicação, todos atos individuais que fazem parte do procedimento. (p. 90)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Ressalte-se que, para alguns doutrinadores, essa modalidade de ato composto não pode ser reconhecida, em razão da impossibilidade de diferenciá-la dos processos administrativos. **Entretanto, essa alegação não procede, porque em um ato composto, há várias manifestações de vontade, mas somente um ato, enquanto no procedimento, há um conjunto de atos que levam a um provimento final.**

Ato complexo é aquele que, para se aperfeiçoar, depende de mais de uma manifestação de vontade, porém essas manifestações de vontade devem ser produzidas por mais de um órgão, sejam elas singulares ou colegiadas, e estão em patamar de igualdade, tendo, ambas, a mesma força. **Também não se confunde com procedimento, que são vários atos, e não várias manifestações de vontade, como no ato complexo.** (p. 359)

Não abordam

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidm, 2015 (DCJ)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Conclusão

Distinção entre os atos conjuntos (composto e complexo) e procedimentos ou processos administrativos

Corrente 1.1: Distingue-se atos complexos de processo/procedimento administrativo (OM; CABM; RCRO; MA e VP)

Corrente 1.2: Distingue-se atos compostos de processo/procedimento administrativo (ASA; MJF; MC)

Corrente 2: Distingue-se atos compostos e complexos de processo/procedimento administrativo (IPN; FM)

Não abordam (DCJ; MSZDP; DFMN; AM; JSCF)

DIVERGÊNCIA 160 - Atos enunciativos na classificação quanto aos efeitos dos atos administrativos

Corrente 1: Classifica os atos enunciativos quanto aos efeitos

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidem, 2015 (DCJ)

IV. Quanto aos efeitos do ato:

[...] c) **Atos meramente enunciativos** - São os atos cujos efeitos se prestam apenas a emitir um juízo de conhecimento ou de opinião, atestando ou reconhecendo uma determinada situação de fato ou de direito. Eles simplesmente manifestam a opinião ou o conhecimento da Administração Pública sobre determinada situação fática ou jurídica, sem produzirem qualquer efeito jurídico imediato. Por isso mesmo, são denominados em doutrina como meros atos administrativos, de que são exemplos as certidões, declarações, informações e pareceres. (p. 120)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Em relação ao critério dos efeitos, os atos podem ser divididos em três espécies: [...] c) **atos enunciativos**: atestam determinados fatos ou direitos, bem como envolvem, eventualmente, juízos de valor (ex.: certidão que atesta o tempo de serviço do servidor; pareceres que retratam juízos de valor dos agentes públicos). (p. 533)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

6. **Quanto aos efeitos**, o ato administrativo pode ser constitutivo, declaratório e **enunciativo**.

[...] **Ato enunciativo** é aquele pelo qual a Administração apenas atesta ou reconhece determinada situação de fato ou de direito. **Alguns autores acham, com razão, que esses atos não são atos administrativos propriamente ditos**, porque não produzem efeitos jurídicos. **Correspondem à categoria, já mencionada, dos meros atos administrativos**. Eles exigem a prática de um outro ato administrativo, constitutivo ou declaratório, este sim produtor de efeitos jurídicos. São atos enunciativos as certidões, atestados, informações, pareceres, vistos. Encerram juízo, conhecimento ou

opinião e não manifestação de vontade produtora de efeitos jurídicos. (p. 511-512)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

34.16. **CrITÉrio misto dos efeitos visados** e da forma

Esta classificação identifica os seguintes cinco tipos de atos administrativos: normativos, ordinatórios, negociais, **enunciativos** e punitivos, acrescentando-lhes alguns tipos atualizados

[...] 34.16.4. **Atos administrativos enunciativos**

São atos que não veiculam qualquer manifestação de vontade original da Administração, contendo, apenas, declarações de atos, fatos ou opiniões, constantes de registros, processos e arquivos públicos, sendo sempre, por isso, vinculados quanto ao motivo e ao objeto. (p. 245 e 248)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Esse critério leva em consideração o tipo de **efeitos que os atos administrativos podem produzir**. Podem ser constitutivos, declaratórios e **enunciativos**. (p. 284)

Corrente 2.1: Não classifica os atos enunciativos quantos aos efeitos, apenas como espécie de ato administrativo

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Hely Lopes Meirelles elaborou uma classificação de **espécies de atos administrativos** que se tornou clássica no Direito Administrativo. Ele distingue as seguintes espécies de atos: negociais; normativos; enunciativos; ordinatórios; punitivos.

[...] **Enunciativos** são atos que atestam uma situação existente. São atos administrativos apenas em sentido formal (atos da Administração), porque materialmente não contêm, via de regra, nenhuma declaração de vontade da Administração. (p. 91)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Para a melhor organização dos atos administrativos e as suas diversas denominações e espécies, é que será apresentado este tópico. Ressalte-se que alguns doutrinadores preferem o termo “**espécies**” de atos administrativos. (p. 361)

[...] Os **atos enunciativos** são todos aqueles em que a Administração se limita a certificar ou atestar um determinado fato, ou então a emitir uma opinião acerca de um tema definido. São exemplos a certidão, a emissão de atestado e o parecer. (p. 365)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

10. Espécies de atos administrativos

[...] 10.4 Atos enunciativos

Em uma acepção estrita, “atos enunciativos” são definidos como atos que contêm apenas um juízo de valor, uma opinião, uma sugestão ou uma recomendação de atuação administrativa. São exemplo típico de atos com esse conteúdo os pareceres. O que caracteriza os atos enunciativos assim descritos é não produzirem eles, por si sós, efeitos jurídicos quaisquer, dependendo sempre de um outro ato, de conteúdo decisório, que eventualmente adote como razão de decidir a fundamentação expendida no ato enunciativo. (p. 515)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020. (MC)

9. Espécies de Atos Administrativos

[...] 9.4. Atos enunciativos

Tradicionalmente, são os atos administrativos que estabelecem opiniões e conclusões do ente estatal como, por exemplo, os pareceres, sendo, também, considerados enunciativos aqueles que verificam e atestam situação de fato ocorrida que afeta a atuação estatal.

Para alguns doutrinadores, por não manifestar vontade do ente público, não se trata efetivamente de ato administrativo, mas tão somente ato praticado pela Administração na execução de atividade estatal. Pode-se estabelecer que se trata de fatos administrativos que não estão sujeitos à análise de mérito ou legalidade, não produzindo efeitos imediatos. (p. 311)

Corrente 2.2: Não classifica os atos enunciativos quantos aos efeitos, mas sim quanto ao conteúdo e como espécie de ato administrativo

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

4.13.3.7 Quanto ao conteúdo

c) atos declaratórios ou **enunciativos**: visam preservar direitos e afirmar situações preexistentes. Exemplos: certidão e atestado; (p. 526)

[...] 4.14 ESPÉCIES DE ATO ADMINISTRATIVO

A enorme quantidade de atos administrativos tipificados pela legislação brasileira exige um esforço de identificação das diversas categorias. A mais conhecida sistematização é a empreendida por Hely Lopes Meirelles, que **divide os atos administrativos em cinco espécies**:

[...] d) **atos enunciativos** ou de pronúncia: certificam ou atestam uma situação existente, não contendo manifestação de vontade da Administração Pública. Exemplos: certidões, pareceres e atestados; (p. 533)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Conclusão

Atos enunciativos na classificação quanto aos efeitos dos atos administrativos

Corrente 1: Classifica os atos enunciativos quanto aos efeitos (DCJ; RCRO; MSZDP; DFMN; JSCF)

Corrente 2.1: Não classifica os atos enunciativos quantos aos efeitos, apenas como espécie de ato administrativo (IPN; FM; MA e VP; MC)

Corrente 2.2: Não classifica os atos enunciativos quantos aos efeitos, mas sim quanto ao conteúdo e como espécie de ato administrativo (AM)

Não abordam (OM; ASA; MJF; CABM)

DIVERGÊNCIA 161 - Atos administrativos quanto aos efeitos

Corrente 1: Declaratórios e constitutivos

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

j) Quanto aos efeitos

79. (1) **Atos constitutivos** - os que fazem nascer uma situação jurídica, seja produzindo-a originariamente, seja extinguindo ou modificando situação anterior. Exemplo: uma autorização para exploração de jazida; a demissão de um funcionário.

(2) **Atos declaratórios** - os que afirmam a preexistência de uma situação de fato ou de direito. Exemplo: a conclusão de vistoria em edificação afirmando que está ou não em condições habitáveis; uma certidão de que alguém é matriculado em escola pública. (p. 433)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

6.8. Quanto aos efeitos

Os atos administrativos são divididos de acordo com os efeitos que produzem no mundo jurídico e podem ser denominados atos constitutivos e atos declaratórios. (p. 360)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

8.6 Quanto aos efeitos, os atos se dividem em constitutivos e declaratórios (p. 302)

Corrente 2: Declaratórios, constitutivos e enunciativos

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

IV. Quanto aos efeitos do ato: a) Atos **constitutivos**; [...] b) Atos **declaratórios**; [...] c) Atos meramente **enunciativos** (p. 120)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Critério dos efeitos: atos constitutivos, declaratórios e enunciativos

Em relação ao critério dos efeitos, os atos podem ser divididos em três espécies:

- a) atos constitutivos: [...]
- b) atos declaratórios: [...]
- c) atos enunciativos: [...] (p. 533)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

6. Quanto aos **efeitos**, o ato administrativo pode ser **constitutivo, declaratório e enunciativo**. (p. 511)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Esse critério leva em consideração o **tipo de efeitos** que os atos administrativos podem produzir. Podem ser **constitutivos, declaratórios e enunciativos**. (p. 284)

Corrente 3: Declaratórios, constitutivos e condenatórios

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

7.7. Quanto aos efeitos dos atos decisórios

Por seu turno, os atos administrativos podem ser **declaratórios, constitutivos ou condenatórios**. (p. 176)

Corrente 4: Declaratórios, constitutivos, extintivos e modificativos

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

5.7. Ato constitutivo, extintivo, modificativo e declaratório

As expressões utilizadas para **designar os atos relacionados neste tópico dizem respeito mais precisamente aos efeitos** ou aos resultados obtidos com a sua prática; (p. 516)

Corrente 5: Declaratórios, constitutivos, extintivos, modificativos, alienativos e abdicativos

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

4.13.3.7 Quanto ao **conteúdo**

- a) atos constitutivos: criam novas situações jurídicas. Exemplo: admissão de aluno em escola pública;
- b) atos extintivos ou desconstitutivos: extinguem situações jurídicas. Exemplo: demissão de servidor;
- c) atos declaratórios ou enunciativos: visam preservar direitos e afirmar situações preexistentes. Exemplos: certidão e atestado
- d) atos alienativos: realizam a transferência de bens ou direitos a terceiros. Exemplo: venda de bem público;
- e) atos modificativos: alteram situações preexistentes. Exemplo: alteração do local de reunião;
- f) atos abdicativos: aqueles em que o titular abre mão de um direito. Exemplo: renúncia à função pública. (p. 526)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Conclusão

Atos administrativos quanto aos efeitos

Corrente 1: Declaratórios e constitutivos (CABM; FM; MC)

Corrente 2: Declaratórios, constitutivos e enunciativos (DCJ; RCRO; MSZDP; JSCF)

Corrente 3: Declaratórios, constitutivos e condenatórios (MJF)

Corrente 4: Declaratórios, constitutivos, extintivos e modificativos (MA e VP)

Corrente 5: Declaratórios, constitutivos, extintivos, modificativos, alienativos e abdicativos (AM)

Não abordam (OM; ASA; IPN; DFMN)

DIVERGÊNCIA 162 - Espécies de contratos da administração

Corrente 1: Contratos administrativos regidos pelo direito público e contratos de direito privado da Administração

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Dentre eles distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente:

- a) contratos de Direito Privado da Administração;
- b) "contratos administrativos". (p. 633)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

A expressão “contratos da Administração” é o gênero que comporta todo e qualquer ajuste bilateral celebrado pela Administração Pública. São **duas as espécies de contratos da Administração**:

- a) **Contratos administrativos**: [...]
- b) **Contratos privados da Administração ou contratos semipúblicos** [...] (p. 897)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Por conseguinte, do **gênero contrato da Administração** são extraídas as seguintes espécies: **contratos privados da Administração**, como, por exemplo, o seguro, o financiamento, a locação em que o Poder Público seja locatário, que são regidos predominantemente, por normas de direito privado, conforme explícita redação do art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/93, contudo, parcialmente derogados, “no que couber”,⁸ por normas publicísticas, pois quando o Estado figura na relação são impostas exigências formais e materiais peculiares; **contratos administrativos**, que obedecem integralmente ao regime jurídico de direito público, com incidência das normas exorbitantes ou derogatórias do direito comum em prol do interesse público, sendo as disposições de direito privado interpretadas apenas supletivamente às de direito público. (p. 189)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Para a maioria dos doutrinadores, nem todo contrato celebrado pelo Poder Público tem natureza de contrato administrativo, preferindo-se como terminologia geral “**contratos da administração**”. Essa expressão, em sentido amplo, visa alcançar todos os ajustes bilaterais firmados pela Administração, **correspondendo a um gênero**. Entretanto, quando esses contratos são regidos pelo direito privado, denominam-se “**contratos privados da Administração**”; quando regidos pelo direito público, recebem o nome de “**contratos administrativos**”. (p. 520)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

É muito importante consignar que a administração pública, no exercício de suas diversas atribuições, celebra não somente contratos regidos predominantemente pelo direito público - isto é, **contratos administrativos** -, mas, também, contratos subordinados precipuamente ao regime de direito privado. Chamaremos estes últimos de “**contratos de direito privado da administração pública**”. A doutrina emprega a expressão genérica “contratos da administração” para se referir a todos os contratos em que a administração pública figure como parte, abrangendo os contratos administrativos e os contratos de direito privado da administração pública. (p. 700)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Assim, nem todo contrato da Administração - aquele em que ela figure como parte - será um **contrato administrativo**, embora em ambas as hipóteses a contratação se sujeite a princípios e regras aplicáveis do Direito Administrativo, uma vez que, para configurar-se um contrato da administração, aí sim, bastará o elemento subjetivo.

A distinção é relevante porque, embora tanto nos **contratos da Administração** (caracterizados subjetivamente) como nos contratos administrativos (caracterizados objetivamente) aplique-se o Direito Administrativo, sempre que não existir interesse público envolvido na **relação contratual, o objeto será civil, e, por isso, regido pelo Direito Privado**. (p. 254)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Como visto nos itens anteriores, existem contratos celebrados pela Administração Pública que não são considerados contratos administrativos. Por isso, é conveniente diferenciar o **gênero contratos da Administração**, que são todos aqueles firmados pela Administração Pública, incluindo os **regidos pelo direito privado, e a espécie contratos administrativos**, considerados como tais somente os submetidos ao Direito Administrativo. (p. 871)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

Inicialmente, devemos ter em mente que a legislação, por diversas vezes, confunde contratos administrativos com contratos da Administração, onde este é gênero do qual aquele é espécie, pois a expressão “**contratos da administração**” (sentido amplo) engloba os **contratos administrativos e os contratos de direito privado celebrados pelo Poder Público**. (p. 558)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Toda vez que o Estado-Administração firma compromissos recíprocos com terceiros, celebra um contrato. São esses contratos que se convencionou denominar de contratos da Administração, caracterizados pelo fato de que a Administração Pública figura num dos polos da relação contratual. Nota-se que a expressão tem sentido amplo e visa a alcançar todos os ajustes bilaterais firmados pela Administração. **Desse modo, a noção corresponde a um gênero.**

[...] A **primeira das espécies dos contratos dessa categoria é a dos contratos privados da Administração**, regulados pelo Direito Civil ou Empresarial.

[...] Os **contratos administrativos também constituem espécie** do gênero contratos da Administração, mas têm normas reguladoras diversas das que disciplinam os contratos privados firmados pelo Estado. (p. 360-361)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Conforme esses contratos celebrados pela Administração Pública tenham maiores ou menores influxos do direito público, especialmente pela presença das chamadas cláusulas exorbitantes, são tradicionalmente chamados, respectivamente, de **contratos administrativos ou de contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública**. (p. 666)

Corrente 2: Contratos administrativos regidos pelo direito público, contratos regidos parcialmente pelo direito privado e figuras contratuais recentes

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

O módulo contratual da Administração desdobra-se em alguns tipos, que podem ser enfeixados do seguinte modo: a) **contratos administrativos clássicos**, regidos pelo direito público, como o contrato de obras, o de compras, as concessões; b) **contratos regidos parcialmente pelo direito privado**, como a locação, em que o Poder Público é o locatário; c) **figuras contratuais recentes**, regidas pelo direito público, como os convênios, contratos de gestão, consórcios públicos ou por mescla de direito público e de direito privado. (p. 214)

Corrente 3: Acordos de vontade da Administração, contratos administrativos em sentido estrito e contratos de direito privado praticados pela Administração

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

Segundo a classificação adotada, existem três espécies de contratos administrativos em sentido amplo. Há os **acordos de vontade da Administração**, os **contratos administrativos em sentido restrito** e os **contratos de direito privado praticados pela Administração**. (p. 213)

Corrente 4: Contratos de direito privado, contratos tipicamente administrativos e contratos não tipicamente administrativos

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2015 (DCJ)

Assim, são contratos da Administração Pública:

a) Os **Contratos de direito privado** - São aqueles regidos pelo direito comum, apenas parcialmente revogado por normas de Direito Público. É o que ocorre quando a Administração Pública precisa alugar algum imóvel, celebrando um contrato de locação com o particular, ou realizar um comodato, uma compra e venda, etc., e

b) Os **Contratos administrativos** - Que são aqueles regidos pelo direito público, entre os quais se incluem:

bl) Os contratos **tipicamente administrativos** - São aqueles que não têm paralelo no direito privado e inteiramente regidos pelo direito público, como os contratos de concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público, e

b2) Os contratos **não tipicamente administrativos** - Que já são aqueles que têm paralelo no direito privado, não obstante regidos pelo direito público, como o mandato, o empréstimo, o depósito e a empreitada (p. 515-516)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Os contratos celebrados pela Administração compreendem, quanto ao regime jurídico, **duas modalidades**.

os **contratos de direito privado**, como a compra e venda, a doação, o comodato, regidos pelo Código Civil, parcialmente derogados por normas publicistas;

os **contratos administrativos**, dentre os quais incluem-se: os **tipicamente administrativos**, sem paralelo no direito privado e inteiramente regidos pelo direito público, como a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público; **os que têm paralelo no direito privado, mas são também regidos pelo direito público**, como o mandato, o empréstimo, o depósito, a empreitada. (p. 571)

Conclusão

Espécies de contratos da administração

Corrente 1: Contratos administrativos regidos pelo direito público e contratos de direito privado da Administração (CABM; RCRO; IPN; FM; MA e VP; DFMN; AM; MC; JSCF; ASA)

Corrente 2: Contratos administrativos regidos pelo direito público, contratos regidos parcialmente pelo direito privado e figuras contratuais recentes (OM)

Corrente 3: Acordos de vontade da Administração, contratos administrativos em sentido estrito e contratos de direito privado praticados pela Administração (MJF)

Corrente 4: Contratos de direito privado, contratos tipicamente administrativos e contratos não tipicamente administrativos (DCJ; MSZDP)

DIVERGÊNCIA 163 - Existência ou não de contratos administrativos

Corrente 1.1: Existência de contratos administrativos com regime integralmente público e regime parcialmente de direito privado

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Hoje não se coloca em dúvida a ideia de um contrato em que o Poder Público é parte. Porém, nos primórdios da elaboração da teoria do contrato administrativo – início do século XX –, houve fortes resistências a essa ideia: alegava-se que a Administração não poderia celebrar contratos em virtude da sua posição de supremacia em relação ao particular; por outro lado, o atendimento do interesse público impediria todo tipo de vínculo contratual contínuo; e, ainda, as relações entre Administração e particulares só nasciam mediante atos administrativos. [...]

[...] Essa teoria, no entanto, afastou-se de preceitos da teoria do contrato privado vigente desde o século XVIII, como a igualdade entre as partes e a intangibilidade da vontade inicial destas; **formou-se a teoria de um contrato diferenciado do modelo privado, de um contrato em que a Administração dispõe de certas prerrogativas** para assegurar o interesse público, sem que sejam sacrificados os interesses pecuniários do particular contratado. **Embora a concepção de contrato administrativo fugisse à ideia de contrato, predominante nos séculos XVIII e XIX, não deixou de ser considerado contrato.** (p. 213)

[...] O módulo contratual da Administração desdobra-se em alguns tipos, que podem ser enfeixados do seguinte modo: a) **contratos administrativos clássicos**, regidos pelo direito público, como o contrato de obras, o de compras, as concessões; b) **contratos regidos parcialmente pelo direito privado**, como a locação, em que o Poder Público é o locatário; c) **figuras contratuais recentes**, regidas pelo direito público, como os convênios, contratos de gestão, consórcios públicos ou por mescla de direito público e de direito privado. (p. 214)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Conforme esses contratos celebrados pela Administração Pública tenham maiores ou menores influxos do direito público, especialmente pela presença das chamadas cláusulas exorbitantes, **são tradicionalmente chamados,**

respectivamente, de contratos administrativos ou de contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública.

[...] Por essa razão, apesar de tratarmos também dos contratos de direito privado celebrados pela Administração Pública, o presente capítulo terá como foco os contratos administrativos, ou seja, os contratos de direito público celebrados pela Administração Pública, aos quais são aplicáveis, mas apenas subsidiariamente, a teoria geral dos contratos, de raiz civilística (art. 54, Lei n. 8.666/93). (p. 666)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

Como já apontado anteriormente, o conceito amplo de contrato administrativo compreende diversas figuras, cada qual subordinada a regime jurídico diferenciado.

Segundo a classificação adotada, existem três espécies de contratos administrativos em sentido amplo. **Há os acordos de vontade da Administração, os contratos administrativos em sentido restrito e os contratos de direito privado praticados pela Administração.** (p. 213)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovdm, 2015 (DCJ)

Assim, são contratos da Administração Pública:

- a) Os **Contratos de direito privado** - São aqueles regidos pelo direito comum, apenas parcialmente revogado por normas de Direito Público. É o que ocorre quando a Administração Pública precisa alugar algum imóvel, celebrando um contrato de locação com o particular, ou realizar um comodato, uma compra e venda, etc., e
- b) Os **Contratos administrativos** - Que são aqueles regidos pelo direito público, entre os quais se incluem: bl) Os contratos **tipicamente administrativos** - São aqueles que não têm paralelo no direito privado e inteiramente regidos pelo direito público, como os contratos de concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público, e
b2) Os contratos **não tipicamente administrativos** - Que já são aqueles que têm paralelo no direito privado, não obstante regidos pelo direito público, como o mandato, o empréstimo, o depósito e a empreitada (p. 515-516)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

A expressão “contratos da Administração” é o gênero que comporta todo e qualquer ajuste bilateral celebrado pela Administração Pública. São **duas as espécies de contratos da Administração**:

a) **Contratos administrativos**: [...]

b) **Contratos privados da Administração ou contratos semipúblicos** [...]
(p. 897)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Contudo, entendemos que, mesmo diante de tais restrições, ainda é válida a qualificação contratual dada aos contratos administrativos, pois estes não consubstanciam poderes-deveres, como os atos administrativos, que, se não exercitados, geram a responsabilidade do agente público competente; mas, em muitos casos, apesar de derivarem das necessidades coletivas ou do próprio desempenho das atividades estatais, originam-se da percepção política de que há conveniência e oportunidade, bem como reservas orçamentárias suficientes para a sua celebração, nos termos e limites fixados legalmente.

[...] Por conseguinte, do gênero contrato da Administração são extraídas as seguintes espécies:

contratos privados da Administração, como, por exemplo, o seguro, o financiamento, a locação em que o Poder Público seja locatário, que são regidos predominantemente, por normas de direito privado, conforme explícita redação do art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/93, contudo, parcialmente derogados, “no que couber”, por normas publicísticas, pois quando o Estado figura na relação são impostas exigências formais e materiais peculiares;

contratos administrativos, que obedecem integralmente ao regime jurídico de direito público, com incidência das normas exorbitantes ou derogatórias do direito comum em prol do interesse público, sendo as disposições de direito privado interpretadas apenas supletivamente às de direito público. (p. 189)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Inicialmente, convém fazer um alerta para a divergência doutrinária quanto à definição dos contratos administrativos. Para a maioria dos doutrinadores, nem todo contrato celebrado pelo Poder Público tem natureza de contrato administrativo, preferindo-se como terminologia geral “contratos da administração”. Essa expressão, em sentido amplo, visa alcançar todos os ajustes bilaterais firmados pela Administração, correspondendo a um gênero. Entretanto, quando esses contratos são **regidos pelo direito privado**,

denominam-se “contratos privados da Administração”; quando regidos pelo direito público, recebem o nome de “contratos administrativos”.

Sendo assim, a Administração celebra contratos regidos pelo direito privado, como uma compra e venda, a locação de um imóvel para a instalação de uma repartição pública, **bem como contratos regidos pelo Direito Administrativo**, tais como: a concessão de serviços públicos, o contrato de gestão e outros. (p. 520)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

A terceira posição, adotada pela maioria dos administrativistas brasileiros, admite a existência de contratos administrativos, com características próprias que os distinguem do contrato de direito privado.

[...] **Colocamo-nos entre os adeptos da terceira corrente, que aceita a existência do contrato administrativo como espécie do gênero contrato.** (p.564 e 567)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

É muito importante consignar que a administração pública, no exercício de suas diversas atribuições, celebra não somente contratos regidos predominantemente pelo direito público - isto é, **contratos administrativos** -, mas, também, contratos subordinados precipuamente ao regime de direito privado. Chamaremos estes últimos de “**contratos de direito privado da administração pública**”. A doutrina emprega a expressão genérica “contratos da administração” para se referir a todos os contratos em que a administração pública figure como parte, abrangendo os contratos administrativos e os contratos de direito privado da administração pública. (p. 700)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Assim, nem todo contrato da Administração - aquele em que ela figure como parte - será um contrato administrativo, embora em ambas as hipóteses a contratação se sujeite a princípios e regras aplicáveis do Direito Administrativo, uma vez que, para configurar-se um contrato da administração, aí sim, bastará o elemento subjetivo.

A distinção é relevante porque, embora tanto nos contratos da **Administração (caracterizados subjetivamente) como nos contratos**

administrativos (caracterizados objetivamente) aplique-se o Direito Administrativo, sempre que não existir interesse público envolvido na relação contratual, o objeto será civil, e, por isso, regido pelo Direito Privado. (p. 154)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Entretanto, diante da existência de contratos celebrados pela Administração, mas que não se caracterizam como contratos administrativos, como é o caso do contrato de locação, o critério das partes contratantes não é mais utilizado. Atualmente, o critério mais apropriado para conceituação dos contratos administrativos é o critério formal, que define como administrativos os contratos submetidos aos princípios e regras do Direito Administrativo. (p. 868)

[...] Por isso, é conveniente diferenciar o gênero contratos da Administração, que são todos aqueles firmados pela Administração Pública, **incluindo os regidos pelo direito privado, e a espécie contratos administrativos, considerados como tais somente os submetidos ao Direito Administrativo.** (p. 871)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020. (MC)

A que aceita a existência de contratos administrativos como uma das espécies de contratos celebrados pela Administração - é a posição majoritária, adotada nesta obra que defende que os contratos administrativos são aqueles contratos celebrados pela Administração Pública sob o regime de direito público, com prerrogativas e vantagens decorrentes da supremacia estatal. Sendo assim, a Administração Pública pode celebrar contratos regidos pelo direito privado, como locação, permuta e compra e venda, quando então atuaria sem prerrogativas em face do particular contratado, com a regência do Direito Civil. Ressalte-se que, mesmo nos contratos privados, a Administração Pública deve respeitar os princípios inerentes à sua atuação, como o dever de licitar e de garantir a isonomia nas contratações.

Sendo assim, considerando a adoção da terceira corrente, o objeto de estudo do Direito Administrativo é a análise dos contratos administrativos e não de todo e qualquer contrato celebrado pelo Poder Público. (p. 558)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Toda vez que o Estado-Administração firma compromissos recíprocos com terceiros, celebra um contrato. São esses contratos que se convencionou denominar de contratos da Administração, caracterizados pelo fato de que a Administração Pública figura num dos polos da relação contratual.

Nota-se que a expressão tem sentido amplo e visa a alcançar todos os ajustes bilaterais firmados pela Administração.¹ Desse modo, a noção corresponde a um gênero.

[...] A primeira das espécies dos contratos dessa categoria é a dos **contratos privados da Administração**, regulados pelo Direito Civil ou Empresarial.

[...] Os **contratos administrativos** também constituem espécie do gênero contratos da Administração. (p. 360-361)

Corrente 1.2: Objeção à nomenclatura “contrato”, porém admite-se a existência de contratos administrativos com regime integralmente público e regime parcialmente de direito privado

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Dentre eles distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente:

a) **contratos de Direito Privado da Administração;**

b) **"contratos administrativos".** (p. 633)

[...] Em suma: o Poder Público, em razão de suas funções, tem sempre disponibilidade sobre o serviço público e sobre a utilização de um bem público; inversamente, o particular jamais pode tê-la, pois está envolvido na questão um bem extra commercium. **O contrato jamais seria via idônea para propiciar a um administrado senhoria, conquanto parcial, sobre um interesse público, seja no que espeita à forma de satisfazê-lo, seja no que atina ao prazo de duração de vínculo versando sobre ele.**

Daí que os poderes reconhecidos à Administração nestes "contratos administrativos"? **parece-nos que nada têm de contratuais.** São poderes relativos à prática de atos unilaterais, inerentes às competências públicas incidentes sobre aqueles objetos.

[...] **Seria preferível evitar terminologia que afilia à matriz contratual alguns destes vínculos cuja índole não se compatibiliza com a ascendência que se lhes quer inculcar. Entretanto, parecem fadados ao insucesso quaisquer esforços para demonstrar a inconveniência desta rotulação.** (p. 637-638)

Conclusão

Existência ou não de contratos administrativos

Corrente 1.1: Existência de contratos administrativos com regime integralmente público e regime parcialmente de direito privado (OM; ASA; MJF; DCJ; RCRO; IPN; FM; MSZDP; MA e VP; DFMN; AM; MC; JSCF)

Corrente 1.2: Objeção à nomenclatura “contrato”, porém admite-se a existência de contratos administrativos com regime integralmente público e regime parcialmente de direito privado (CABM)

DIVERGÊNCIA 164 - Possibilidade de contratos administrativos entre entes administrativos

Corrente 1: Admite-se a possibilidade de celebração de contratos administrativos entre entes administrativos

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

O dispositivo supra menciona ajuste entre Administração e particulares, que é a situação da maioria desses contratos. **Mas a própria lei aventa hipóteses de contratos entre pessoa jurídica de direito público interno e órgãos ou entidades da Administração**, como exemplo, nos incs. VIII e XVI do art. 24, os quais também são regidos pelo direito público [...] (p. 215)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Os **contratos administrativos** podem ser sucintamente definidos como os ajustes comutativos que a **Administração Pública, nessa qualidade, celebra** com particular **ou outra entidade pública** (p. 667)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Pode-se conceituar “contrato administrativo” como a convenção estabelecida entre duas ou mais pessoas para constituir, regular ou extinguir, entre elas, uma relação jurídica patrimonial, tendo sempre a participação do Poder Público, visando à persecução de um interesse coletivo, sendo regido pelo direito público. **É o ajuste que a Administração Pública firma com o particular ou outro ente público**, para a consecução de interesse coletivo (p. 520)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a **Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas**, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público (p. 562)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Reunindo os elementos apresentados no item anterior, podemos conceituar contrato administrativo como o ajuste estabelecido **entre a Administração Pública**, agindo nessa qualidade, e terceiros, ou **somente entre entidades administrativas**, submetido ao regime jurídico - administrativo para a consecução de objetivos de interesse público. (p. 869)

Corrente 2.1: Os contratos administrativos em sentido estrito, são aqueles celebrados entre a Administração Pública e particulares

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

Segundo a classificação adotada, existem três espécies de contratos administrativos em sentido amplo. **Há os acordos de vontade da Administração, os contratos administrativos em sentido restrito e os contratos de direito privado praticados pela Administração.**

[...] Os **acordos de vontade da Administração Pública** compreendem uma pluralidade de manifestações de vontade consensuais, de conteúdo heterogêneo e que apresentam características muito diferenciadas entre si.

Nesse cenário, a primeira advertência se relaciona com a irrelevância da denominação formal adotada na lei e praticada no mundo real. **Cada diploma legal pode escolher uma denominação específica, tal como “contrato”, “convênio”, “termo” etc.**

A natureza jurídica e a disciplina aplicável independem do nome adotado, seja pela lei, seja pela Administração Pública.

Acordo de vontade da Administração Pública é um ato jurídico de natureza consensual, **em que pelo menos uma das partes integra a Administração Pública estatal**, destinado a regular o relacionamento futuro entre as partes, sendo usualmente destituído de natureza comutativa e podendo compreender soluções pertinentes à regularização de práticas ilícitas. (p. 213)

[...] Os **contratos administrativos** de colaboração se caracterizam pela assunção por um **particular** da obrigação de realizar prestação destinada a satisfazer, de modo direto e imediato, necessidades da Administração. Tais contratos têm por objeto especificamente compras, serviços ou obras. Mas a categoria também compreende as alienações gratuitas e onerosas.

[...] **outra espécie de contrato administrativo em sentido restrito envolve a delegação do exercício de poderes de titularidade da Administração Pública.** Não se trata de transferir a competência propriamente dita (o que

não é juridicamente possível), mas de atribuir a um **sujeito privado** o exercício de poderes específicos e determinados (p. 218)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Em suma, a figura jurídica designada por contrato administrativo esforça-se na seguinte dualidade: **de um lado, o Poder Público** usufrui de todos os poderes indispensáveis à proteção do interesse público substanciado no contrato. É bem de ver que estes entendem com sua execução e persistência. **De outro lado, cabe ao particular** integral garantia aos interesses privados que ditaram sua participação no vínculo, consoante os termos ali constituídos. (p. 642)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Jusprovidm, 2015 (DCJ)

Contrato administrativo é o ajuste que a **Administração Pública**, agindo com supremacia e prerrogativas públicas, **celebra com o particular** para a realização dos objetivos de interesse público, nas condições fixadas pela própria Administração. (p. 516)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Podemos conceituar contrato administrativo como o **ajuste entre a administração pública, atuando na qualidade de poder público, e particulares**, firmado nos termos estipulados pela própria administração contratante, em conformidade com o interesse público, e sob regência predominante do direito público (p. 701)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

São, portanto, os contratos administrativos, manifestações de vontades recíprocas, **sendo uma delas da Administração Pública**, que, integradas pelo consenso, têm por objeto a constituição de uma relação jurídica obrigacional, visando a atender, com prestações comutativas, a interesses distintos, um dos quais é público. (p. 254)

[...] Este elemento se refere exclusivamente à condição subjetiva da parte **contratante privada para celebrar um contrato com a Administração**,

sendo, em princípio, de Direito Privado, a disciplina que regulará as condições de validade da manifestação de vontade do particular. (p. 258)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

A primeira grande característica, utilizada para definição dos **contratos administrativos é o fato de que estas avenças, regidas pelo direito público, apresentam-se com uma característica singular, qual seja, a possibilidade de haver tratamento desigual entre a Administração (que atua com prerrogativas públicas) e o contratado**, a exemplo de haver a possibilidade de a Administração extinguir o contato unilateralmente.

[...] Sendo assim, pode-se apontar a verticalidade como característica inerente aos contratos administrativos, haja vista a atuação do Poder Público com supremacia em **face do particular contratado**. (p. 559)

Corrente 2.2: Os contratos administrativos em sentido estrito são aqueles celebrados entre a Administração Pública e particulares, salvo quando celebrados entre pessoa administrativa e empresas estatais que prestam atividades econômicas em regime de concorrência

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

As partes no contrato administrativo **são a Administração Pública (contratante) e o particular (contratado)**, conforme se depreende da interpretação sistemática dos arts. 2.º, parágrafo único, e 6.º, XIV e XV, da Lei 8.666/1993 e art. 6.º, VII e VIII, da nova Lei de Licitações.

[...] **Entendemos que os ajustes celebrados entre entidades estatais não são propriamente contratos administrativos**, tendo em vista os seguintes fundamentos: a) os ajustes entre pessoas que possuem interesses comuns são caracterizados pela doutrina tradicional como verdadeiros convênios ou consórcios, e não como contratos; b) impossibilidade de reconhecimento de superioridade (prerrogativas) de uma entidade estatal em detrimento de outra; e c) a legislação, ao definir o contrato administrativo, exige a presença da Administração, de um lado, e do particular, do outro lado (arts. 2.º, parágrafo único, e 6.º, XIV e XV, da Lei 8.666/1993), bem como distingue o tratamento dispensado aos contratos e convênios (arts. 2.º e 116). **Excepcionalmente, a figura contratual seria admitida nas relações firmadas por pessoas administrativas com empresas estatais que prestam atividades econômicas em regime de concorrência com as empresas privadas**. (p. 898-899)

Corrente 3: Os contratos entre pessoas administrativas mais se assemelham à relação jurídica dos convênios, e não dos contratos administrativos

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Não será comum, mas, em tese, **é possível que ambos os sujeitos do contrato sejam pessoas administrativas**, e nesse caso será ele administrativo em razão da própria natureza dos pactuantes. Observamos, porém, que **esse tipo de contrato tem regime próprio em que não incidem alguns postulados dos contratos administrativos**, como o da supremacia de uma das partes. Ademais, a conjugação de vontades administrativas nesse caso **mais se assemelha à relação jurídica existente nos convênios**, que traduzem interesses comuns e paralelos, do que à relação contratual. (p. 365)

Não aborda

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Conclusão

Possibilidade de contratos administrativos entre entes administrativos

Corrente 1: Admite-se a possibilidade de celebração de contratos administrativos entre entes administrativos (OM; ASA; FM; MSZDP; AM)

Corrente 2.1: Os contratos administrativos em sentido estrito, são aqueles celebrados entre a Administração Pública e particulares (MJF; CABM; DCJ; MA e VP; DFMN; MC)

Corrente 2.2: Os contratos administrativos em sentido estrito são aqueles celebrados entre a Administração Pública e particulares, salvo quando celebrados entre pessoa administrativa e empresas estatais que prestam atividades econômicas em regime de concorrência (RCRO)

Corrente 3: Os contratos entre pessoas administrativas mais se assemelham à relação jurídica dos convênios, e não dos contratos administrativos (JSCF)

Não aborda (IPN)

DIVERGÊNCIA 165 - Possibilidade de entes da Administração Pública Indireta com personalidade jurídica de direito privado celebrarem contratos administrativos

Corrente 1.1: Os entes da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado celebram contratos administrativos, exceto aqueles exploradores de atividades econômicas em concorrência

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Os contratos administrativos podem ser celebrados tanto pela Administração Direta como pela Indireta, já que ambas podem firmar contratos regidos pelo Direito Público. A redação dada pela EC n. 19/99 ao art. 173, §1º, II, da CF, impondo a paridade do regime jurídico civil com as empresas privadas, só é aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividades econômicas em concorrência com a iniciativa privada. (p. 667-668)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

A Lei 13.303/2016 afastou a adoção dos contratos administrativos em sentido restrito relativamente às sociedades empresárias estatais, que passaram a se subordinar às normas de direito privado (com algumas alterações).

O regime de contratos administrativos em sentido restrito foi reservado para as entidades administrativas dotadas de personalidade de direito público e para as sociedades estatais não empresárias. (p. 219)

Corrente 1.2: Somente os entes da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado prestadores de serviços públicos celebram contratos administrativos

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Outra questão interessante refere-se à viabilidade de contratos administrativos por entidades administrativas, com personalidade de direito

privado (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações estatais de direito privado), de um lado, e particulares, de outro lado.

[...] **Sustentamos a possibilidade de celebração de contratos administrativos por entidades de direito privado quando prestadoras de serviços públicos**, visto que a atividade administrativa desempenhada por essas pessoas atrai a incidência do regime de direito público (p. 899)

Corrente 2: Os entes da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado apenas celebram contratos privados

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

A Lei n. 13.303/2016, que instituiu o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, dedicou um Capítulo somente para regulamentar os seus respectivos contratos e **expressamente determina que estes contratos seguirão os preceitos de direito privado** (art. 68), entretanto, estabelece normas muito parecidas com as previstas na Lei n. 8.666/93, já analisadas anteriormente. (p. 563)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Na Lei nº 13.303, o legislador aparentemente quis inovar ao afirmar que os contratos por ela regidos se submetem aos preceitos de direito privado e também “pelo disposto nesta Lei”. Por outras palavras, no silêncio da norma de direito privado, aplica-se o direito público, ou seja, a Lei nº 13.303. Na realidade, não mudou muita coisa, até porque a lei repete grande parte das normas da Lei nº 8.666. Poderia, simplesmente, ter determinado que, em matéria de contratos, as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias se submetem às normas da Lei nº 8.666/93, indicando as hipóteses em que essa aplicação não ocorreria. **No entanto, a intenção do legislador foi a de dar aos contratos firmados pelas empresas estatais a natureza de contratos de direito privado.** (p. 1043)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

O segundo ponto a esclarecer concerne à seguinte dúvida: considerando a classificação doutrinária tradicional, os contratos regidos pela Lei 13.303/2016 integram a categoria dos “contratos administrativos” ou a dos “contratos de direito privado da administração pública”?

Em nossa opinião, esses contratos disciplinados na Lei 13.303/2016 não se enquadram com precisão em nenhum dos dois grupos - embora estejam mais próximos dos “contratos de direito privado da administração pública”.

[...] **Em que pesem essas considerações, reiteramos que, a nosso ver, os contratos regrados pela Lei 13.303/2016 têm mais pontos em comum com os “contratos de direito privado da administração pública” do que com os contratos administrativos propriamente ditos (regidos predominantemente pelo direito público).** (p. 752-753)

Corrente 3: Os contratos dos entes da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado podem ser contratos privados ou administrativos, a depender da natureza das relações

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mistas submetem-se, tanto quanto seus atos, a um regime jurídico híbrido.

O regime jurídico básico é o de direito privado, como registra expressamente o art. 68 do Estatuto. Realmente, quando as entidades **exploram atividades econômicas e empresariais, o conteúdo dos contratos rege-se pelos preceitos de direito privado.**

Entretanto, não há como evitar a aplicabilidade do direito público em algumas relações jurídicas, porquanto se trata realmente de pessoas da administração indireta, sob o controle do respectivo ente público. Nesses aspectos, distinguem-se das pessoas do setor privado. É o caso das normas sobre concurso público, acumulação de cargos e funções, prestação de contas aos tribunais de contas, responsabilidade na gestão fiscal e outras da mesma natureza e, sobretudo, do sistema de licitações.

Desse modo, é de inferir-se que, sujeitas como estão às normas de licitação e contratos enunciados no Estatuto, as entidades são regidas nessa parte pelo direito público. **Daí resulta que, mais importante do que caracterizar os contratos como privados ou administrativos, é identificar a natureza das normas aplicáveis às diversas relações jurídicas de que participem as entidades.** (p. 965-966)

Não se posiciona

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

d) Em relação aos contratos, salientam-se alguns aspectos.

(i) Conforme o art. 68 da Lei nº 13.303/2016, os **contratos celebrados pelas estatais regem-se por suas cláusulas, pelas disposições desta lei, pelos preceitos do direito privado**. A afirmação da incidência de preceitos do direito privado mostra-se **destoante em vista do amplo tratamento calcado no direito público**, presente na referida lei. (p. 83)

Não abordam

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovodm, 2015 (DCJ)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovodm, 2020. (MC)

Conclusão

Possibilidade de entes da Administração Pública Indireta celebrarem contratos administrativos

Corrente 1.1: Os entes da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado celebram contratos administrativos, exceto aqueles exploradores de atividades econômicas em concorrência (ASA; MJF)

Corrente 1.2: Somente os entes da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado prestadores de serviços públicos celebram contratos administrativos (RCRO)

Corrente 2: Os entes da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado apenas celebram contratos privados (FM; MSZDP; MA e VP)

Corrente 3: Os contratos dos entes da Administração Indireta com personalidade jurídica de direito privado podem ser contratos privados ou administrativos, a depender da natureza das relações (JSCF)

Não se posiciona (OM)

Não abordam (CABM; DCJ; IPN; DFMN; AM; MC)

DIVERGÊNCIA 166 - Aplicação dos limites do art. 125 (Lei n.º 14.133/2021) ou art. 65, §1º (Lei n.º 8.666/1993) nas alterações unilaterais quantitativas ou qualitativas

Corrente 1: Os limites aplicam-se tanto às alterações unilaterais quantitativas quanto qualitativas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

O art. 65, I, prevê alterações tanto qualitativas quanto quantitativas, sendo que, **segundo parte da doutrina, seriam aplicáveis às primeiras também os limites percentuais constantes dos seus §§ 1º e 2º.**

[...] De nossa parte, entendemos que os limites **fixados pelos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei n. 8.666/93 já são suficientemente largos para que alterações de ajuste do projeto contratado possam ser realizadas** (pode chegar, no caso de obras, a 50% – art. 65, § 1º, in fine, Lei n. 8.666/93). **Ultrapassar estes limites representaria um acréscimo de valor ao contrato de tal magnitude que chegaria a subverter – senão em todos os aspectos, ao menos no econômico – o próprio objeto do contrato**, violando os princípios da impessoalidade, vinculação ao instrumento convocatório e competitividade (art. 3º, Lei n. 8.666/93), salvo quando a alternativa de celebração se revelar evidentemente sem racionalidade econômica, caso em que materialmente a hipótese será de inexigibilidade de licitação em favor do atual contratado. (p. 679-680)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Segunda posição: os limites devem ser observados em toda e qualquer alteração unilateral, qualitativa ou quantitativa. O principal fundamento é a ausência de distinção entre as alterações nas normas que impõem os limites percentuais, admitindo-se a inobservância dos limites apenas para os casos de supressões por acordo das partes (art. 65, § 2º, II, da Lei).³³ Nesse sentido: José dos Santos Carvalho Filho, Marcos Juruena Villela Souto, Flávio Amaral Garcia, Jessé Torres Pereira Junior, TCU e STJ.

Entendemos que a razão está com o segundo entendimento que aplica os limites às duas espécies de alteração unilateral (quantitativa e qualitativa) [...] (p. 913-914)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

De outro lado, **há a discussão se esses limites objetivos também devem ser aplicados para as alterações qualitativas**, tendo em vista que o artigo apontado não faz referência expressa a esse caso. **Alguns doutrinadores filiam-se à orientação de que não há incidência dos citados parágrafos nesse tipo de alteração. Todavia, essa não é a orientação adotada neste trabalho**, que exige que os referidos limites sejam claros, objetivos e preestabelecidos em lei, pois é a partir deles que o possível contratado dimensiona os riscos que deve suportar, na hipótese de uma alteração unilateral imposta pela Administração. (p. 535)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

No que diz respeito aos limites de alteração fixados no art. 65, § 1º, do Estatuto, divergem os autores sobre se o dispositivo seria aplicado apenas às alterações quantitativas (art. 65, I, “b”) ou se seria estendido também às alterações qualitativas (art. 65, I, “a”). **Para uns, os limites não se aplicariam a estas últimas por serem com elas incompatíveis pela própria natureza. Para outros, impõe-se a observância dos limites em virtude de não haver distinção na lei. Filiamo-nos, com a devida vênia, a este último entendimento.** De fato, o art. 65, § 1º, não faz qualquer distinção entre os tipos de alteração contratual e alude a obras, serviços e compras em geral. Se o legislador pretendesse discriminar as espécies de modificação, deveria tê-lo feito expressamente, o que não ocorreu. Assim, onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir.

Corrente 2: Os limites aplicam-se somente às alterações unilaterais quantitativas

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

O § 2.º do art. 65 determina que os acréscimos e supressões não podem superar o limite de 25% (50% em caso de reforma) do valor original da contratação. O tema tem dado margem a inúmeras disputas. Há os defensores da interpretação ampla do dispositivo. **Isso significaria que nenhuma modificação, prevista no art. 65, poderia ultrapassar o limite do § 1.º. Discorda-se desse entendimento.** (p. 240)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Note-se que a vedação contida no § 22 do art. 65 da Lei 8.666 - a de exceder os 25 ou 50% - está reportada tão somente à alteração unilateral a que se remete a letra "b" do inciso J ("quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei", os quais estão fixados no § 12). Não diz respeito, pois, ao que está mencionado na letra "a" ("modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos").

De fato, o § 22 do art. 65 (que declara inaceitáveis quaisquer acréscimos ou supressões excedentes dos limites fixados) remete expressamente ao parágrafo anterior. Ora, neste, ou seja, no § 112, está estabelecido que o contratado fica obrigado a aceitar acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras até 25% ou, no caso de reforma, 50%. **Portanto, ambos os parágrafos (1º e 2º) estão reportados a "acrécimo" ou "diminuição": expressões idênticas ou equivalentes às utilizadas na letra "b" do art: 65, I ("acrécimo ou diminuição"), que é o que trata de alteração de quantitativos.** (p. 644-645)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Concordamos, no entanto, com a parcela da doutrina que propugna que os limites se aplicam somente às alterações quantitativas, porque apenas a alínea b menciona a necessidade de obediência aos limites legais. Ademais, o § 2º do art. 65 fala expressamente que nenhum “acrécimo ou supressão” poderá exceder os limites estabelecidos, sendo que os termos “acrécimo e diminuição” são utilizados somente na alínea b, referente às mudanças quantitativas, então, entendemos que o legislador discriminou explicitamente as hipóteses de aplicação dos limites legais. (p. 195)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Temos entendido que somente as alterações quantitativas estão sujeitas aos limites de 25% ou 50%, referidos no artigo 65, § 1º, da Lei nº 8.666, até porque o inciso I, “b” (que trata especificamente dessa hipótese de alteração), faz expressa referência à modificação do valor contratual “em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei”, não se encontrando a mesma referência no inciso I, “a”, que trata das alterações qualitativas. (p. 592-593)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Em suma, **filiamo-nos à linha doutrinária que entende somente serem aplicáveis os limites percentuais previstos no § 1.º do art. 65 da Lei 8.666/1993 às alterações unilaterais quantitativas.** (p. 711)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

A modificação quantitativa deve observar os limites de até 25%, para obras, serviços ou compras, e até 50%, no caso de reforma em edifício ou equipamento (art. 65, § 1º, da Lei n. 8.666/93). (p. 947)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovdm, 2020. (MC)

A alteração atinente ao valor da contratação tem natureza de modificação quantitativa e, por sua vez, tem limites definidos em lei, que prevê que o particular deve aceitar as modificações feitas unilateralmente pela Administração Pública em até 25%, do valor original do contrato, para acréscimos ou supressões. Nesses casos, a alteração não depende de concordância do particular contratado. (p. 567)

Não se posicionam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Outro prisma refere-se aos limites de acréscimo e supressão do objeto do contrato fixados na lei. Assim, o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões nas obras, serviços e compras até 25% do valor inicial atualizado do contrato e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, até 50% para seus acréscimos (§1º do art. 65). (p. 220)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovdm, 2015 (DCJ)

Esclareça-se que, consoante o art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. (p. 520)

Não aborda

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Conclusão

Aplicação dos limites do art. 125 (Lei n.º 14.133/2021) ou art. 65, §1º (Lei n.º 8.666/1993) nas alterações unilaterais quantitativas ou qualitativas

Corrente 1: Os limites aplicam-se tanto às alterações unilaterais quantitativas quanto qualitativas (ASA; RCRO; FM; JSCF)

Corrente 2: Os limites aplicam-se somente às alterações unilaterais quantitativas (MJF; CABM; IPN; MSZDP; MA e VP; AM; MC)

Não se posicionam (OM; DCJ)

Não aborda (DFMN)

DIVERGÊNCIA 167 - Substituição do objeto contratado

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovdm, 2015 (DCJ)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Conclusão

Substituição do objeto contratado

Não abordam (OM; ASA; MJF; CABM; DCJ; RCRO; IPN; FM; MSZDP; MA e VP; DFMN; AM; MC; JSCF)

DIVERGÊNCIA 168 - Delimitação do Fato do Príncipe

Corrente 1: O fato do príncipe abrange os fatos extracontratuais da Administração em geral

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

O dispositivo menciona, além desses, a força maior e o caso fortuito.

Menciona, ainda, o **fato do príncipe, que é a decisão da Administração, de caráter geral, alheia ao contrato em si**, mas que tem reflexos fortes na sua execução. **Não se confunde, portanto, o fato do príncipe com o poder conferido à Administração contratante** de alterar unilateralmente o contrato, pois este se refere ao contrato em si, é específico, previsível e, no direito brasileiro, legalmente circunscrito. (p. 226)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

Na França, somente se aplica a teoria do fato do príncipe quando a modificação for proveniente da mesma esfera estatal que aquela que figura no contrato, porque se trata de uma modalidade de indenização. Não se pode encontrar um fundamento jurídico para que o ente estatal participe do contrato arque com os efeitos de ato que não praticou. Neste caso, haverá dois sujeitos estatais, aquele que editou o ato que produz efeitos onerosos e aquele que é parte no contrato. Logo, a solução é aplicar a teoria da imprevisão, instrumento adequado a neutralizar os efeitos econômicos onerosos provenientes de fatos alheios à contratação.

A distinção é relevante na França porque os efeitos da teoria da imprevisão são diferentes daqueles do fato do príncipe. Na última hipótese, os direitos do particular são mais intensos do que os reconhecidos em vista da teoria da imprevisão.

Mas a distinção não apresenta maior relevância no direito brasileiro, uma vez que o art. 65, II, d, estabelece que haverá o mesmo tratamento para o fato do príncipe ou para a teoria da imprevisão. Mais ainda, o § 5.º do art. 65 disciplina a mais clássica hipótese de fato do príncipe (elevação da carga tributária) de modo genérico, reconhecendo o cabimento da recomposição da equação econômico-financeira **sem determinar qualquer distinção relativamente à identidade do sujeito responsável.** (p. 242)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

Fato do príncipe é toda determinação estatal geral, imprevisível ou inevitável, que impeça ou, o que é mais comum, onere substancialmente a execução do contrato, autorizando sua revisão, ou mesmo sua rescisão, na hipótese de tornar-se impossível seu cumprimento. (p. 739)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Por **fato do príncipe**, entende-se qualquer medida de ordem geral que **parta do Estado, sem que vise especificamente à relação contratual**, mas que produza reflexos sobre um contrato administrativo, dificultando ou impedindo a sua execução. Assim, ocorrendo o desequilíbrio da equação econômico-financeira originalmente ajustada, o contratado prejudicado tem direito à recomposição patrimonial do equilíbrio violado e, na impossibilidade de fazê-lo, direito à sua rescisão com perdas e danos em seu favor. (p. 264)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Com a devida vênia, entendemos que o “**príncipe**” é o Estado ou qualquer de suas manifestações internas, de modo que nos parece aplicável a teoria se, por exemplo, um ato oriundo da União Federal atingir um particular que tenha contratado com um Estado-membro. (p. 418)

Corrente 2: O Fato do Príncipe abrange os fatos extracontratuais da Administração contratante, enquanto a Teoria da Imprevisão abrange os fatos alheios às pessoas contratantes

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

(c) **Álea Administrativa do Fato do Príncipe:**

Determinação geral e imprevisível, jurídica ou material, do próprio ente contratante que pode levar ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. **É sempre geral, atingindo o contrato apenas reflexamente.**

[...] **Para ser considerada como Fato do Príncipe** a medida, ainda que geral, **há de ser da mesma entidade contratante**. Se for de outra

Administração, aplica-se genericamente a Teoria da Imprevisão (álea econômica – ver em seguida).

(d) **Álea Econômica – Teoria da Imprevisão:** É todo acontecimento **externo ao contrato, estranho à vontade das partes**, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio não desprezível, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes. (p. 681-682)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

b) **Agravos econômicos resultantes de medidas tomadas sob titulação jurídica diversa da contratual**, isto é, no exercício de outra competência, cujo desempenho vem a ter repercussão direta na economia contratual estabelecida na avença. E o chamado "**fato do príncipe**", tomada a expressão com o âmbito específico a que se reporta Francis-Paul Bénoit, ao dizer: "Convém entender por 'fato do príncipe' os atos jurídicos e operações materiais, tendo repercussão sobre o contrato, e que foram **efetuados pela coletividade que celebrou o contrato, mas agindo em qualidade diversa da de contratante**"

[...] c) **Agravos econômicos sofridos em razão de fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes** e que convulsionam gravemente a economia do contrato. Seria o caso, por exemplo, de acentuada elevação do preço de matérias-primas, causada por desequilíbrios econômicos, etc. **É a "teoria da imprevisão"** [...] (p. 663-664)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovdm, 2015 (DCJ)

Fato do Príncipe é todo aquele que a **Administração** pratica, positiva ou negativamente, **não como parte do contrato, mas como autoridade pública**, que reflexamente repercute no contrato. (p.524)

[...] A **Teoria da Imprevisão** é todo acontecimento **externo ao contrato, estranho à vontade das partes**, imprevisível e inevitável, que causa um excessivo desequilíbrio, tornando a execução do contrato demasiadamente onerosa para o contratado. (p. 525)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Existem **controvérsias doutrinárias no tocante à delimitação do fato do príncipe**.

Primeiro entendimento: somente o fato extracontratual praticado pela entidade administrativa que celebrou o contrato será fato do príncipe.

Se o fato for imputado à outra esfera federativa, ambas as partes contratantes (Administração e particular) serão surpreendidas, ensejando a aplicação da teoria da imprevisão.

[...] **Entendemos que o primeiro entendimento é o mais adequado** à luz da nossa realidade federativa, mas a discussão não possui, em princípio, efeitos práticos, uma vez que os efeitos da aplicação das duas teorias (imprevisão e fato do príncipe) são, normalmente, semelhantes (art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993 e art. 124, II, “d”, da nova Lei de Licitações). (p. 944-945)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Fato do príncipe é determinação estatal imprevisível, que não se relaciona diretamente com o contrato, de caráter geral, mas que onera reflexa e substancialmente sua execução.

[...] No sistema brasileiro, a **teoria é apenas invocada se a autoridade que determinou a medida for da mesma esfera de governo daquela que celebrou o contrato, pois, se se tratar de autoridade de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão**. Assim, no caso do aumento do imposto de importação só se pode alegar o fato do príncipe nos contratos celebrados com a União, mas os celebrados com os Estados-membros se utilizarão da teoria da imprevisão para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. (p. 203)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Divergem os autores na conceituação do fato do príncipe; para uns, abrange o poder de alteração unilateral e também as **medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado. Para outros, o fato do príncipe corresponde apenas a essa segunda hipótese**. Cite-se o exemplo de um tributo que incida sobre matérias-primas necessárias ao cumprimento do contrato; ou medida de ordem geral que dificulte a importação dessas matérias-primas. **É a corrente a que aderimos [...]**

No direito brasileiro, de regime federativo, a teoria do fato do príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo fato do príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato (União, Estados e Municípios); se for de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão. (p. 608-609)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

2) fato do príncipe: é todo acontecimento externo ao contrato e de natureza geral (abrange toda a coletividade) provocado pela entidade contratante, “sob titulação jurídica diversa da contratual.

[...] 4) álea econômica (**teoria da imprevisão**): é o acontecimento externo ao contrato, de natureza econômica e **estranho à vontade das partes**, imprevisível e inevitável, que cause desequilíbrio contratual. (p. 958-959)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020. (MC)

[...] Dessa forma, para **que a situação se caracterize como fato do príncipe, é relevante que o agente que pratica a conduta onerosa seja da mesma esfera de governo daquele que celebrou o contrato administrativo atingido.** (p. 582)

Não se posiciona

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

b) fato do príncipe: consiste em uma determinação estatal, superveniente e imprevisível, geral e abstrata, que onera o contrato, repercutindo indiretamente sobre ele – incidência reflexa. Por exemplo, a alteração da alíquota de um imposto sobre o serviço prestado. Esta conduta não atinge o objeto principal do contrato, não impede que o serviço continue sendo prestado, entretanto outro preço atinge-o indiretamente, o que exige a revisão. **Alguns autores defendem que ela só pode ser aplicada quando quem praticou a conduta onerosa for da mesma esfera de governo do administrador com o qual se celebrou o contrato.** (p.538)

Conclusão

Delimitação do Fato do Príncipe

Corrente 1: O fato do príncipe abrange os fatos extracontratuais da Administração em geral (OM; MJF; MA e VP; DFMN; JSCF)

Corrente 2: O Fato do Príncipe abrange os fatos extracontratuais da Administração contratante, enquanto a Teoria da Imprevisão abrange os fatos alheios às pessoas contratantes (ASA; CABM; DCJ; RCRO; IPN; MSZDP; AM; MC)

Não se posiciona (FM)

DIVERGÊNCIA 169 - Nulidade como forma de extinção do contrato administrativo

Corrente 1: A nulidade é uma causa de extinção do contrato administrativo

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

O contrato Administrativo instala uma relação jurídica por definição e por exigência constitucional (arg. ex art. 37, XXI, CF) limitada no tempo. A sua extinção pode derivar de diferentes causas, expressamente previstas na Lei n. 8.666/93 ou inerentes a qualquer contrato, dando ensejo a regimes e consequências jurídicas diferenciadas. Vejamos cada uma dessas causas, classificando-as

de acordo com os fatos que as propiciem:

[...] II.1.c) **Invalidação administrativa: Trata-se da declaração da nulidade do contrato** (art. 59), em razão do seu próprio conteúdo ou indiretamente, como decorrência da nulidade da licitação ou da dispensa/inexigibilidade que o embasou. A declaração da nulidade pode ser feita tanto pela Administração (hipótese objeto deste subitem) como pelo Poder Judiciário (v. infra item II.3), devendo a Administração Pública ressarcir o contratado pelas prestações já executadas, salvo se ele não tiver agido de boa-fé em relação à causa da nulidade do contrato. (p. 702-703)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

A **extinção do contrato administrativo** pode derivar de:

[...] – **decretação de sua invalidade (anulação)**; (p. 246)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Além disto, embora a lei não o diga, um contrato administrativo também pode ser **extinto pela própria Administração, se esta verificar que a relação, ao ser constituída, o foi invalidamente**. Neste caso, o princípio da legalidade imporá sua invalidação (anulação ou constituição de nulidade), se não couber convalidação - e: nalogamente ao que ocorreria com os casos de convalidação de ato unilateral (Capítulo VII, ns.161-168). A invalidação do ato, é bem de ver- e tal como sucederia com os atos unilaterais -, terá que ser precedida de processo regular e ampla defesa (Capítulo VII, n. 148). De resto,

menos não se admitiria, pois, como visto, a rescisão unilateral demanda motivação e ampla defesa. (p. 647-648)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

A **extinção** pode ocorrer em virtude da conclusão do objeto do contrato ou do término de seu prazo de duração, ou, diversamente, **decorrer de anulação** ou de rescisão do contrato.

[...]

A anulação do contrato administrativo segue regras análogas à anulação dos atos administrativos. Um contrato administrativo deve ser anulado quando houve ilegalidade na sua celebração, seja relativa à competência da autoridade que firmou o ajuste, seja quanto ao objeto do contrato, seja concernente à inobservância obrigatória de licitar, enfim, vícios em geral que acarretem a ilegalidade do contrato ensejam a sua anulação.

A anulação pode ser realizada pela própria administração pública, de ofício provocada, ou pelo Poder Judiciário, mediante provocação, sempre por motivo de ilegalidade ou ilegitimidade. (p. 731)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

[...] **seis tipos nominados de desfazimento de contratos administrativos: a anulação**, a denúncia, a rescisão, a reversão, o distrato e a renúncia.

[...] A anulação do contrato administrativo é o seu desfazimento, declarando-se o defectivo quanto a seus elementos essenciais (inexistência) ou em caso deles não se conformarem à lei (invalidade). (p. 310)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

O contrato administrativo pode ser extinto em decorrência da conclusão do objeto, do término do prazo, de **anulação** motivada por defeito ou de rescisão. (p. 963)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

O contrato administrativo, já formalizado, pode ser extinto por meio de:

c) **Anulação**: o contrato deve ser extinto quando se verificar a presença de uma ilegalidade, como, por exemplo, o contrato sem o prévio procedimento licitatório.

Nesse caso, a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. (p. 543)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

Em casos de irregularidade na celebração do contrato, a extinção pode decorrer de anulação. Com efeito, trata-se de extinção contratual decorrente de vício de ilegalidade no contrato ou no procedimento licitatório de que resultou sua assinatura, com efeitos retroativos à data de início de vigência do acordo, impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos. (p. 591)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

No entanto, a extinção do contrato pode ocorrer de forma prematura quando houver impossibilidade de continuidade do ajuste (rescisão culposa ou não), **bem como quando constatada ilegalidade na licitação ou no próprio contrato (anulação do contrato).** (p. 946)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

XV. Extinção do Contrato

[...] 4. Invalidação

Havendo vício de legalidade no contrato, deve este sujeitar-se à invalidação, ou anulação, como denominam alguns autores.

[...] O efeito da declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente (art. 59 do Estatuto). Cuida-se de regra consonante com o princípio de direito público segundo o qual a invalidação produz efeitos ex tunc. (p. 420-423)

Corrente 2: Não inclui a anulação no rol de formas de extinção dos contratos administrativos, mas entendem a nulidade como operante de pleno direito, impedindo os efeitos jurídicos retroativamente

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovdm, 2015 (DCJ)

A Administração Pública, no exercício da auto tutela, deve e pode declarar a nulidade de seus contratos quando eivados de vícios de ilegalidade. **A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.** Entretanto, a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. (p. 522)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

A declaração de nulidade do contrato administrativo tem efeitos retroativos, ou seja, além de impedir a produção de efeitos, ela desconstitui os efeitos já produzidos, de acordo com o art. 59 da lei. (p. 206)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Em se tratando de ilegalidade verificada nos contratos de que é parte, a Administração tem também o poder de declarar a sua nulidade, com efeito retroativo, impedindo os efeitos jurídicos que elas ordinariamente deveriam produzir, além de desconstituir os já produzidos. (p. 599)

Não aborda

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Conclusão

Nulidade como forma de extinção do contrato administrativo

Corrente 1: A nulidade é uma causa de extinção do contrato administrativo (ASA; MJF; CABM; MA e VP; DFMN; AM; FM; MC; RCRO; JSCF)

Corrente 2: Não inclui a anulação no rol de formas de extinção dos contratos administrativos, mas entendem a nulidade como operante de pleno direito, impedindo os efeitos jurídicos retroativamente (DCJ; IPN; MSZDP)

Não aborda (OM)

DIVERGÊNCIA 170 - Indenizações em caso de nulidade do contrato administrativo

Corrente 1: A Administração deve ressarcir o contratado pelas partes já executadas

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

A declaração da nulidade pode ser feita tanto pela Administração (hipótese objeto deste subitem) como pelo Poder Judiciário (v. infra item II.3), **devendo a Administração Pública ressarcir o contratado pelas prestações já executadas, salvo se ele não tiver agido de boa-fé em relação à causa da nulidade do contrato.** (p. 703)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

Em qualquer caso em que o desfazimento não se fundamente em seu inadimplemento, o particular deverá ser amplamente indenizado.

Assim se passa tanto nos casos de rescisão fundada em razões de conveniência e oportunidade **como nas hipóteses de anulação** por defeito no procedimento licitatório.

[...] **A questão se torna ainda mais complexa se o terceiro tiver executado, total ou parcialmente, as prestações que o contrato (inválido) lhe impunha.** O particular estará obrigado a compensar os danos provocados e a restituir os benefícios indevidos auferidos. Mas **não existe cabimento de a Administração obter enriquecimento sem causa, apropriando-se da prestação executada sem desembolsar o valor de mercado correspondente.** (p. 250)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Se a ilegalidade for imputável apenas à própria Administração, não tendo para ela contribuído o contratado, este terá que ser indenizado pelos prejuízos sofridos.

[...] A anulação do contrato não exonera a Administração Pública do **dever de pagar o contratado pela parte do contrato já executada**, sob pena de incidir em enriquecimento ilícito. (p. 600)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020. (MC)

Importante ressaltar que a presença da boa-fé do contratado é indispensável para que ele faça jus ao pagamento de indenização, caso contrário, estaria se aproveitando da própria torpeza, situação não admitida em direito. Se o particular celebrou o contrato de má fé, ou contribuindo para a nulidade apresentada pelo acordo, atuou em desconformidade aos princípios da moralidade, não devendo ser ressarcido de valores públicos.

Entretanto, não obstante a impossibilidade de ser indenizado por prejuízos, a doutrina vem-se firmando no sentido de que, mesmo estando de má fé, caso tenha sido feita a prestação de serviços à Administração Pública e, diante da impossibilidade de se devolver os serviços prestados, com o retorno ao status quo ante, o Poder Público **deverá pagar pelos serviços prestados e pelas despesas realizadas e revertidas em proveito do ente estatal**, sob pena de configurar-se enriquecimento sem causa do Estado. (p. 592)

Corrente 2: A Administração deve ressarcir o contratado pelas partes já executadas e pelos danos emergentes

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidm, 2015 (DCJ)

Entretanto, a **nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável**, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. (p. 522)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

A **nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados**, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa. (p. 206)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

A nulidade, em regra, não acarreta para a administração obrigação de indenizar. **Deverá, entretanto, ser o contratado indenizado pelo que houver executado até a data em que a nulidade for declarada**, a fim de impedir o enriquecimento sem causa da administração. **Caso a nulidade não tenha ocorrido por motivo imputável ao contratado, ele fará jus, também, à indenização de outros prejuízos que tenha sofrido (danos emergentes)**, desde que regularmente comprovados. Vale destacar que **não há nenhuma disposição na Lei 8.666/1993 que preveja indenização do contratado a título de lucros cessantes** (indenização baseada no valor estimado do lucro que o contratado teria com a execução do contrato, e deixará de obter em decorrência da anulação). (p. 732)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Ocorrendo extinção motivada em defeito (ilegalidade) contratual, a Administração tem o **dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, exceto se o contratado deu causa ao vício** (art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93). Se o contratado deu causa à anulação (má-fé), deve ser indenizado somente pelo que já houver executado. Constata-se que a referida regra inclui no quantum da indenização os valores decorrentes da execução, bem como perdas e danos. Mas não faz qualquer referência aos lucros cessantes. Assim, ao menos no plano da disciplina normativa da matéria, o **valor dos lucros cessantes não compõe a indenização por anulação do contrato**. (p. 966)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Não obstante, nos termos do art. 59, parágrafo único, do Estatuto, “a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado, pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”. Pretende o dispositivo evitar o enriquecimento sem causa por parte da Administração, tendo ela recebido um bem jurídico sem pagar por ele. [...] A expressão “outros prejuízos regularmente comprovados”, contida no dispositivo, deve ser interpretada em consonância com a causa da nulidade. Se a invalidação decorrer de ilegalidade ou de impossibilidade do objeto do contrato, **tem o contratado direito, além do pagamento referente à parte que executou, à indenização pelos danos emergentes**, isto é, aqueles que realmente se

originaram da execução parcial do contrato (projetos, vistorias, pareceres técnicos, viagens etc.). (p. 423)

Corrente 3: A Administração deve ressarcir o contratado pelas partes já executadas, pelos danos emergentes e lucros cessantes

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Na segunda e terceira hipóteses o administrado **faz jus a indenização, nos termos supostos no contrato, pelas prestações que realizou e, ainda, pelas despesas em que terá que incorrer por força do contrato viciado, e terá direito ao acobertamento dos prejuízos indiretos, ou seja, dos proveitos que deixou de captar** em outra relação jurídica, por força da vinculação contratual.

Sem embargo, **salvo se esteve conluiado com a Administração na ilegalidade**, não sendo possível repor o *status quo ante*, terá de ser acobertado pelas despesas que fez em relação ao que a Administração haja aproveitado e incorporado em seu proveito (p. 679)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Todavia, a **anulação não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que ele houver executado até a data em que a nulidade for declarada** e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe sejam imputáveis, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa (art. 59 da Lei n. 8.666/93).

[...] Por outro lado, **tendo a anulação ocorrido após a prestação contratual ou a constituição de despesas necessárias** ao cumprimento do objeto contratual por parte do contratado, este goza de **direito à indenização pelo que efetivamente já prestou e pelas despesas que constituiu, bem como pelos proveitos que deixou de captar**. Essa garantia fica sempre condicionada à presença de sua boa-fé, pois, se assim não for, o contratado não poderá se beneficiar de sua própria torpeza. (p. 544)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Conclusão

Indenizações em caso de nulidade do contrato administrativo

Corrente 1: A Administração deve ressarcir o contratado pelas partes já executadas (ASA; MJF; MSZDP; MC)

Corrente 2: A Administração deve ressarcir o contratado pelas partes já executadas e pelos danos emergentes (DCJ; IPN; MA e VP AM; JSCF)

Corrente 3: A Administração deve ressarcir o contratado pelas partes já executadas, pelos danos emergentes e lucros cessantes (CABM; FM)

Não abordam (OM; RCRO; DFMN)

DIVERGÊNCIA 171 - Possibilidade ou não de transferência da concessão

Corrente 1.1: Possibilidade de transferir a concessão, sob admissão da Administração, caso seja benéfica ou indiferentes à qualidade do serviço

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Apesar de opiniões que consideram que a cessão da concessão e a mudança no controle societário da concessionária violam a obrigação constitucional de licitar, já que a concessionária acabaria sendo empresa diversa da que venceu a licitação, **entendemos que a ponderação entre os princípios da licitação e da qualidade do serviço**, de um lado, e a iniciativa privada e a autonomia contratual, de outro, **deve levar à seguinte solução: 1) Se a alteração social ou a transferência da concessão forem benéficas ao serviço público, deverá ser admitida**. Nesse caso, os dois grupos de princípios levam à mesma consequência; 2) **Se as alterações forem prejudiciais ao serviço público, não poderá ser admitida**, prevalecendo, assim, a eficiência do serviço público concedido; e 3) **Se as alterações forem indiferentes à qualidade do serviço público, deverão ser admitidas**. Dessa forma, a eficiência do serviço público não terá sido atingida e o princípio da livre-iniciativa poderá ser atendido sem nenhum prejuízo. (p. 797)

Corrente 1.2: Possibilidade de transferir a concessão, desde que haja anuência do Poder Público

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Admite-se a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária desde que **haja prévia anuência do poder concedente**, pois, caso contrário, haverá a caducidade da concessão, que a extingue por culpa do concessionário. (p. 232)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Pode, por exemplo, ser necessária a transferência da concessão ou, ainda, pode ocorrer a alteração do controle societário da empresa concessionária. A lei não impede a configuração de tais ocorrências, mas, como é evidente,

impõe algumas condições. **Assim, deverá haver prévia anuência do poder concedente**, sob pena de caducidade da concessão. (p. 741)

Corrente 1.3: Possibilidade de transferir a concessão, desde que seja realizada licitação para tanto

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Além da subconcessão, é possível a **transferência da concessão** ou do controle societário da concessionária, após a anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão (art. 27 da Lei 8.987/1995). A **transferência da concessão implica verdadeira cessão da posição jurídica da figura do concessionário**. Com essa modificação subjetiva do contrato de concessão, substitui-se o concessionário por outra pessoa jurídica, com a qual o poder concedente passará a se relacionar.

[...] **Entendemos que, apesar do silêncio da Lei, deve ser realizada licitação para a efetivação da transferência da concessão**, tendo em vista duas razões: a) a transferência da concessão representa delegação de serviço público e o art. 175 da CRFB exige a realização do certame para escolha do delegatário; e b) se a subconcessão, ainda que parcial, pressupõe licitação, com maior razão a transferência total da concessão para novo concessionário. (p. 326)

Corrente 2: A transferência da concessão, ainda que haja anuência da Administração, é uma burla à licitação

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Com efeito, quem venceu o certame foi o concessionário, e não um terceiro - sujeito, este, pois, que, de direito, não se credenciou, ao cabo de disputa aberta com quaisquer interessados, ao exercício da atividade em pauta. **Logo, admitir a transferência da concessão seria uma burla ao princípio licitatório**, enfaticamente consagrado na Lei Magna em tema de concessão, e feriria o princípio da isonomia, igualmente encarecido na Constituição.

Sem embargo, a Lei 8.987, no art. 27, inconstitucionalmente a acolheu, desde que precedida de anuência da Administração, se o pretendente "atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço e comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor" (§ 1º, I e II, do artigo citado). De acordo com este preceptivo, apenas se faltar tal

acquiescência preliminar é que se caracterizaria hipótese de prematura extinção da concessão por comportamento faltoso do concessionário, ou seja, o que se denomina caducidade. (p. 746-747)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

A transferência da concessão, prevista no artigo 27 da Lei nº 8.987, significa a entrega do objeto da concessão a outra pessoa que não aquela com quem a Administração Pública celebrou o contrato. Há uma substituição na figura do concessionário. As únicas exigências são a de que o concessionário obtenha a anuência do poder concedente, sob pena de caducidade da concessão, e a de que o pretendente atenda às seguintes condições: satisfaça os requisitos de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e comprometa-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor. **Não há exigência de licitação, o que implica burla à norma do artigo 175 da Constituição.** (p. 639)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

É de todo evidente que a previsão de transferência da concessão sem prévio procedimento licitatório com esse objeto específico **implica burla à imposição constitucional de que as concessões e permissões de serviços públicos sejam sempre precedidas de licitação.** (p. 851)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspodvidm, 2015 (DCJ)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

Conclusão

Possibilidade ou não de transferência da concessão

Corrente 1.1: Possibilidade de transferir a concessão, sob admissão da Administração, caso seja benéfica ou indiferentes à qualidade do serviço (ASA)

Corrente 1.2: Possibilidade de transferir a concessão, desde que haja anuência do Poder Público (IPN; JSCF)

Corrente 1.3: Possibilidade de transferir a concessão, desde que seja realizada licitação para tanto (RCRO)

Corrente 2: A transferência da concessão, ainda que haja anuência da Administração, é uma burla à licitação (CABM; MSZDP; MA e VP)

Não abordam (OM; MJF; DCJ; FM; DFMN; AM; MC)

DIVERGÊNCIA 172 - Natureza jurídica dos convênios

Corrente 1.1: Os convênios possuem natureza jurídica contratual

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

A dificuldade de fixar diferenças entre contrato, de um lado, e convênio e consórcio, de outro, **parece levar a concluir que são figuras da mesma natureza, pertencentes à mesma categoria, a contratual.** (p. 233)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

Uma das dificuldades no estudo do contrato administrativo reside na pluralidade de figuras abrangidas. A expressão contrato administrativo indica um gênero, que comporta espécies muito diversas entre si.

[...] Segundo a classificação adotada, existem três espécies de contratos administrativos em sentido amplo. Há os acordos de vontade da Administração, os contratos administrativos em sentido restrito e os contratos de direito privado praticados pela Administração.

[...] 3. Os acordos de vontade da Administração Pública

Os acordos de vontade da Administração Pública compreendem uma pluralidade de manifestações de vontade consensuais, de conteúdo heterogêneo e que apresentam características muito diferenciadas entre si.

[...] Ou seja, **o convênio é uma espécie de contrato administrativo.** (p. 214)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Nesse ponto, os consórcios públicos difeririam dos **convênios, à medida que estes também são contratos administrativos de mútua cooperação**, mas entre entidades federativas desiguais (p. 931)

Corrente 1.2: Os convênios possuem natureza jurídica contratual, porém diversa da natureza dos contratos administrativos

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Já os **convênios e os consórcios correspondem a contratos do segundo tipo** - ou seja, daqueles em que as partes têm interesses e finalidades comuns. Assim, **convênios e consórcios diferem da generalidade dos contratos administrativos** porque, ao contrário destes, não há interesses contrapostos das partes, mas interesses coincidentes. (p. 686)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

Consideram-se convênios administrativos os ajustes firmados por pessoas administrativas entre si, ou entre estas e entidades particulares, com vistas a ser alcançado determinado objetivo de interesse público. Como bem registra a clássica lição de HELY LOPES MEIRELLES, **convênio e contrato não se confundem**, embora tenham em comum a existência de vínculo jurídico fundado na manifestação de vontade dos participantes. A rigor, **pode admitir-se que ambos os ajustes se enquadram na categoria dos contratos lato sensu**, vez que neles estão presentes os elementos essenciais dos negócios consensuais. Para a distinção entre eles, contudo, os contratos serão considerados *stricto sensu*, vale dizer, como uma das espécies da categoria genérica dos contratos. (p. 434)

Corrente 2.1: Os convênios possuem natureza jurídica diversa da contratual

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Vejamos a distinção entre as duas espécies de negócio jurídico administrativo: “Quando se alude a contrato administrativo, indica-se um tipo de avença que se enquadra, em termos de teoria geral do direito, na categoria dos contratos ‘comutativos’ ou ‘distributivos’ (...). Em tais atos, não há comunhão de interesses ou fim comum a ser buscado. Cada parte vale-se do contrato para atingir um fim que não é compartilhado pela outra. **Já no chamado ‘convênio administrativo’**, a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem – ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe. (p. 671-672)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidem, 2015 (DCJ)

6. CONVÊNIO

Não constitui modalidade de contrato. Trata-se de uma avença ou ajuste entre entidades de direito público de natureza e nível diversos ou entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração.

Distingue-se do contrato, pois neste os interesses das partes são divergentes, enquanto no convênio os interesses são convergentes. (p. 543)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

Os convênios administrativos são ajustes formalizados entre entidades administrativas ou entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos que têm por objetivo a consecução de objetivos comuns e o atendimento do interesse público.

As principais diferenças entre os convênios e os contratos podem ser sintetizadas da seguinte forma: [...] (p. 985)

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Existem diversas modalidades de contratos administrativos. Dentre eles, serão abordados: o contrato de concessão, a empreitada, a tarefa, o contrato de fornecimento e o contrato de gestão. Também serão expostos os regimes jurídicos do **convênio e do consórcio, muito embora essas formas de parcerias/ajustes não tenham, em rigor, natureza contratual.** (p. 206)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

O convênio representa um acordo firmado por entidades políticas, de qualquer espécie, ou entre essas entidades e os particulares para realização de objetivos de caráter comum, buscando sempre interesses recíprocos, convergentes. **Difere do contrato administrativo, tendo em vista que, neste, os interesses perseguidos são divergentes.** (p.555)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

O convênio não constitui modalidade de contrato, embora seja um dos instrumentos de que o Poder Público se utiliza para associar-se com outras entidades públicas ou com entidades privadas. (p. 710)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

A rigor, como adotamos a concepção que nos parece predominante na doutrina, a matéria nem mesmo deveria estar aqui inserida. Com efeito, a maioria dos autores entende que não podem os convênios ser considerados uma espécie de contrato. Embora se reconheça como ponto comum entre convênios e contratos a necessidade de acordo de vontades para a formação do vínculo jurídico entre os participantes, tantas distinções substanciais existem que não soa juridicamente congruente incluir no mesmo gênero essas duas figuras. (p. 787)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

Os convênios são ajustes firmados entre a Administração Pública e entidades que possuam vontades convergentes, mediante a celebração de acordo para melhor execução das atividades de interesse comum dos conveniados. Nesse sentido, a lei 8.666/93, em seu art. 116 dispõe que "Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber dos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração"

Sendo assim, a legislação regulamenta também, naquilo que for compatível, os convênios firmados entre o Poder Público e quaisquer outras entidades para execução de atividades comuns, com convergência de interesses. De fato, **este é o ponto crucial de distinção entre este instituto e os contratos administrativos**, haja vista o fato de que, nestes últimos, as vontades dos particulares e do Poder Público são divergentes, sendo firmado o acordo de forma que agrade às duas partes e cada uma possa alcançar seu objetivo. (p. 600)

Corrente 2.2: Os convênios possuem natureza de ato administrativo complexo

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

O convênio é o ato administrativo complexo em que uma entidade pública acorda com outra ou com outras entidades, públicas ou privadas, o desempenho conjunto, por cooperação ou por colaboração, de uma atividade de competência da primeira. (p. 288)

Conclusão

Natureza jurídica dos convênios

Corrente 1.1: Os convênios possuem natureza jurídica contratual (OM; MJF; AM)

Corrente 1.2: Os convênios possuem natureza jurídica contratual, porém diversa da natureza dos contratos administrativos (CABM; JSCF)

Corrente 2.1: Os convênios possuem natureza jurídica diversa da contratual (ASA; DCJ; RCRO; IPN; FM; MSZDP; MA e VP; MC)

Corrente 2.2: Os convênios possuem natureza de ato administrativo complexo

DIVERGÊNCIA 173 - Necessidade ou não de licitação para celebração de convênios

Corrente 1.1: Há a necessidade de licitação ou processo seletivo quando houver possibilidade de potenciais interessados

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

Outra dúvida refere-se à exigência ou inexistência de licitação para celebrar convênio e consórcio. Nos consórcios entre Municípios ou que envolvem outros entes estatais, o grau de especificidade do objeto é tão significativo que seria incabível cogitar-se de licitação. As mesmas ponderações se aplicam aos convênios entre entidades ou órgãos da Administração, em especial aos convênios entre universidades nacionais ou entre estas e universidades ou faculdades estrangeiras. No tocante aos convênios entre Poder Público e entidades particulares, o que, sobretudo, fundamenta a desobrigação de licitação é a especificidade do objeto e da finalidade. **No entanto, se a Administração pretender realizar convênio para resultado e finalidade que poderão ser alcançados por muitos, deverá ser realizada licitação, por vezes denominada chamamento público,** ou aberta a possibilidade de conveniar sem limitação, atendidas as condições fixadas genericamente. (p. 233-234)

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

c) **quanto à necessidade de licitação:** a celebração de contratos pela Administração Pública depende, em regra, da realização de licitação prévia, na forma do art. 37, XXI, da CRFB e do art. 2.º da Lei 8.666/1993. **Ao contrário, a formalização de convênios não depende de licitação, o que não afasta a necessidade de instauração, quando possível, de processo seletivo que assegure o tratamento impessoal entre os potenciais interessados;** (p. 986)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Enquanto a celebração de contratos administrativos exige realização de prévia licitação, o art. 116 da Lei n. 8.666/93 prescreve que o **regime licitatório aplica-se “no que couber” aos convênios,** acordos, ajustes e

outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

Por isso, de acordo com a doutrina e a jurisprudência do TCU, se a Administração decidir firmar termo de parceria com uma entidade do terceiro setor, **havendo pluralidade de interessados, a escolha da entidade a ser favorecida pela parceria deve ser precedida de procedimento seletivo simplificado** (licitação sem o rito da Lei n. 8.666/93) a fim de garantir a observância dos princípios administrativos e como forma de reduzir o subjetivismo na escolha do ente beneficiado. (p. 872)

Corrente 1.2: Há a necessidade de licitação para travar convênios com entidades privadas

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Para travar convênios com entidades privadas - salvo quando o convênio possa ser travado com todas as interessadas - o sujeito público terá que licitar ou, quando impossível, realizar algum procedimento que assegure o princípio da igualdade. (p. 689)

Corrente 2: Não há a necessidade de licitação para firmar convênios

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Para os negócios de natureza convencional a Lei n.8.666/93 não é, ex vi do seu art. 2º, aplicável. Não envolvendo os convênios “obrigações recíprocas”, **não lhes são aplicáveis as exigências de licitação** ou de sua dispensa ou inexistência previstas na Lei n. 8.666/93. (p. 672-673)

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. (MJF)

Essa distinção se relaciona com o posicionamento recíproco entre as partes. No convênio, as partes não percebem remuneração por sua atuação e todos os recursos são aplicados no desempenho de uma atividade de relevância coletiva. Nos demais contratos administrativos, o usual é a existência de interesses contrapostos, existindo interesse lucrativo pelo menos de uma das partes (o particular). Desse modo, em regra, impõe-se a realização de procedimento licitatório para a celebração de contratações administrativas, ressalvadas aquelas hipóteses de contratação direta. **Mas não há**

obrigatoriedade de que os convênios sejam precedidos de licitação. (p. 214)

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

Quanto à exigência de licitação para a celebração de convênios, ela não se aplica, pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis. Não se cogita de preço ou de remuneração que admita competição. (p. 715)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. (MA e VP)

[...] previamente à celebração de contratos administrativos, é necessária, salvo nas hipóteses legais de inexigibilidade e de dispensa, a realização de licitação pública formal; **não há licitação no caso de convênios firmados entre entidades públicas e, mesmo quando celebrados entre estas e entidades privadas, a regra geral é não haver licitação propriamente dita (em sentido estrito);** (p. 787)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. (MC)

Importa ainda ressaltar que a doutrina e jurisprudência se firmaram no sentido de que a celebração de convênios, em decorrência da convergência de vontades e de todas as peculiaridades que cercam o acordo, **não deve ser precedida de procedimento licitatório, podendo o convênio ser firmado, diretamente, entre o ente público e a entidade privada.** (p. 602)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

A celebração de convênios, por sua natureza, independe de licitação prévia como regra. É verdade que a Lei no 8.666/1993 estabelece, no art. 116, que é ela aplicável a convênios e outros acordos congêneres. Faz, entretanto, a ressalva de que a aplicação ocorre no que couber. Como é lógico, raramente será possível a competitividade que marca o processo licitatório, porque os pactuantes já estão previamente ajustados para o fim comum a que se propõem. Por outro lado, no verdadeiro convênio inexistente perseguição de lucro, e os recursos financeiros empregados servem para

cobertura dos custos necessários à operacionalização do acordo. **Sendo assim, inviável e incoerente realizar licitação.** (p. 436)

Não se posiciona

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Há controvérsia na doutrina se aos convênios se aplica a licitação. Enquanto Maria Sylvia Zanella Di Pietro expõe que não se aplica aos convênios a licitação, uma vez que eles objetivam a mútua colaboração, sendo que nem sempre o alcance de interesses comuns envolve qualquer repasse de verbas, Odete Medauar enfatiza que, se a Administração pretender realizar convênio para “resultado e finalidade que poderão ser alcançadas por muitos, deverá ser realizada licitação ou se abrir a possibilidade de se conveniar sem limitação, atendidas as condições fixadas genericamente”. (p. 207)

Não abordam

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidm, 2015 (DCJ)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Conclusão

Necessidade ou não de licitação para celebração de convênios

Corrente 1.1: Há a necessidade de licitação ou processo seletivo quando houver possibilidade de potenciais interessados (OM; RCRO; AM)

Corrente 1.2: Há a necessidade de licitação para travar convênios com entidades privadas (CABM)

Corrente 2: Não há a necessidade de licitação para firmar convênios (ASA; MJF; MSZDP; MA e VP; MC; JSCF)

Não se posiciona (IPN)

Não abordam (DCJ; FM; DFMN)

DIVERGÊNCIA 174 - Diferença entre Fatos e Atos Administrativos

Corrente 1: Ato administrativo é a declaração de vontade que produz efeitos jurídicos imediatos, enquanto os fatos administrativos são acontecimentos naturais que produzem efeitos no campo do direito administrativo

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020 (MSZDP)

O Direito Civil faz distinção **entre ato e fato; o primeiro é imputável ao homem; o segundo decorre de acontecimentos naturais**, que independem do homem ou que dele dependem apenas indiretamente. Quando o **fato corresponde à descrição contida na norma legal, ele é chamado fato jurídico e produz efeitos no mundo do direito. Quando o fato descrito na norma legal produz efeitos no campo do direito administrativo, ele é um fato administrativo**, como ocorre com a morte de um funcionário, que produz a vacância de seu cargo; com o decurso do tempo, que produz a prescrição administrativa. (p. 455)

[...] Com esses elementos, pode-se definir o **ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos**, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário. (p. 464)

Corrente 2.1: Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade, enquanto nos fatos administrativos não há manifestação de vontade, sendo meramente material

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013 (ASA)

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade no exercício de função administrativa que tenha por fim imediato criar, modificar ou extinguir direitos ou obrigações. [...] Se **não houver manifestação de vontade administrativa**, estaremos, quando muito, diante de **um fato administrativo, de caráter meramente material**, mas não diante de um ato administrativo. (p. 309)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015 (CABM)

Atos materiais, tais o ministério de uma aula, uma operação cirúrgica realizada por médico no exercício de sua atividade como funcionário, a pavimentação de uma rua etc.

Por não serem sequer atos jurídicos, também não há interesse em qualificá-los como atos administrativos. Estes **comportamentos puramente materiais da Administração denominam-se "atos administrativos"**. (p. 392)

[...] Em **acepção estrita pode-se conceituar ato administrativo** com os mesmos termos utilizados, acrescentando as características: concreção e unilateralidade. Daí a seguinte noção: **declaração unilateral do Estado** no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. (p. 394)

CARVALHO, Matheus. Manual de direito administrativo. 7. ed. Salvador: Juspovidm, 2020 (MC)

Os atos materiais - também chamados de **atos administrativos, já que não manifestam a vontade do Estado. São atos de mera execução de atividade**. Por exemplo, o ato que determina a demolição de um prédio é ato administrativo, mas a demolição em si é mero ato material, fato administrativo podendo, inclusive, ser executado por qualquer particular contratado pelo poder público. (p. 263)

[...] **Ato administrativo** é todo ato praticado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, no exercício da função administrativa (estando excluídos deste conceito os atos políticos), sob o regime de Direito Público, ou seja, gozando o ato de todas as prerrogativas estatais, diferente do que ocorre com os atos privados da Administração e, por fim, **manifestando vontade do poder público em** casos concretos ou de forma geral, **não se confundindo com meros atos de execução de atividade** (p. 266)

Corrente 2.2: Ato administrativo é toda declaração de natureza constitutiva, declaratória, enunciativa, modificativa ou extintiva, enquanto os fatos administrativos são atividades materiais que produzem efeitos jurídicos administrativos

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020 (JSCF)

A ideia de **fato administrativo** não tem correlação com tal conceito, pois que não leva em consideração a produção de efeitos jurídicos, mas, ao revés, tem o sentido de **atividade material no exercício da função administrativa, que visa a efeitos de ordem prática para a Administração**. (p. 235)

[...] Firmadas tais premissas, podemos, então, conceituar o **ato administrativo como sendo “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública** ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público (p. 240)

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 14. ed. Salvador: Juspovidem, 2015 (DCJ)

A Administração Pública não só produz atos jurídicos, mas também fatos jurídicos, de modo que é necessário separar os **atos administrativos** (que são atos jurídicos por meio dos quais a **Administração exprime uma declaração de natureza constitutiva, declaratória, enunciativa, modificativa ou extintiva**) dos **fatos administrativos** (que são fatos jurídicos por via dos quais a Administração **realiza ou executa materialmente** alguma coisa). **Fato administrativo é atividade material do Estado que produz efeitos jurídicos administrativos** (ex.: realização de obra pública; morte de servidor público; aula ministrada por professor público; cirurgia realizada por médico do Estado, etc.). Os fatos administrativos, muito embora possam decorrer de situações naturais (ex: inundação de terreno público), são precedidos, em regra, de atos administrativos; ou seja, antes da sua realização quase sempre haverá a manifestação de um querer do Estado (ex.: a Administração Pública deve expedir uma ordem de serviço para construir uma ponte). (p. 101-102)

Corrente 2.3: Ato administrativo é a manifestação da vontade da Administração, enquanto os fatos administrativos são atividades materiais que produzem ou não efeitos jurídicos

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021 (RCRO)

No primeiro caso, os **atos administrativos**, espécies de atos jurídicos, representam a **vontade da Administração** preordenada ao atendimento da finalidade pública (ex.: ato administrativo punitivo editado no Processo Administrativo Disciplinar – PAD – tem por objetivo punir o agente público). Os **fatos administrativos**, por sua vez, são **eventos materiais que podem repercutir no mundo jurídico** (ex.: falecimento do agente público acarreta a vacância do cargo). Em determinadas hipóteses, os fatos representam

simples acontecimentos materiais, sem produção imediata de efeitos jurídicos (ex.: construção de uma ponte). (p. 508)

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021 (MA e VP)

[...] Conforme antes afirmado, os **atos administrativos enquadram-se na categoria dos atos jurídicos. Logo, são manifestações humanas, e não meros fenômenos da natureza. Ademais, são sempre manifestações unilaterais de vontade** (as bilaterais compõem os chamados contratos administrativos). (p. 458)

[...] Em qualquer das acepções antes expostas, pode-se afirmar a respeito dos **atos administrativos: (a) não têm como finalidade a produção de efeitos jurídicos (embora possam deles eventualmente decorrer efeitos jurídicos); (b) não há manifestação ou declaração de vontade**, com conteúdo jurídico, da administração pública. (p. 461)

Corrente 3: Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade, enquanto os fatos administrativos são eventos juridicamente relevantes que não refletem manifestação de vontade

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018 (MJF)

Fato administrativo em sentido amplo é o evento verificado no mundo físico que produz efeitos jurídicos no direito administrativo. Trata-se de um gênero que compreende três figuras distintas, que são o fato administrativo em sentido restrito, o ato administrativo e o ato ilícito. O **fato administrativo em sentido restrito** caracteriza-se quando o evento juridicamente relevante **não reflete uma manifestação de vontade**. O **ato administrativo** se configura quando a concretização do evento juridicamente relevante **reflete uma vontade**. (p. 173)

Não se posicionam

NOHARA, Irene Patrícia. Direito administrativo. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2019. (IPN)

Há acentuada controvérsia doutrinária no assunto. Celso Antônio Bandeira de Mello não adota na íntegra tal distinção. Para o autor, o fato jurídico pode tanto ser um evento material como uma conduta humana, voluntária ou involuntária, sendo que enquanto os atos jurídicos são

declarações, isto é, enunciados prescritivos, os fatos jurídicos não pronunciam nada, apenas ocorrem. Já para **Hely Lopes Meirelles**, fato administrativo representa: “toda realização material da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa, tal como a construção de uma ponte ou a instalação de um serviço público”. Note-se, ademais, que enquanto **José dos Santos Carvalho Filho** entende que o fato administrativo é atividade no exercício de função administrativa, como a apreensão de mercadorias, a dispersão de manifestantes ou a requisição de bens privados, que não produz efeitos jurídicos, pois ele não associa fato administrativo com fato jurídico, **Maria Sylvia Zanella Di Pietro** defende que o fato administrativo é espécie de fato jurídico, cujas consequências se dão no campo do Direito Administrativo. Diferencia, ainda, a autora, os conceitos de fato administrativo, como, por exemplo, a morte de um funcionário, que produz a vacância de seu cargo, de fato da Administração, que é qualquer medida administrativa que não produz efeitos jurídicos. Todos concordam, no entanto, que o ato administrativo é uma espécie de ato jurídico, pois é manifestação de vontade, ou, como prefere Di Pietro, declaração de vontade orientada para a produção de efeitos jurídicos. Neste ponto, a maioria diferencia atos administrativos de atos materiais da Administração, pois estes últimos envolvem apenas a execução das atividades administrativas, como a limpeza das ruas. (p. 85)

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (FM)

Encontram-se, ainda, **algumas divergências doutrinárias quanto ao conceito de fatos administrativos**. Para **José dos Santos Carvalho Filho**, a noção de fato administrativo não guarda relação com a noção de fato jurídico dada pelo direito privado, pois este “não leva em consideração a produção de efeitos jurídicos, mas, ao revés, tem o sentido de atividade material no exercício da função administrativa, que visa a efeitos de ordem prática para a Administração”. O autor cita como exemplos, a apreensão de mercadorias, a dispersão de manifestantes, a desapropriação de bens privados, além de outros que representam alteração dinâmica na Administração, concluindo que “a noção de fato administrativo é mais ampla que a de fato jurídico, uma vez que, além deste, engloba, também, os fatos simples”, “aqueles que não repercutem na esfera de direitos, mas estampam evento material ocorrido no seio da Administração”. De outro lado, para **Maria Sylvia Zanella Di Pietro**, se o fato não produz qualquer efeito jurídico no Direito Administrativo, ele é denominado fato da administração. (p. 325)

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (AM)

Atualmente, os doutrinadores utilizam variados critérios para diferenciar atos e fatos administrativos. Em linhas gerais, **podem ser identificadas quatro concepções principais**:

1) **corrente clássico-voluntarista**: baseada na tradicional diferenciação do Direito Civil, os adeptos dessa corrente utilizam o critério da voluntariedade para concluir que o ato administrativo é um comportamento humano voluntário produtor de efeitos na seara administrativa, enquanto o fato administrativo é um acontecimento da natureza relevante para o Direito Administrativo, como a prescrição administrativa e a morte de servidor público. É a posição defendida por Maria Sylvia Zanella di Pietro;

2) **corrente antivoluntarista**: rejeitando a utilização tradicional do critério da voluntariedade, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que o ato administrativo é enunciado prescritivo, declaração jurídica voltada a disciplinar como coisas e situações “devem ser”, ao passo que o fato administrativo não possui caráter prescritivo, sendo simplesmente um acontecimento a que a lei atribui consequências jurídicas. O autor indica três importantes consequências decorrentes da distinção entre ato e fato administrativo: “(a) atos administrativos podem ser anulados e revogados, dentro dos limites do Direito; fatos administrativos não são nem anuláveis, nem revogáveis; (b) atos administrativos gozam de presunção de legitimidade; fatos administrativos não; (c) o tema da vontade interessa nos atos administrativos denominados (ainda que a terminologia não seja boa) discricionários, isto é, naqueles em cuja prática a Administração desfrutava de certa margem de liberdade; nos fatos administrativos nem se poderia propô-lo”

3) **corrente materialista**: adotada em alguns concursos, a terceira concepção considera que o ato administrativo é uma manifestação volitiva da Administração, no desempenho de suas funções de Poder Público, visando produzir algum efeito jurídico, enquanto o fato administrativo é toda atividade pública material em cumprimento de uma decisão administrativa. Como se nota, os adeptos dessa corrente, ao definir fato administrativo, abandonam integralmente a noção privada de fato jurídico considerado como acontecimento da natureza, dotado de efeitos jurídicos. Nessa esteira, preleciona Hely Lopes Meirelles, maior expoente dessa corrente: “O ato administrativo não se confunde com o fato administrativo, se bem estejam intimamente relacionados, por ser esta consequência daquele. O fato administrativo resulta sempre do ato administrativo, que o determina”. Como exemplos de fato administrativo, o autor menciona a construção de uma ponte e a instalação de um serviço público.

O fundamento teórico da corrente materialista é a concepção clássica de decisão executória adotada por Michel Stassinopoulos. A expedição do ato

administrativo consistiria em requisito necessário para a Administração realizar uma ação concreta (decisão executória). A ação concreta destinada a executar o ato administrativo é o fato administrativo.

Diogenes Gasparini, defensor dessa mesma conceituação, afirma que os fatos administrativos traduzem mero trabalho ou operação técnica dos agentes públicos, não expressando uma manifestação de vontade, juízo ou conhecimento da Administração Pública sobre dada situação. E menciona como exemplos: cirurgia em hospital público, varrição de rua e aula ministrada em escola municipal;

4) **corrente dinamicista** (majoritária nos concursos): defendendo ponto de vista próximo ao da corrente anterior, José dos Santos Carvalho Filho conceitua fato administrativo como toda “atividade material no exercício da função administrativa, que visa a efeitos de ordem prática para a Administração”¹³, ou seja, tudo aquilo que retrata alteração dinâmica na Administração ou movimento na ação administrativa.

O fato administrativo pode ser um evento da natureza (fato administrativo natural) ou um comportamento voluntário (fato administrativo voluntário).

O autor sustenta, ao contrário de Hely Lopes Meirelles, que os fatos administrativos nem sempre têm como fundamento atos administrativos. Os fatos administrativos podem ser decorrentes de atos administrativos, mas nada impede que derivem também de condutas administrativas não formalizadas em atos administrativos. Exemplo: a mudança de prédio é fato administrativo que não depende, necessariamente, da expedição de ato administrativo prévio.

Em síntese, os fatos administrativos podem ser voluntários ou naturais. Os voluntários derivam de atos administrativos ou de condutas administrativas. Já os fatos administrativos naturais têm origem em fenômenos da natureza. (p. 458-462)

Não abordam

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. (OM)

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (DFMN)

Conclusão

Diferença entre Fatos e Atos Administrativos

Corrente 1: Ato administrativo é a declaração de vontade que produz efeitos jurídicos imediatos, enquanto os fatos administrativos são acontecimentos naturais que produzem efeitos no campo do direito administrativo (MSZDP)

Corrente 2.1: Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade, enquanto nos fatos administrativos não há manifestação de vontade, sendo meramente material (ASA; CABM; MC)

Corrente 2.2: Ato administrativo é toda declaração de natureza constitutiva, declaratória, enunciativa, modificativa ou extintiva, enquanto os fatos administrativos são atividades materiais que produzem efeitos jurídicos administrativos (JSCF; DCJ)

Corrente 2.3: Ato administrativo é a manifestação da vontade da Administração, enquanto os fatos administrativos são atividades materiais que produzem ou não efeitos jurídicos (RCRO; MA e VP)

Corrente 3: Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade, enquanto os fatos administrativos são eventos juridicamente relevantes que não refletem manifestação de vontade (MJF)

Não se posicionam: (IPN; FM; AM)

Não abordam: (OM; DFMN)

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

A presente obra busca apresentar a disciplina direito administrativo tal como ela se encontra no panorama juscientífico brasileiro no início do século XXI, motivo pelo qual, intitula-se “Curso de direito administrativo brasileiro”. Como direito em plena transformação, sentia-se falta de um curso e não um manual, esquematizado, descomplicado ou facilitado, que conseguisse expressar, com o rigor metodológico e a abrangência científica que toda ciência deve ter, os novos institutos e direções que a disciplina necessita.

A dita pós-modernidade vem alterado profundamente os temas do núcleo básico do direito administrativo e a presente obra reconhece as importantes mudanças que este ramo atravessa.

O Direito administrativo vive um dos seus momentos de maior transição, motivo pelo qual se entende necessário expor de forma sistemática, dinâmica, realista, interdisciplinar, intradisciplinar e transfronteiriça, os novos paradigmas pelo qual essa ciência vem atravessando. Paradigmas estes que ainda estão em construção, mas já trazem ao estudo da matéria desafios.

Sendo assim, consciente da nova conjuntura e das mudanças em andamento, creia-se necessário uma obra que trouxesse uma revisão total da disciplina, epistemológica e metodológica, alcançando todos os institutos e até mesmo o conceito de direito administrativo como ciência.

