

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito
Curso de Especialização em Direito Administrativo

Giulia Parreira Xavier do Vale

ANULAÇÃO, REVOGAÇÃO E CONVALIDAÇÃO:

A proporcionalidade como instrumento para a prossecução do melhor interesse público no exercício da autotutela administrativa.

Belo Horizonte
2021

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Curso de Especialização em Direito Administrativo

Giulia Parreira Xavier do Vale

ANULAÇÃO, REVOGAÇÃO E CONVALIDAÇÃO:

A proporcionalidade como instrumento para a prossecução do melhor interesse público no exercício da autotutela administrativa.

Monografia submetida à banca examinadora designada pelo Colegiado do Curso de Especialização em Direito Administrativo, como requisito parcial para a obtenção do certificado de especialista em Direito Administrativo, área de concentração Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Dr. Eurico Bitencourt Neto.

Belo Horizonte

2021

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

V149a Vale, Giulia Parreira Xavier do
Anulação, revogação e convalidação [manuscrito]: a proporcionalidade como instrumento para a prossecução do melhor interesse público no exercício da autotutela administrativa / Giulia Parreira Xavier do Vale. - 2021.

Monografia (especialização) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito administrativo. 2. Administração pública. 3. Interesse público. I. Bitencourt Neto, Eurico. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 351(81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

FOLHA DE APROVAÇÃO

**ANULAÇÃO, REVOGAÇÃO E CONVALIDAÇÃO: A proporcionalidade
como instrumento para a prossecução do melhor interesse público
no exercício da autotutela administrativa**

GIULIA PARREIRA XAVIER DO VALE

Monografia submetida à Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Curso de ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO, como requisito para obtenção do certificado de Especialista em DIREITO ADMINISTRATIVO, área de concentração DIREITO ADMINISTRATIVO.

Aprovada em 09 de setembro de 2021, pela banca constituída pelos membros:

Prof. Eurico Bitencourt Neto - Orientador
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof.^a Maria Tereza Fonseca Dias
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof.^a Maria Gabriela Freitas Cruz
Universidade Federal de Minas Gerais

Belo Horizonte, 09 de setembro de 2021.



Documento assinado eletronicamente por **Maria Tereza Fonseca Dias, Professora do Magistério Superior**, em 14/09/2021, às 09:11, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Maria Gabriela Freitas Cruz, Usuário Externo**, em 14/09/2021, às 15:06, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Eurico Bitencourt Neto, Professor do Magistério Superior**, em 15/09/2021, às 11:35, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0954863** e o código CRC **84C8FC00**.

Referência: Processo nº 23072.247609/2021-35

SEI nº 0954863

RESUMO

O trabalho considera o tratamento até então dispensado ao exercício da autotutela administrativa pela doutrina jus administrativista pátria, identificando que os institutos da anulação, revogação e convalidação representam formas de concretização dos princípios de alçada constitucional tradicionalmente compreendidos como a segurança jurídica, a legalidade e a supremacia do interesse público. Procedendo ao exame desses institutos sob a ótica do chamado "Direito Administrativo do século XXI", resultado de um processo de constitucionalização desse ramo do Direito, constata-se a superação das ideias de legalidade estrita e de supremacia do interesse público, com a adoção da juridicidade e da prossecução do interesse público. Nesse novo contexto, emerge a insuficiência do tratamento tradicionalmente dispensado pela doutrina jus administrativista à autotutela administrativa, por meio da tentativa de estabelecimento de juízos teóricos pré-fixados, que é ainda mais evidenciada pelas alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 na LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942), bem como pelos artigos 147 e 148 da Lei nº 14.133/2021. Aponta-se, então, o princípio da proporcionalidade como instrumento de ponderação a ser utilizado no exercício da autotutela administrativa para que seja identificada a medida que privilegia o melhor interesse público a ser concretizado no caso concreto.

PALAVRAS-CHAVE: Autotutela administrativa. Constitucionalização. Princípio da Proporcionalidade. Interesse público.

ABSTRACT

This paper considers the treatment given until now to the exercise of administrative self-tutorship by the Brazilian administrative doctrine, identifying that the institutes of annulment, revocation, and convalidation represent ways of realizing the traditionally understood constitutional principles of legal security, legality, and the supremacy of the public interest. By examining these institutes from the standpoint of the so-called "XXI century Administrative Law," the result of a process of constitutionalization of this branch of the Law, one can see the overcoming of the ideas of strict legality and the supremacy of the public interest, with the adoption of Juridicity and the pursuit of the public interest. In this new context, the insufficiency of the treatment traditionally given by the administrative doctrine to administrative self-tutorship emerges, through the attempt to establish pre-fixed theoretical judgments, which is further evidenced by the changes promoted by Law No. 13,655/2018 in LINDB (Decree-Law No. 4,657/1942), as well as by articles 147 and 148 of Law No. 14,133/2021. It points out, then, the principle of proportionality as a weighting instrument to be used in the exercise of administrative self-tutorship to identify the measure that favors the best public interest to be realized in the concrete case.

KEY WORDS: Administrative self-tutorship. Constitutionalization. Principle of Proportionality. Public interest.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA	11
3 REFLEXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO INSTITUTO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA	17
3.1 O Estado de Direito democrático e social	17
3.2 Segurança Jurídica	17
3.3 Juridicidade.....	19
3.4 Interesse Público: da supremacia à prossecução	20
4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – A NECESSIDADE DE UM JUÍZO DE PONDERAÇÃO	22
4.1 A opção legislativa por uma atuação administrativa pautada na proporcionalidade	23
5 CONCLUSÃO.....	28
REFERÊNCIAS	30

1 INTRODUÇÃO

A autotutela administrativa é instituto que não possui contornos bem delineados na doutrina brasileira. Sua definição, natureza, fundamentos e aspectos recebem tratamento diversificado entre os autores do Direito Administrativo Brasileiro ao longo do tempo.

O tratamento doutrinário dispensado à autotutela administrativa relaciona-se intimamente à chamada "teoria das nulidades do ato administrativo" e cuida, especialmente, de estabelecer se o seu exercício constitui dever ou faculdade da Administração Pública.

Nessa toada, os autores jus administrativistas debruçam-se sobre os institutos da anulação, revogação e convalidação dos atos administrativos sob a perspectiva de buscar estabelecer orientações pré-determinadas acerca de quando deve ser utilizado cada um desses instrumentos jurídicos, a partir da existência ou não de eventuais vícios observados no comportamento da Administração Pública.

Não obstante a divergência doutrinária, pode-se identificar como denominador comum o esforço argumentativo de justificação das orientações estabelecidas a partir da necessidade de conferir prestígio e efetividade aos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público ou da segurança jurídica, a depender da situação descrita.

Isso porque, ao passo em que os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público tornariam impositiva a anulação ou a convalidação de determinado ato ou contrato administrativo, a segurança jurídica serviria, ao mesmo tempo, de fundamento para que, em determinadas situações, haja a convalidação de atos ou contratos viciados, bem como de limite para o próprio exercício da autotutela administrativa.

Depara-se, portanto, com um cenário no qual a doutrina busca ditar o exercício da autotutela por meio de regras estanques e predefinidas, admitindo, porém, diversas exceções, que não possuem delimitação, previsibilidade e contornos claros.

Esse contexto é fruto da tentativa da doutrina de estabelecer normas de prevalência entre os sobreditos institutos, tarefa que não logrou êxito por duas razões principais: a primeira delas é a impossibilidade de se prever todas as possíveis situações de aplicação da autotutela administrativa, que compreendem, além dos elementos teóricos e jurídicos, os aspectos fáticos particulares de cada caso concreto. A segunda causa de insucesso é teleológica: se os institutos por meio dos quais se exprime a autotutela administrativa representam a concretização normativa de princípios regentes da Administração Pública constitucionalmente consagrados,

dos quais dependem materialmente (SARMENTO, 2003, p. 106), a tentativa de estabelecer entre eles regras de prevalência absoluta é estéril desde a origem.

Tais fatores, somados ao novo paradigma do Direito Administrativo, aqui denominado Direito Administrativo do século XXI (BITENCOURT NETO, 2017, p. 23), resultado de um processo de constitucionalização e conseqüente democratização do Direito Administrativo, conduzem à conclusão da insuficiência do modelo tradicionalmente proposto pela doutrina para o tratamento da autotutela administrativa.

A sobredita insuficiência pode ser ilustrada pelas recentes inovações no Decreto-Lei nº 4.657/1942 (BRASIL, 1942), denominado "Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro" – LINDB, promovidas pela Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018), bem como pela redação dos arts. 147 e 148 da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021), a "Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos", que exemplificam a atual opção legislativa pelo exercício da autotutela administrativa vinculado a um juízo de proporcionalidade.

Dessa forma, exsurtem as seguintes indagações: como compreender a autotutela administrativa dentro desse novo paradigma, e como exercê-la de modo a harmonizar os princípios, valores, interesses e direitos envolvidos em cada caso concreto, dando-lhes a máxima concretude possível?

O presente trabalho propõe, então, a partir da identificação de Binbenbojm (2007) da emergência de um modelo de Direito Administrativo explicado não mais a partir de um postulado de supremacia do interesse público, mas de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados (BINENBOJM, 2007, p. 128-129), que o exercício da autotutela administrativa seja precedido de um juízo de ponderação proporcional, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade em sua tríplice acepção: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2006), para que o gestor público possa identificar qual é o melhor interesse público a ser perseguido, caso a caso.

2 AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

Os arts. 53 e 55 da Lei nº 9.784/1999 (BRASIL, 1999) tratam da autotutela administrativa em sua acepção de instrumento de controle pela Administração Pública de seus próprios atos, e constituem a base normativa para a interpretação e aplicação dos institutos da anulação, revogação e convalidação:

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

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Não obstante os verbos empregados na redação dos referidos artigos, a concepção desses institutos como poder ou dever da Administração Pública não encontra consenso na doutrina jus administrativista brasileira.

Di Pietro, ao se referir à autotutela administrativa, a trata como "poder" da Administração Pública, por meio do qual, em decorrência do princípio da legalidade, a Administração Pública pode exercer o controle "[...] sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular ou convalidar os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário." (DI PIETRO, 2020).

A autora aborda, ainda, a autotutela administrativa em duas acepções: como esse poder administrativo de exercer o controle de legalidade e de mérito sobre seus próprios atos, e como o poder da Administração Pública de zelar pelo seu patrimônio, praticando atos que visem à conservação de seus bens, independentemente da existência de título executivo exarado pelo Poder Judiciário (DI PIETRO, 2020).

Ao discorrer acerca do regime administrativo, Di Pietro assinala que seria ele o "conjunto de traços que tipificam o Direito Administrativo" (DI PIETRO, 2020), os quais abrangeriam prerrogativas e deveres do poder público. Nessa dinâmica, dentre as prerrogativas administrativas, necessárias para garantir autoridade ao poder público a fim de possibilitar a sua atuação para a consecução do interesse público (DI PIETRO, 2020), estaria a autotutela.

Pode-se concluir, assim, que, para Di Pietro (2020), a autotutela administrativa, em sua acepção de instrumento de controle, pela Administração Pública, de seus próprios atos, consistiria em uma prerrogativa ou poder que encontra fundamento no princípio da legalidade e na prossecução do interesse público.

Por sua vez, Marinela erige a autotutela administrativa ao patamar de princípio do Direito Administrativo, cujo conteúdo corresponderia à possibilidade de a Administração Pública "[...] controlar os seus próprios atos, seja para **anulá-los**, quando ilegais, ou **revogá-los**, quando inconvenientes ou inoportunos, independente de revisão pelo Poder Judiciário" (MARINELA, 2017, p. 105. Grifo da autora).

Carvalho Filho também elenca a autotutela como princípio do Direito Administrativo, apontando, contudo, tratar-se de uma faculdade, mas também de um dever da Administração Pública, na medida em que "[...] não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada" (CARVALHO FILHO, 2010, p. 36).

O doutrinador destaca ainda que a autotutela teria dois aspectos: o primeiro, que diria respeito ao controle de legalidade do ato administrativo, e o segundo, relativo ao exame de mérito do referido ato (CARVALHO FILHO, 2010, p. 36).

Noutra toada, Medauar aborda a autotutela como princípio do Direito Administrativo que se traduz como o dever da Administração Pública de "[...] zelar pela legalidade de seus atos e condutas e pela adequação dos mesmos ao interesse público." (MEDAUAR, 2010, p. 136).

Nessa dinâmica, pode-se concluir que a autotutela administrativa, na parte em que diz respeito ao controle da Administração Pública sobre seus próprios atos - em relação à qual cinge-se o objeto deste estudo - pode ser dividida entre as formas de controle e revisão de atos administrativos que dizem respeito à legalidade desses atos, e àquelas que dizem respeito ao mérito administrativo, em especial no tocante à análise de oportunidade e conveniência.

Os institutos por meio dos quais a Administração Pública exerce a autotutela são numerosos e variados, porém, para fins de delimitação do objeto, neste trabalho serão estudados a anulação, a revogação e a convalidação.

Apresenta-se como consenso na doutrina que a anulação diz respeito ao controle do ato administrativo em seu aspecto de conformidade com o ordenamento jurídico. Seria então "[...] o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade" (DI PIETRO, 2020), "[...] a supressão de outro ato ou da relação dele nascida, por haver sido produzido em desconformidade com a ordem jurídica [...]" (MARINELA, 2017, p. 380), ou "[...] a forma de desfazimento do ato administrativo em virtude da existência de vício de legalidade." (CARVALHO FILHO, 2010, p. 171).

Seguindo o mesmo raciocínio, a convalidação seria o meio pelo qual a Administração Pública retoma o atributo de legalidade de um ato administrativo por meio do saneamento do vício de legalidade.

Segundo a doutrina administrativista, seria então "[...] o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal [...]" (DI PIETRO, 2020), ou "[...] o ato administrativo por meio do qual o administrador corrige os defeitos de um ato anterior que contém um defeito sanável [...] é uma recomposição da legalidade ferida." (MARINELA, 2017, p. 385).

Extrai-se, portanto, da exposição realizada, que a doutrina aponta a legalidade como princípio basilar do instituto da anulação do ato administrativo, bem como da sua convalidação, na medida em que a convalidação é também meio hábil a sanar o vício de legalidade do ato viciado, restaurando a sua conformidade com o ordenamento jurídico.

Nessa esteira, importa observar que a doutrina especializada diverge quanto à questão de serem a anulação e a convalidação do ato administrativo eivado de vício de legalidade faculdade ou dever da Administração Pública.

Carvalho Filho aponta que a posição de que a anulação dos atos ilegais é faculdade da Administração, admitindo-se a manutenção do ato ilegal quando houver prevalência do interesse público sobre o da invalidação dos atos, é defendida por Régis Fernandes de Oliveira¹, Miguel Seabra Fagundes² e Toshio Mukai³.

Na sequência, o autor defende como melhor posição aquela que tem como regra geral o dever de anulação de ato administrativo com vício de legalidade, sendo que a adoção de postura distinta poderia apenas ocorrer em situações excepcionais (CARVALHO FILHO, 2010, p. 174).

Marinela propõe a análise progressiva quanto à extensão e a gravidade do ato administrativo viciado, instituindo critério de gradação entre os institutos da convalidação, conversão ou sanatória, e anulação.

Dessa forma, a autora afirma que a Administração Pública, ao se deparar com a existência de ato administrativo eivado de vício de legalidade, deve verificar se o defeito apresentado é sanável e, o sendo, deve convalidar o ato, restaurando-o assim ao status de legalidade (MARINELA, 2017, p. 384). Todavia, caso o vício não seja sanável, deve-se analisar a possibilidade de aplicação da conversão ou sanatória, por meio da qual o ato será convertido

¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Ato Administrativo, São Paulo, 1978 *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 23. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 174.

² FAGUNDES, Miguel Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1979 *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 23. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 174.

³ MUKAI, Toshio. Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988 *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 23. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 174.

em outro mais simples, de modo que seus contornos atendam aos requisitos legais dessa forma simplificada, devolvendo-lhe o atributo de legalidade (MARINELA, 2017, p. 384). Apenas caso não seja possível a convalidação ou a sanatória, deve o ato ser anulado (MARINELA, 2017, p. 384).

Bandeira de Mello (2009) adota as conclusões de Weida Zancaner⁴ em estudos sobre o tema e afirma que a anulação e convalidação de atos administrativos ilegais constituem dever da Administração Pública, de acordo também com um critério de gradação.

Para o doutrinador, uma vez constatada a ilegalidade do ato administrativo, sendo o vício sanável por meio da convalidação, a Administração Pública é obrigada a fazê-lo, desde que não tenha havido a prévia impugnação do ato pelo interessado, e salvo quando tratar-se de vício de competência em ato de conteúdo discricionário (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 468). Não sendo o ato passível de convalidação, a Administração Pública fica obrigada a invalidá-lo (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 468).

No mesmo sentido, Medauar afirma que, em regra, a Administração Pública tem o dever de anular os atos eivados de ilegalidade, uma vez que a atuação administrativa seria pautada e vinculada ao princípio da legalidade (MEDAUAR, 2010, p. 163).

Pode-se então concluir que a concepção de que a anulação e convalidação dos atos administrativos ilegais constitui dever da Administração Pública encontra principal esteio no princípio da legalidade. Isso porque se toda a atividade administrativa está vinculada à observância do princípio da legalidade, na eventualidade de serem praticados atos eivados de vício dessa natureza, é dever do Poder Público atuar com vistas à extinção ou modificação desse ato, de modo a restaurar seu atributo de legalidade.

A revogação, por sua vez, é instrumento de exercício da autotutela administrativa que diz respeito ao mérito administrativo, em especial no tocante ao juízo de conveniência e oportunidade da prática e da subsistência daquele ato.

Pela doutrina, a revogação é conceituada como "[...] ato editado pela própria Administração para suprimir ato administrativo anterior, por razões de mérito, ou seja, por razões de conveniência e oportunidade no atendimento do interesse público." (MEDAUAR, 2010, p. 164-165), e "[...] Extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato

⁴ ZANCANER, Weida. Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos, 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 468.

administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade, respeitando-se os efeitos precedentes." (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 442)⁵.

Nessa dinâmica, a faculdade de a Administração Pública revogar ato administrativo que não mais lhe é conveniente ou oportuno decorreria da supremacia do interesse público como princípio justificador da atuação administrativa.

Assim, de forma distinta da anulação e da convalidação, a revogação do ato administrativo é tida pela doutrina como faculdade ou poder da Administração Pública, justamente por decorrer de um juízo de oportunidade e conveniência a respeito do mérito administrativo, norteado pela supremacia do interesse público.

Marinela ressalta que a posição majoritária da doutrina brasileira pela regra geral de revogabilidade do ato administrativo sustenta-se na ideia de que a "[...] Administração tem o dever de adaptar sua atividade a exigências atuais do interesse público, e um dos meios para tal é a revogação do ato administrativo" (MARINELLA, 2017, p. 165).

Não obstante as peculiaridades de cada um desses institutos, certo é que da análise da doutrina administrativista pode-se concluir que o princípio da segurança jurídica é apontado como elemento que delinea os limites do exercício da autotutela, caso a caso.

A estabilização da situação jurídica ensejada pelo ato ilegal é apontada por Bandeira de Mello como óbice à anulação (na lição do autor, invalidação) do ato administrativo ilegal (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 468), verdadeira exceção à regra geral defendida pelo autor de dever administrativo de anulação dos atos ilegais.

Carvalho Filho aponta o decurso do tempo e a consolidação dos efeitos produzidos como limitações ao dever da Administração Pública de anular os atos eivados de ilegalidade (CARVALHO FILHO, 2010, p. 175).

Também sobre as situações consolidadas pelo decurso do tempo, ainda que oriundas de ato administrativo eivado de ilegalidade, Medauar afirma que "[...] vários preceitos podem respaldar a manutenção do ato, a ser decidida caso a caso, ante as circunstâncias que envolvem cada um: segurança e certeza das relações jurídicas, boa-fé de terceiros, ausência de dolo do interessado." (MEDAUAR, 2010, p; 164).

Marinela, na mesma senda, afirma que, mediante análise do caso concreto, quando a retirada do ato viciado enseja mais prejuízos do que a sua manutenção, a Administração Pública pode e deve mantê-lo, o que a autora denomina de "estabilização de efeitos do ato" (MARINELA, 2017, p. 384).

⁵ De forma semelhante: MARINELA, 2017, p. 393, CARVALHO FILHO, 2009, p. 183.

Di Pietro, assim como os autores supracitados, aponta a anulação dos atos ilegais como dever da Administração Pública, em observância ao princípio da legalidade. Todavia, assim como Marinela (2017), a autora entende que em situações excepcionais, nas quais a anulação possa trazer resultados mais prejudiciais do que a manutenção do ato ilegal, a Administração Pública deve decidir qual é a melhor solução, mediante aplicação também dos princípios do interesse público, e da segurança jurídica "[...] nos aspectos objetivo (estabilidade das relações jurídicas) e subjetivo (proteção à confiança) e da boa fé" (DI PIETRO, 2020).

Medauar, da mesma forma, afirma que a Administração Pública pode deixar de exercer o dever de anular atos administrativos ilegais quando da anulação do ato decorrerem efeitos mais prejudiciais do que a sua manutenção (MEDAUAR, 2010, p. 163).

3 REFLEXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO INSTITUTO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

3.1 O Estado de Direito democrático e social

Conforme leciona Correia (2016), por extensos períodos do século XX, o Direito Administrativo foi interpretado e aplicado de forma dissociada da Constituição. Nesse contexto, a Constituição servia como mero instrumento de vinculação da atuação administrativa ao direito legislado (CORREIA, 2016, p. 47).

Todavia, no segundo pós-guerra o mundo experienciou a emergência de um novo modelo de Estado de Direito, que, não obstante tenha seu embrião nas Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 (BITENCOURT NETO, 2017, p. 69), se consolidou com o advento das Constituições europeias promulgadas após a Segunda Guerra Mundial.

Irrompia o Estado de Direito democrático e social, marcado pela promulgação de Constituições de forte carga axiológica e orientadora (CORREIA, 2016, p. 47), que dão primazia aos direitos e garantias fundamentais e que têm como fator distintivo o relevo atribuído a três elementos: juridicidade, democracia e socialidade (BITENCOURT NETO, 2017, p. 71).

A Constituição ganha, então, novo prestígio na interpretação e aplicação do Direito Administrativo, passando a servir de "fator de transparência, racionalidade e coerência" (CORREIA, 2016, p. 48) desse sistema normativo.

Dessa forma, o Direito Administrativo contemporâneo é marcado, dentre outros elementos, pela mudança de eixo do princípio da supremacia do interesse público para uma vinculação da atuação da Administração Pública à prossecução do interesse público; pelo papel matricial do princípio do Estado de Direito Democrático na compreensão do Direito Administrativo (CORREIA, 2016); pela vinculação, não mais à legalidade estrita, mas à juridicidade, ou legalidade ampliada; e pela busca da igualdade material ou real, como resultado da incidência da socialidade ao postulado da igualdade (BITENCOURT NETO, 2017).

3.2 Segurança Jurídica

O Brasil, ao fazer a opção Constitucional por um Estado de Direito democrático e social, consagrado pela Constituição da República Federativa de 1988 (BRASIL, 1988), atribuiu

grande relevância ao princípio da segurança jurídica, na medida em que este é princípio densificador do princípio estruturante do Estado de Direito.

Nesse sentido, conforme apontado por Canotilho (2003), a segurança jurídica é elemento essencial do Estado de Direito, uma vez que o ser humano necessita de um mínimo de estabilidade e previsibilidade para conduzir e planejar o desenvolvimento das suas atividades (Canotilho, 2003, p. 257).

A corroborar a relevância conferida ao princípio da segurança jurídica no Estado de Direito, Marcus Vinícius Furtado Coêlho a erige ao patamar de garantia constitucional implícita, uma vez que, na visão do autor, esse princípio pode ser extraído, ainda que implicitamente, de diversos dispositivos constitucionais, sendo imprescindível para a efetividade de diversos direitos (COÊLHO, 2015).

Bandeira de Mello, ao discorrer sobre o tema, afirma que a segurança jurídica, se não for o mais importante princípio geral de Direito, certamente figura dentre os mais importantes (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 124). O doutrinador aponta ainda que o referido princípio, por dizer respeito à necessidade primordial do ser humano de ter o mínimo de estabilidade e previsibilidade em suas relações, é da essência do próprio Estado de Direito, de modo que "faz parte do sistema constitucional como um todo" (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 123).

Silveira (2013) aponta a segurança jurídica como princípio inerente e fundamento indispensável ao Estado de Direito, o qual, ainda que não encontre previsão expressa no texto constitucional, é concretizado por meio de várias outras normas consagradas na Constituição brasileira de 1988 (BRASIL, 1988), como o preâmbulo, o art. 5º, *caput*, e inciso XXXVI, e o próprio princípio democrático (SILVEIRA, 2013, p. 31-32).

No âmbito da autotutela administrativa, a segurança jurídica é apontada como fundamento, em conjunto com a legalidade, do instituto da convalidação, e é o elemento que justifica a afirmação de alguns autores de preferência pela convalidação do ato ilegal, em detrimento da sua anulação, eis que, em tese, a convalidação seria mais benéfica ao prestigiar uma maior concretização da segurança jurídica.

Não bastasse, o princípio da segurança jurídica é fator limitador da aplicação do instituto da revogação. Esse papel da segurança jurídica pode ser vislumbrado no enunciado da Súmula 473⁶, editada pelo Supremo Tribunal Federal, que prevê que não podem ser unilateralmente revogados os atos administrativos dos quais decorreram direitos adquiridos (BRASIL, 1969).

⁶SÚMULA 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (BRASIL, 2021).

Nesse sentido, tendo o Direito Administrativo passado por um processo de constitucionalização, de modo que a Constituição passa a ser "fator de transparência, racionalidade e coerência" (CORREIA, 2016, p. 48) do sistema, e se a segurança jurídica é princípio fundamental e estruturante do próprio Estado de Direito democrático e social, é imprescindível que a sua máxima concretização seja um dos objetivos a serem considerados, caso a caso, na atuação administrativa, não havendo mais espaço para a formulação de juízos teóricos de idealização doutrinária (CARVALHO, 2019) que estabelecem critérios de prevalência prévia entre a segurança jurídica e outros princípios fundamentais do Direito Administrativo no exercício da autotutela administrativa.

3.3 Juridicidade

Conforme já exposto, o modelo de Estado de Direito democrático e social tem como característica a valorização da Constituição como elemento vinculante de todo o ordenamento jurídico, justamente por substanciar "as escolhas essenciais da coletividade política" (SOUSA; MATOS, 2008 *apud* BITENCOURT NETO, 2017, p. 71).

Nessa esteira, o Direito Administrativo que passou por um processo de constitucionalização não pode existir sem que seja também, ele próprio, comprometido com a juridicidade.

Isso quer dizer que nessa nova feição do Direito Administrativo, o princípio da legalidade tem sua incidência expandida, de modo que a atuação administrativa se vincula, mais do que à lei, ao ordenamento jurídico como um todo, tendo a Constituição como a "[...] 'lei maior' do ordenamento jurídico" (BITENCOURT NETO, 2017, p. 72-73). Bitencourt Neto ainda leciona que:

A noção de juridicidade aponta também para uma consideração do Direito para além da forma, indicando uma vinculação axiológica aos valores centrais do sistema constitucional. Para além da lei formal, importam os princípios reitores da Administração Pública, os fundamentos e objetivos fundamentais do Estado e da sociedade (por exemplo, arts. 1º e 3º da Constituição brasileira de 1988) e o valor maior da dignidade da pessoa humana, vértice do Estado de direitos fundamentais. (BITENCOURT NETO, 2017, p. 72).

Dessa forma, se a legalidade estrita deu espaço para a juridicidade como princípio que traduz a vinculação da atuação administrativa, mais do que à lei, ao ordenamento jurídico a

partir da Constituição, o estabelecimento de uma regra de prevalência absoluta que prioriza o saneamento de eventual ilegalidade de ato administrativo em detrimento da máxima concretização de outros princípios, valores e direitos de alçada constitucional, não encontra mais respaldo.

3.4 Interesse Público: da supremacia à prossecução

Da mesma maneira, o exercício da autotutela por meio da revogação, ainda que de extrema relevância, em razão de constituir instrumento útil à prossecução do interesse público, não pode se dar a toda forma e a todo custo, com o respeito apenas a um patamar mínimo assecuratório do administrado.

Isso porque o tradicional princípio da supremacia do interesse público, atualmente defendido principalmente por Celso Antônio Bandeira de Mello (2009) e Daniel Wunder Hachem (2011)⁷, vem sendo repensado por importante parte da doutrina, assumindo novas feições.

Binenbojm (2007), ao criticar o caráter de supremacia tradicionalmente atribuído ao interesse público pontua que uma norma dotada de primazia *a priori* não pode ser considerada um princípio.

Nessa esteira, o autor defende que "a proteção de um interesse privado constitucionalmente consagrado, ainda que parcialmente, pode representar, da mesma forma, a concretização de um interesse público." (BINENBOJM, 2007, p. 142).

Assim, a atuação administrativa justifica-se, *prima ratio*, não mais por um ideal de supremacia do interesse público, mas por uma necessidade de prossecução do (melhor) interesse público.

Passa-se, então, a um modelo no qual é reconhecido o interesse público na máxima concretização da segurança jurídica, na vinculação da atuação administrativa à juridicidade, na eficiência da atuação da Administração Pública, no resguardo dos direitos fundamentais individuais, em uma atuação administrativa comprometida com a democracia, e outros tantos postulados essenciais ao Estado de Direito democrático e social.

Dessa forma, a prossecução do interesse público, em um modelo de Estado de Direito democrático e social, no qual sobrepõem-se os direitos e garantias fundamentais, coletivos e

⁷ A respeito: HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**; Belo Horizonte: Fórum, 2011.

individuais, deve ser necessariamente precedida de um esforço de análise e identificação de qual é o melhor interesse público, em cada caso concreto.

Gustavo Binenbojm (2007) aponta que a constitucionalização do Direito Administrativo faz com que a definição do que é interesse público, e de sua suposta supremacia, não seja mais atrelada ao juízo do administrador, passando a existir como resultado de um processo de ponderação proporcional "entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados" (BINENBOJM, 2007, p. 128).

É nesse contexto que, se o exercício da autotutela administrativa visa necessariamente a concretização de um princípio de alçada constitucional, seja ele a segurança jurídica, a juridicidade ou a prossecução do interesse público, não há sentido no esforço doutrinário de buscar estabelecer teorias que dão primazia absoluta ora a um, ora a outro princípio, a depender do instituto sob exame, porque a diversidade, dinamicidade e as peculiaridades da atuação administrativa exigirão sempre um juízo prévio de identificação do melhor interesse público na espécie, culminando em uma teoria que, não obstante preconize a prevalência de um instituto sobre o outro, é permeada por inúmeras exceções, que retiram-lhe a coerência.

4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – A NECESSIDADE DE UM JUÍZO DE PONDERAÇÃO

A necessidade de proceder-se à análise fundamentada das circunstâncias fáticas e jurídicas atinentes ao caso concreto, a fim de identificar qual é o melhor interesse público, compatibilizando-se a imperatividade de vinculação da atuação administrativa ao ordenamento jurídico e à Constituição, com a necessidade de máxima concretização do princípio da segurança jurídica, conduz à ponderação dos valores envolvidos como solução, por meio da utilização do princípio da proporcionalidade.

Isso acontece porque, como bem delineado por Daniel Sarmiento, não há hierarquia rígida entre os princípios constitucionais, de modo que, ao constatar-se, no caso concreto, a colisão de dois ou mais princípios, cabe ao intérprete a tarefa de realizar a ponderação dos interesses em jogo, que terá resultados diferentes a depender das peculiaridades de cada caso (SARMENTO, 2003, p. 75).

A proporcionalidade sobreleva-se, então, como "critério de manejo dos princípios no sistema jurídico" (BITENCOURT NETO, 2005, p. 53), ao criar uma hierarquia axiológica móvel, ou seja, a atribuição de pesos e valores maiores ou menores aos princípios, de caráter variável de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas incidentes à hipótese (CANOTILHO, 2003, p. 1241), para que seja possível a avaliação do grau ideal de concretização de cada princípio, caso a caso, de modo a se obter a máxima efetividade possível de cada um deles (CANOTILHO, 2003).

A proporcionalidade é princípio tridimensional, que pode ser decomposto em três subprincípios (SARMENTO, 2003, p. 87), e cuja aplicação exige o exame de satisfação dos critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2006).

A aplicação do princípio da proporcionalidade deve, portanto, obedecer a três fases, nas quais são examinadas cada uma das dimensões do princípio e entre as quais existe uma relação de subsidiariedade, de modo que a análise deve ser feita seguindo a ordem pré-determinada.

Seguindo essa ordem pré-determinada, o primeiro passo para a aplicação do princípio da proporcionalidade consiste na verificação de satisfação do critério da adequação. Em outras palavras, deve ser verificada a compatibilidade entre o fim almejado e o meio empregado, que deve prestar-se, pelo menos em tese, para a consecução dos objetivos pretendidos (ALEXY, 2006).

Na sequência, o exame de satisfação do critério da necessidade consiste em verificar se a medida adotada pelo administrador público é aquela menos gravosa aos demais princípios, valores e interesses considerados (SARMENTO, 2003). Assim, para que seja atendido o postulado da necessidade, exige-se que o meio adotado seja o mais benéfico, ou o menos gravoso possível aos outros princípios ou direitos conflitantes, sendo vedada a utilização de outro meio igualmente eficaz, porém menos desvantajoso (CANOTILHO, 2003, p. 270).

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito refere-se à ponderação entre meios e fins (BITENCOURT NETO, 2005), em um verdadeiro juízo de custo-benefício da medida avaliada (SARMENTO, 2003, p. 89), com o fito de se verificar se as vantagens a serem obtidas pela consecução da finalidade almejada superam as desvantagens causadas pelo emprego do meio.

4.1 A opção legislativa por uma atuação administrativa pautada na proporcionalidade

Além das incongruências já expostas, a redação de algumas normas recém inseridas no ordenamento jurídico brasileiro parece transparecer a opção legislativa por uma atuação administrativa que leve em conta as peculiaridades do contexto fático no momento da escolha do instituto jurídico a ser utilizado pela Administração Pública no exercício da autotutela, assim como as consequências que advirão dessa escolha.

É o caso das alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018) na LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, identificada no ordenamento jurídico pátrio como o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (BRASIL, 1942), alterado pela Lei nº 12.376/2010 (BRASIL, 2010), bem como dos arts. 147 e 148 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021).

Egbon Bockmann Moreira e Ana Lucia Pretto Pereira (2019) analisam que as alterações promovidas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018 têm o condão de impor ao gestor público um modelo de atuação que dificulte ou minimize a instauração de conflitos e controvérsias, e que, "se estas surgirem, que se encerrem preferencialmente por meio da criação de valor público-privado (incluindo-se a garantia da estabilidade e paz nas relações sociais)" (MOREIRA; PEREIRA, 2019, p. 02).

A colocação de Moreira e Pereira parece sugerir que as alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018) indicam a ruptura legislativa com a errônea concepção de que o interesse público seria necessariamente contraposto ao interesse privado.

A alteração promovida na LINDB pela Lei nº 13.655/2018, não obstante não tenha inovado, mas apenas evidenciado que os princípios estruturantes do Direito vinham sendo deturpados, chamando atenção para a necessidade de resgate da correta interpretação desses institutos (SANTI; ALHO NETO; CYPRIANO, 2018), assenta o interesse público como uma "imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares" (BINENBOJM, 2007, p. 149), dentre os quais figura também a segurança jurídica.

Merecem destaque os arts. 20, parágrafo único, 21, *caput* e 22, *caput* e §1º, da LINDB (BRASIL, 1942), já com a redação conferida pela Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018), bem como o regulamento a eles atribuído pelo Decreto nº 9.830/2019 (BRASIL, 2019).

A atual redação do art. 20 do Decreto-Lei 4.657/1942 (BRASIL, 1942) assim prevê:

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

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (BRASIL, 1942)

Houve, portanto, a vedação da atuação administrativa com base apenas em valores jurídicos abstratos, sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão a ser tomada.

Salta aos olhos a imposição contida no parágrafo único desse dispositivo legal, que exige que a motivação do ato administrativo contenha a exposição da necessidade e da adequação da medida adotada, ou mesmo da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive com a exposição das possíveis alternativas descartadas e da razão pela qual essas alternativas não foram consideradas a melhor solução para o problema em apreço.

À vista dessas exigências normativas, Maria Helena Diniz (2018) assevera que "a decisão [administrativa] (...) sairá do campo da idealização e entrará na órbita da concretização (...)" (DINIZ, 2018, p. 308).

É notável que, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018), o art. 20 da LINDB (BRASIL, 1942) e o seu parágrafo único passaram a exigir a aplicação técnica do princípio da proporcionalidade, em sua tríplice dimensão, no momento da escolha do comportamento a ser adotado pela Administração Pública.

No mesmo sentido, o art. 21, *caput*⁸ e o art. 22, §1º⁹ do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (BRASIL, 1942), impõem a consideração pelo gestor público, no momento de escolher qual será o comportamento da Administração Pública, das circunstâncias fáticas e jurídicas peculiares daquele caso concreto, sejam elas as que advirão da escolha daquela medida (art. 21, *caput*), sejam aquelas que contribuiram para que o gestor escolhesse aquele caminho (art. 22, §1º).

O parágrafo único do art. 21 da LINDB (BRASIL, 1942)¹⁰ carrega a proibição de que, quando da invalidação de um ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, sejam impostos aos sujeitos envolvidos ônus anormais ou excessivos. Essa vedação nada mais é do que a imposição de verificação da satisfação do postulado da proporcionalidade em sentido estrito: se a medida adotada acarreta desvantagens ou ônus a direitos, princípios ou valores, que superam os benefícios com ela obtidos, ela não atende ao princípio da proporcionalidade.

Molda-se, portanto, um cenário no qual a discricionariedade administrativa para proceder à revogação de atos administrativos não mais se limita apenas pela segurança jurídica, mas fica condicionada à prévia realização do juízo de ponderação, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de verificar onde, naquele caso concreto, efetivamente reside o interesse público.

A intenção legislativa de que a aplicação do princípio da proporcionalidade passe a integrar a tomada de decisão administrativa fica evidente ao se analisar os art. 3º, §3º¹¹, art. 4º,

⁸ Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas. (BRASIL, 1942).

⁹ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (BRASIL, 1942).

¹⁰ Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

¹¹ Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

(...)

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade.

§2^{o12}, e art. 8^o, §§1^o e 2^{o13}, do Decreto nº 9.830/2019 (BRASIL, 2019), que regulamenta o disposto nos arts. 20 a 30 da LINDB (BRASIL, 1942).

Todos os referidos dispositivos constantes do Decreto nº 9.830/2019 (BRASIL, 2019) são claros ao exigir, não apenas a motivação das decisões administrativas às quais fazem menção, mas também que nessa motivação seja aplicado, em sua tríplice acepção, o princípio da proporcionalidade, uma vez que determinam a demonstração da adequação, da necessidade – inclusive com a análise das possíveis alternativas, e da proporcionalidade em sentido estrito da medida a ser adotada.

Assim como as recentes alterações na LINDB (BRASIL, 1942) promovidas pela Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018), os arts. 147 e 148¹⁴ da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (BRASIL, 2021) evidenciam o intuito legislativo de erigir o princípio da proporcionalidade ao patamar de baliza para o exercício da autotutela administrativa.

O art. 147 da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021) possui a seguinte redação:

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

- I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- III - motivação social e ambiental do contrato;
- IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;
- V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;
- VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;
- VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;
- VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;
- IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;
- X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;
- XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

¹² Art. 4^o A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2^o e indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas.

(...)

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

¹³ Art. 8^o Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1^o Na decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, serão consideradas as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente público.

§ 2^o A decisão a que se refere o § 1^o observará o disposto nos art. 2^o, art. 3^o ou art. 4^o.

¹⁴ Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 147 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis. (BRASIL, 2021).

Ao contrário do que tradicionalmente defende a doutrina pátria¹⁵ em matéria de autotutela administrativa, a interpretação conjunta dos arts. 147 e 150¹⁶ da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021) levam à conclusão de que a constatação de uma irregularidade insanável no procedimento licitatório ou na execução contratual apenas enseja a obrigatoriedade da sua invalidação (ou anulação) quando disser respeito à caracterização inadequada do objeto ou à ausência de indicação da fonte dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação.

À exceção das hipóteses descritas no art. 150 da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (BRASIL, 2021), a regra geral extraída dos enunciados dos arts. 147 e 148 da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 2021) é de que a invalidação ou anulação do certame ou do contrato apenas pode ocorrer caso seja apontada como a medida de (melhor) interesse público ao fim da aplicação do princípio da proporcionalidade, na qual deverão ser considerados os aspectos listados nos incisos do art. 147 daquela Lei (BRASIL, 2021), sendo admitida, ainda, a continuidade de certame ou execução contratual eivado de irregularidade insanável.

¹⁵ A exemplo: CARVALHO FILHO, 2010, p. 174; MELLO, 2009, p. 468; e MEDAUAR, 2010, p. 163.

¹⁶ Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

5 CONCLUSÃO

Constata-se, portanto, sob o paradigma do Direito Administrativo do século XXI (BITENCOURT NETO, 2017, p. 23), a insuficiência do tratamento tradicionalmente dispensado pela doutrina à autotutela administrativa, em razão da tentativa de formulação de juízos teóricos rígidos de idealização (CARVALHO, 2019) calcados em pressupostos de prevalência absoluta entre os institutos da anulação, da revogação e da convalidação.

É dizer: para alguns, em se tratando de ato ilegal, a convalidação deveria ser priorizada, por privilegiar os princípios da legalidade e da segurança jurídica. Não sendo possível, dever-se-ia privilegiar a legalidade, por meio da anulação do ato. Já quando tratar-se de ato que não mais se apresenta como oportuno ou conveniente para a Administração Pública, deveria haver a revogação deste ato, em razão do princípio tradicionalmente tido como supremacia do interesse público.

Ocorre que o estabelecimento de regras pré-determinadas e rígidas, com fundamento na prevalência de institutos que representam a concretização de princípios de alçada constitucional, está fadado ao fracasso e não encontra eco no Direito Administrativo do século XXI (BITENCOURT NETO, 2017, p. 23), resultado, dentre outros fatores, de um processo de constitucionalização desse ramo do Direito.

Assim, ante a multiplicidade de interesses, direitos e valores de alçada constitucional, a identificação do melhor interesse público depende da aplicação, no caso concreto, de um juízo de ponderação, por meio do princípio da proporcionalidade, a fim de identificar-se e buscar-se a solução que confere a maior concretude possível a todos eles.

Nessa dinâmica, o tratamento do exercício da autotutela por meio de critérios rígidos, que traduzem regras de prevalência, não se mostra consentâneo com a opção constitucional por um Estado democrático de Direito, de modo que a opção pela anulação, convalidação ou revogação de um ato administrativo não pode ser estanque, mas deve ser avaliada caso a caso, levando-se em conta as particularidades do caso concreto, procedendo-se à análise dos direitos, garantias, princípios e valores envolvidos e realizando-se uma ponderação por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de garantir-se a máxima concretização a todos eles.

Todavia, deve-se atentar para a necessidade de que o princípio da proporcionalidade seja aplicado de forma adequada, por meio do exame ordenado do atendimento a seus três pressupostos, ou subprincípios, (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), sob pena de obter-se resultado contrário ao desejado.

A invocação da proporcionalidade desvinculada do "filtro" (SANTOS, 2020, p. 149) das suas máximas parciais abre margem ao risco de que a fundamentação das decisões administrativas passe a ocorrer mediante a eleição de um princípio qualquer, da conveniência do gestor, que seria então apontado como fator de atendimento à proporcionalidade no caso concreto, sem, contudo, a utilização de qualquer "método interpretativo tópico sistemático" (SANTOS, 2020, p. 150), retirando segurança do ordenamento jurídico e desvirtuando a vinculação administrativa ao princípio da juridicidade.

Nessa esteira, se faz necessária também a efetiva publicização dos atos praticados pela Administração Pública, bem como a valorização da procedimentalização da atuação administrativa, como fatores de legitimidade democrática das escolhas realizadas e de promoção do controle, tanto pelo interessado, quanto pela sociedade, da legitimidade e conformidade constitucional do juízo realizado pelo gestor público.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. alemã, traduzida por Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2006. Título original: Theorie der Grundrechte.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. *In* SARMENTO, Daniel (Org). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no Século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017.
- BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 25 jul. 2021.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [1942]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 08 jul. 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 11 ago. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010**. Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Brasília, DF: Presidência da República, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm#art2. Acesso em: 10 jul. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de licitações e contratos administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 01 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. [1969]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false>. Acesso em: 28 jul. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. LINDB – artigo 22: O início de uma nova teoria das nulidades para os atos administrativos viciados? **Raquel Carvalho – Direito Administrativo**, 2019. Disponível em: http://raquelcarvalho.com.br/2019/10/08/lindb-artigo-22-o-inicio-de-uma-nova-teoria-das-nulidades-para-os-atos-administrativos-viciados/#_ftn4. Acesso em: 07 ago. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/42/517>. Acesso em: 22 jul. 2021.

DINIZ, Maria Helena. Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa. **Revista Argumentum**. Marília/SP, v. 19, n. 2, p. 305-318, mai./ago. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594/291>. Acesso em: 08 ago. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. *E-book* em versão para leitura em Kindle.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**; Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A segurança jurídica na Administração Pública (breves notas sobre a Lei n.º 13.655, de 20 de abril de 2018). In: **Infraestrutura Fluminense: um panorama dos atuais desafios jurídicos**. OAB/RJ, 2019, p.

74-97. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2019/12/4.-Egon-Moreira-e-Ana-L%C3%BAcia-Pretto.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2021.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ALHO NETO, João; CYPRIANO, Gabriel Franchito. **Relatório de Pesquisa**. Colóquio Nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): objetivando os princípios estruturantes do direito. FGV, 29 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-pesquisa-nef-fgv.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVEIRA, Marilda de Paula. **Segurança Jurídica e ato administrativo: por um regime de transição de avaliação cogente**. Orientador: Florivaldo Dutra de Araújo. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/BUBD-9G8GUA>. Acesso em: 30 jun. 2021.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. **Direito administrativo geral: introdução e princípios fundamentais**. t. I. 3. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2008 *apud* BITENCOURT NETO, Eurico. **Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no Século XXI**. São Paulo: Almedina, 2017