

A INCONSTITUCIONALIDADE, OU TERCEIRA ESPÉCIE DE EXTINÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO, NO DIREITO BRASILEIRO

*Belizário Antônio de Lacerda**

SUMÁRIO: 1. Inconstitucionalidade. 1.1. Conceito. 1.1.1. Inconstitucionalidade simples. 1.1.2. Inconstitucionalidade múltipla. 1.2. Inconstitucionalidade da lei no sistema jurídico brasileiro. 2. Ilegalidade. 2.1. Conceito. 3. Ilegitimidade. 3.1. Conceito. 4. Distinção entre legalidade e legitimidade. 5. Ato administrativo. 5.1. Conceito. 6. Ato administrativo normativo. 6.1. Conceito. 7. Diferença entre ato administrativo normativo e lei. 8. Extinção do ato administrativo. 8.1. Modalidades. 9. Inconveniência e ilegalidade do ato administrativo normativo. 10. Conclusão. 10.1. Quanto à diferença dos institutos da ilegalidade e ilegitimidade. 10.2. Quanto à extinção em geral dos atos administrativos. 10.3. Quanto ao controle judicial dos atos administrativos normativos. 10.4. Quanto à exclusividade do meio de controle judicial dos atos administrativos. 11. Conclusão.

RESUMO

O tratamento do tema “inconstitucionalidade” é realizado, no presente artigo, de maneira a um tempo cuidadoso do ponto de vista científico, e didático pela clareza de sua exposição. Considerando-o como terceira espécie

* Doutor e Mestre em Direito Administrativo, Juiz do Tribunal de Alçada de Minas Gerais e Professor Titular de Direito Administrativo das Faculdades de Direito da FUMEC, FEMM e do Centro de Altos Estudos da Polícia Militar de Minas Gerais.

de extinção do ato administrativo, aplica-se cuidadosamente a conceituá-la como simples ou múltipla, se tomada a sua posição no Direito brasileiro.

Passa à consideração de “legalidade” e de “ilegalidade” e o faz em face da “legitimidade”, destacando a diferença entre estes Institutos. Em seguida, aplica-se ao tratamento do ato administrativo, conceituando-o, analisando o seu caráter normativo e a diferença entre este e a lei, para chegar à sua extinção e às modalidades pelas quais o mesmo se efetiva. Analisa os aspectos da inconveniência e da ilegalidade do ato administrativo normativo. Ao final, oferece quatro versões conclusivas extraídas a partir dos próprios elementos do artigo, pelos quais não existe diferença entre “ilegalidade” e “ilegitimidade”. Aponta a diferença entre modalidades de extinção e de invalidade. Os atos administrativos só estão sujeitos ao controle judicial de constitucionalidade, sendo que o Controle judicial Constitucional e o Controle Judicial Comum se repelem.

ABSTRACT

The “unconstitutionality” subject is treated, in this essay, carefully in the scientific and didactic points of view due to its clear elucidation of ideas. Considering it as the third species of the administrative act extinction, applies carefully in defining it as simple or multiple, if its position in the Brazilian law is taken.

Discourses about “legality” and “illegality”, passing through the “legitimacy” issue, considering the difference between these two Institutes. Then, applies to the administrative act, appraising it, analyzing its normative character and its difference regarding the law, to finalize with its extinction and the manners it materializes. Analyses the inconveniences and illegal aspects of the administrative act. In the end, offers four conclusive versions extracted from the elements of the article, in which states that there is no difference among “illegitimacy” and “illegality”. Points to the difference between

extinction and invalidation modalities. The administrative acts are only subjected to judicial control of constitutionality, and the constitutional judicial control repels the ordinary judicial control.

1. Inconstitucionalidades

Dentro de um ordenamento jurídico composto de várias categorias normativas, forçoso convir que se não houver uma hierarquia dessas categorias, instala-se uma situação de insegurança tal no sistema legal, que impossível se torna ao destinatário da norma saber verdadeiramente a qual obedecer.

Esse fato representa um verdadeiro colapso da ordem jurídica, cujo objeto primacial de regência é fazer obedecida naquilo que constitui o fim de cada norma que lhe compõe o todo.

Para obviar esse mal é que a ciência do direito constitucional, em boa hora, municiou o jurista com o princípio segundo o qual a norma legal só tem eficácia, na medida em que não arrosta qualquer norma integrante da constelação constitucional.

Por essa breve síntese já se permite, por lógica concluir que existe um verdadeiro primado da norma constitucional sobre as demais normas integrantes do sistema positivo reinante nos países democratas.¹

1.1. Conceito

Como a própria etimologia da palavra está a exprimir, inconstitucionalidade é o estado de toda norma ou ato normativo que colide com outra ou outras normas da Constituição.

1 FEU ROSA, Antônio José Miguel. Direito constitucional, Ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 211

1.1.1. Inconstitucionalidade simples

Inconstitucionalidade simples é aquela em que a norma ou ato administrativo infraconstitucional choca-se com apenas um dispositivo da Constituição.

1.1.2. Inconstitucionalidade múltipla

Inconstitucionalidade múltipla é aquela onde a norma ou ato administrativo subconstitucional bate contra mais de um dispositivo da constituição.

Em ambas as espécies de inconstitucionalidade acima examinadas, a colisão da norma ou ato normativo inferior com a norma da Constituição deve ser de natureza material, isto é, deve ser patente a “contraditio” entre as duas normas, pois não transige o positivismo do direito nacional com o que pode ser chamado de “inconstitucionalidade sistêmica”, qual seja, aquela inconstitucionalidade que decorreria do choque da norma ou ato normativo subconstitucional expresso com a norma constitucional implícita, essa decorrente do próprio sistema da Constituição.

1.2. Inconstitucionalidade da lei no sistema jurídico brasileiro.

No sistema jurídico do Brasil vigem duas espécies de controle constitucional das leis ou atos normativos, isto é, o da lei em tese, também chamado de controle difuso, e o da lei aplicada ao caso concreto, também conhecido como controle concentrado. O critério que foi tomado para se estabelecer as duas espécies de controle acima examinadas foi exatamente a natureza instrumental de cada um. Assim, se o controle é exercido por meio de processo autônomo, colimando apenas a declaração de inconstitucionalidade da norma subconstitucional, cuida-se efetivamente do controle da lei em tese ou controle difuso. Se, ao contrário, o controle desenvolve-se no bojo de um processo apenas de

forma incidente, a toda evidência é porque se cuida de controle concreto ou concentrado.²

E é exatamente em função desse sistema hierarquizado de normas que as leis bem como os atos normativos subconstitucionais tem forçosamente de servirem à Constituição.

E mesmo aquelas normas infraconstitucionais que desafiam a Constituição podem surtir efeito jurídico até que lhes sejam opostas a inconstitucionalidade por uma das hipóteses levantadas acima, pois a lei como norma genérica, abstrata e duradoura tem vigência até que outra lei expressamente a revogue ou abrogue, salvo se for lei temporária, quando terá vigência pelo prazo nela mesmo previsto.

2. Ilegalidade.

É o fenômeno jurídico decorrente do fato de não estar o ato de acordo com a forma que a lei lhe traçou.

2.1. Conceito.

Ilegal é todo ato jurídico que divorcie da forma que a lei lhe prescreveu.³

3. Ilegitimidade.

É o estado de todo ato que não se harmoniza em sua forma e conteúdo com a lei que lhe fixa os contornos jurídicos.

3.1. Conceito.

É ilegítimo todo ato que não satisfaça os requisitos mínimos indispensáveis que a lei lhe impôs como condição de validade.⁴

2 FEU ROSA, Antônio José Miguel. Direito constitucional, Ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 213

3 LACERDA, Belizário Antônio de. Dos fatos jurídicos, Revista Lemi, Ed. Lemi, v. 179, Belo Horizonte, out., 1982.

4 DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico, v. III, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1967, p. 923.

4. Distinção entre ilegalidade e ilegitimidade.

Do que se infere dos articulados conceituais retro expendidos, inexistente diferença entre os institutos da ilegalidade e ilegitimidade, pois ambos, teleologicamente denotam a mesma idéia de inconformismo com a lei.

Com relação aos referidos institutos da ilegalidade e ilegitimidade ainda pode ir mais longe ao estudá-los em cotejo. A rigor, há sério prejuízo para o cientificismo do direito a existência de dois institutos com idênticos contornos conceituais. Antes mesmo, repugna à precisão da ciência o fato dessa coexistência plácida de institutos de igual significado diante dos olhos passíveis de incontáveis e respeitáveis juristas.

O instituto da ilegalidade, quer pela sua própria origem semântica, quer pela precisão com que se impôs ao entendimento e aceitação dos estudiosos do direito, deve manter-se como instituto capaz de bem e claramente traduzir a idéia de todo ato que se antagonize com o formalismo que a lei positiva lhe impõe.

Contrariamente o instituto da ilegitimidade deverá ser proscrito como tradutor do ideário de ato que se contraponha ao direito, eis que seu significado etimológico e jurídico prende-se e impregna-se de ato tocante à filiação biológica

“Há de se entender como regime de estrita legalidade não apenas a proibição da prática de atos vedados pela lei, mas, sobretudo, a prática, tão-somente, dos expressamente por ela permitidos.”

5. Ato administrativo.

É tamanha a importância do ato administrativo dentro do direito administrativo que não exagera aquele que afirma que o ato administrativo está para o direito administrativo na mesma e exata proporção que o ato jurídico está para o direito civil.

Senão veja. Em direito administrativo o que não for ato administrativo unilateral é ato administrativo bilateral. Assim também em direito civil o que não for ato jurídico unilateral é ato jurídico bilateral.

Em ambos os ramos do direito, os atos jurídicos constituem-lhes a essência do objeto, exatamente desse mesmo objeto que lhes conferem “status” de ciência autônoma.

5.1. Conceito.

Da similitude do ato jurídico civil com o ato jurídico administrativo é que pode com facilidade ser extraído o conceito do ato administrativo tomando como ponto de partida a dicção do art. 81 do Código Civil Brasileiro, o qual diz que “ato jurídico é todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos.”

Para transformar o conceito legal de ato jurídico civil em ato jurídico administrativo, basta acrescentar ao primeiro dois ingredientes, quais sejam, “manifestação unilateral de vontade do Estado” e “em matéria administrativa”.

Como perfeita simbiose conceitual tem-se agora que ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da administração que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos em matéria administrativa.⁵

6. Ato administrativo normativo.

Entre as várias espécies de atos administrativos encontra-se o ato administrativo normativo.

6.1. Conceito.

Consiste o ato administrativo normativo em todo comando geral emanado do Poder Executivo que objetive facilitar a compreensão e

⁵ CRETELLA JUNIOR, José. Dicionário de direito administrativo, 3 ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 51-2.; MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 18 ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1993, p. 132-3.

execução da lei, e por isso mesmo não confere e muito menos retira direito de alguém.⁶

7. Diferença entre ato administrativo normativo e lei.

Como já se examinara, ato administrativo normativo é toda manifestação unilateral e geral de vontade do Poder Executivo que objetive facilitar a compreensão e execução da lei, sem conferir ou retirar direito de quem quer que seja, já que se sabe que somente a lei pode conferir direito ou impor obrigação.

Lei é toda norma genérica, abstrata, duradoura, emanada do Poder Legislativo competente, portadora de sanção e destinada a vigor até que outra lei a revogue ou abrogue, salvo se lei temporária quando seu período de vigência será por ela mesmo condicionado.

Pelo cotejo dos dois conceitos, ululam as diferenças, as quais para clareza da exposição podem ser assim enumeradas.

a) O ato administrativo normativo emana do Poder Público como administrador, enquanto a lei emana do Poder Legislativo.

b) O ato administrativo normativo objetiva a facilitar a compreensão e execução de lei, (decreto regulamentar) ou então a dispor sobre matéria de competência do executivo que ainda não tenha sido objeto de lei, (decreto autônomo) ao passo que a lei sempre é preexistente e não sofre qualquer limitação em seu objeto e finalidade.

c) O ato administrativo normativo não confere e nem retira direito de outrem, ao passo que a lei é o único instrumento por meio do qual alguém se obriga a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (art. 5.º, item II da CF).⁷

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 4 ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1992, p. 201-2
⁷ BRASIL, Leis, decretos, etc. Constituição da república federativa do Brasil, 16 ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1997, p. 5.

d) O ato administrativo normativo é sempre um comando do Executivo subalterno à lei, cuja finalidade é lhe dar concretude, ao passo que a lei é soberana, sujeitando-se apenas ao controle constitucional.

8. Extinção do ato administrativo.

A regra é que o ato administrativo seja duradouro e perene. Todavia, quer por motivo de simples conveniência administrativa, quer por vício ou defeito do próprio ato, quer pela sua inconstitucionalidade, esse poderá vir a ser extinto. Assim, extinção do ato administrativo nada mais é do que a declaração de sua inconveniência ou nulidade ou inconstitucionalidade, com a conseqüente cessação de seus efeitos.

8.1 Modalidades.

São três as modalidades de extinção do ato administrativo. A primeira é a revogação, a qual por pressupor ato válido e eficaz somente poderá ser operada pelo próprio Estado dentro de seu exclusivo critério de conveniência ou oportunidade. Porque válido o ato revogado, os efeitos da revogação são “ex nunc”, isto é, somente projetam a partir do ato revogatório. A segunda é a anulação, a qual pressupõe ato viciado ou que padeça de defeito, e, por isso pode ser feita tanto pelo Estado ex officio ou provocado, ou pelo Poder Judiciário somente quando instado. Justo porque pressupõe ato inválido, os efeitos da anulação irradiam-se ex tunc, isto é, retroagem à época do cometimento do ato administrativo, de tal sorte que é como se o ato administrativo nunca tivesse existido.

A terceira é a declaração de inconstitucionalidade do ato administrativo normativo.

O saudoso Professor e Magistrado Hely Lopes Meirelles fala em “invalidação do ato administrativo”⁸ ao invés de extinção do ato administrativo como ora preconizo no presente trabalho.

8 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 28 Ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1993, p. 183-92.

Pode parecer ao menos avisado que se cuida de mera preferência por determinada terminologia jurídica. Mas assim não me parece, pois como já venho ressaltando em aulas e conferências, fazer ciência não é outra coisa senão saber manejar com rigor seus termos técnicos sem estorvar-lhes a harmonia.

Ora, se invalidação pressupõe sempre ato inválido, ou quando nada portador de vício, como agasalhar sob seu manto (gênero) a espécie revogação, sabido que essa pressupõe necessariamente ato válido ou não portador de vício?

Incide no mesmo equívoco o eminente Professor e Jurista Celso Antônio Bandeira de Mello,⁹ o qual elenca sob o gênero “invalidade do ato administrativo” tanto a revogação quanto a anulação.

9. Inconstitucionalidade, inconveniência, e ilegalidade do ato administrativo normativo.

Como o próprio item está a denotar, o ato administrativo normativo porque pode abrigar em seu conteúdo uma norma agendi ou então uma norma non agendi, sujeita-se tanto ao controle constitucional difuso quanto ao controle concentrado conforme se infere da dicção textual do art. 102, item I, alínea “a” da CF, verbis.

“Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 4 ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1993, p. 226-42.

Constituem atos administrativos normativos o decreto autônomo, o decreto regulamentar, o regulamento, a instrução normativa, o regimento, a resolução e a deliberação.

Seriam todos esses atos administrativos normativos *in thesi* objeto de controle de constitucionalidade?

Sim. Exata e justamente porque potencialmente todas essas espécies podem abrigar comandos inconstitucionais.

E quanto aos demais atos ou procedimentos administrativos, que não se inserem entre as espécies de atos normativos, mas que inobstante abriguem determinação inconstitucional?

“Esses serão alvos de revogação ou anulação que são as modalidades de extinção do ato administrativo em geral.”¹⁰

E os atos administrativos normativos que agora já se sabem passíveis de controle de constitucionalidade, estariam também sujeitos ao controle judicial comum?

Não. Porque já alvos do controle constitucional concentrado, que “*in thesi*” tem o mesmo efeito pragmático do que teriam os meios de controles judiciais comuns ou convencionais, a exemplo do mandado de segurança, “*habeas corpus*”, ação popular, e mais recentemente o “*habeas data*” e o mandado de injunção, os atos administrativos normativos somente sujeitam-se ao controle de constitucionalidade.

Aliás, a mais alta Corte brasileira já esposara esse entendimento, mormente no que toca ao mandado de segurança, conforme se pode ver do seguinte aresto.

10 Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso em Mandado de Segurança n.º 1.962-7 - MS in Revista do Superior Tribunal de Justiça, n.º 110, ano 10, Brasília, out./1998, p.

“O mandado de segurança não é meio idôneo para impugnar, em tese, ato normativo da Administração Pública.”¹¹

O fundamento dessa afirmativa reside nas seguintes razões:

Os atos normativos porque tem natureza genérica e abstrata como a lei, somente sujeitam-se ao mesmo controle dessa, qual seja, ao controle de constitucionalidade.

Os atos normativos tais como a lei, constituem atos de soberania política, e por isso mesmo repelem o controle judicial comum.

O controle constitucional concentrado dos atos administrativos normativos faz inibir seus efeitos da mesma forma que fariam o manejo dos remédios comuns de controle dos atos administrativos normativos pelo Poder Judiciário. Tal fato levaria por si só à falta de interesse processual por parte do administrado ou a quem o ato administrativo normativo eventualmente pudesse desfavorecer.

Aliás, em matéria de lei stricto sensu, já se encontra a matéria, inclusive sumulada conforme notícia a seguinte dicção do Verbete n.º 266 do STF.

“NÃO CABE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE.”

Quanto à possibilidade de se declarar inconstitucional o ato administrativo, o próprio Supremo Tribunal Federal, recentemente assim já sinalizou, verbis :

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO ADMINISTRATIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO AMAZONAS REFERENTEMENTE AOS SEUS AUDITORES-ASSISTENTES. ISONOMIA DE VENCIMENTOS COM OCUPANTES DO MESMO CARGO NA CORTE

11 CRETELLA JÚNIOR, José. Jurisprudência administrativa, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1996, p.22.

DE CONTAS DO MUNICÍPIO. VULNERAÇÃO AO ART. 61, § 1º, II, "a" DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DIRETA.

O ato administrativo do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas, que deferiu aos seus Auditores-Assistentes isonomia de vencimentos com os ocupantes do mesmo cargo no Tribunal de Contas do Município, vulnera o princípio da legalidade e o da iniciativa privativa do Chefe do Executivo para deflagrar o processo legislativo sobre remuneração dos servidores públicos.

Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da decisão administrativa do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas. (ADI-1249 / AM Relator: Ministro MAURICIO CORREA in DJ DE 20-02-98, P. 13 EMENT VOL-01899-01 PP-00046, Julgado em 15/12/1997, Tribunal Pleno, Votação Unânime).¹²

10. Conclusão.

Pelos articulados de exposição e fundamentação acima expostos é que podem ser extraídas as quatro seguintes conclusões.

10.1. Quanto à diferença dos institutos da ilegalidade e ilegitimidade.

Inexiste diferença entre os institutos da ilegalidade e ilegitimidade, pois ambos, teleologicamente denotam a mesma idéia de inconformismo com a lei.

10.2. Quanto à extinção em geral dos atos administrativos.

A revogação, anulação e declaração de inconstitucionalidade são modalidades de extinção e não de invalidade dos atos administrativos em geral e dos atos administrativos normativos em especial.

¹² Diário Oficial da União, Diário da Justiça de 20-02-98, p. 13.

10.3. Quanto ao controle judicial dos atos administrativos normativos.

Os atos administrativos normativos somente estão sujeitos ao controle judicial de constitucionalidade, haja vista que, materialmente tem a mesma natureza jurídica da lei.

10.4. Quanto à exclusividade do meio de controle judicial dos atos administrativos.

O controle judicial constitucional e o controle judicial comum dos atos administrativos se repelem, isto é, onde couber o primeiro não caberá o segundo e onde couber o segundo não caberá o primeiro

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FEU ROSA, Antônio José Miguel . Direito constitucional, Ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 211
- FEU ROSA, Antônio José Miguel . Direito constitucional, Ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 213
- LACERDA, Belizário Antônio de. Dos fatos jurídicos, Revista Lemi, Ed. Lemi, v. 179, Belo Horizonte, out., 1982.
- DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico, v. III, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1967, p. 923.
- CRETILLA JUNIOR, José. Dicionário de direito administrativo, 3 ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1978, p. 51-2.;
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 18 ed, Ed. Malheiros, São Paulo, 1993, p. 132-3.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 4 ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1992, p. 201-2
- BRASIL, Leis, decretos, etc. Constituição da república federativa do Brasil, 16 ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1997, p. 5.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 28 ed. , Ed. Malheiros, São Paulo, 1993, p. 183-92.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 4 ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 1993, p. 226-42.

Arguição de Inconstitucionalidade no Recurso em Mandado de Segurança n.º. 1.962-7 - MS in Revista do Superior Tribunal de Justiça, n.º 110, ano 10, Brasília, out./1998, p.

CRETELLA JÚNIOR, José. Jurisprudência administrativa, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1996, p.22.

Diário Oficial da União, Diário da Justiça de 20-02-98, p. 13.

RESUMO

Autor de prestigiada obra de comentários ao Novo Código Civil Brasileiro, oferece no presente artigo uma apreciação histórica da disciplina a cujo estudo sempre se dedicou.

* Professor e Diretor do Curso de Direito da UNHO - Universidade Unopar - Faculdade de Direito de Curitiba - Paraná, Brasil.