

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público
Concentração em Advocacia Pública

IDP - BIBLIOTECA

EDUARDO ALECSANDER XAVIER DE MEDEIROS

**Da anulação *ex officio* do ato administrativo:
limites impostos pelo princípio da segurança
jurídica**

Brasília - DF

2008

| IDP - BIBLIC | |
|--------------|----------|
| Tomb | 009704 |
| Data Aquisi | 11/05/09 |
| Forma Aquisi | |

EDUARDO ALECSANDER XAVIER DE MEDEIROS

IDP - BIBLIOTECA

Da anulação *ex officio* do ato administrativo: limites impostos pelo princípio da segurança jurídica

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público – Concentração em Advocacia Pública, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Brasília - DF

2008

EDUARDO ALECSANDER XAVIER DE MEDEIROS

Da anulação *ex officio* do ato administrativo: limites impostos pelo princípio da segurança jurídica

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público – Concentração em Advocacia Pública, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

Dedico o presente trabalho ao meu avô Manoel, à minha avó Domingas, à minha mãe Leopoldina e aos meus irmãos Henrique, Débora e Leopoldina, com amor e gratidão.

RESUMO

Estudo sobre a anulação *ex officio* dos atos administrativos inválidos pela Administração Pública, especificamente sobre os limites que lhe são impostos pelo princípio da segurança jurídica em sua dimensão específica da proteção da confiança ou da boa-fé, como pressuposto material do princípio do Estado de Direito, obrigando a Administração Pública à observar a garantia fundamental do devido processo legal, como vem reconhecendo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A anulação dos atos administrativos inválidos pela Administração Pública encontra-se disciplinada na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999, que "regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal". Conclui que em situações excepcionais, antes de decorrido o prazo fixado no texto legal, pode ocorrer confronto entre os princípios da legalidade e o princípio da segurança, hipótese em que deverá o intérprete/aplicador do direito ponderar entre estes dois princípios, para apurar qual dos dois deverá ser aplicado ao caso concreto, observando o que melhor atende o interesse público.

Palavras-chave: Anulação. Atos administrativos. Princípio da segurança jurídica. Princípio do Estado de Direito. Interesse público.

ABSTRACT

Study on the annulment of ex officio administrative acts invalid by the government, specifically on the scope of which are imposed by the principle of legal security in their specific aspects of protection of confidence or of good faith, as material assumption of the principle of rule of law, Forcing the government to observe the fundamental guarantee of due legal process, as is recognizing the jurisprudence of the Supreme Federal Court. The annulment of administrative acts invalid by the Public Administration has been disciplined in Law No. 9784, January 29, 1999, which "regulates the administrative process under the Federal Public Administration." It concludes that in exceptional circumstances, before the deadline in the legal text, can occur confrontation between the principles of legality and the principle of security, in which case should the interpreter / applicator the right balance between these two principles, to determine which of two should be applied to the case, noting that better serves the public interest.

Keywords: Cancellation. Acts administration. The principle of legal certainty. The principle of the rule of law. Public interest.

SUMÁRIO

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <i>INTRODUÇÃO</i> | 7 |
| <i>Capítulo 1 - O Estado Democrático de Direito e a Função Administrativa</i> | 9 |
| 1.1 Princípio do Estado de Direito..... | 11 |
| 1.2 O princípio democrático..... | 15 |
| 1.3 A função administrativa no Estado Democrático de Direito..... | 17 |
| <i>Capítulo 2 - Da Anulação "Ex Officio" do Ato Administrativo</i> | 22 |
| <i>Capítulo 3 - Dos Limites à Anulação "Ex Officio" do Ato Administrativo</i> | 28 |
| 3.1 Princípio da segurança jurídica..... | 28 |
| 3.2 Garantia do devido processo legal..... | 32 |
| <i>Capítulo 4 - A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999</i> | 35 |
| <i>Capítulo 5 - A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</i> | 39 |
| <i>CONCLUSÃO</i> | 46 |
| <i>REFERÊNCIAS</i> | 48 |

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a anulação *ex officio* dos atos administrativos inválidos pela Administração Pública, especificamente sobre os limites que lhe são impostos pelo princípio da segurança jurídica em sua dimensão específica da proteção da confiança ou da boa-fé.

Primeiramente discorremos, de forma sintética, sobre a configuração do Estado Democrático de Direito, destacando os pressupostos materiais de seus princípios fundamentais – o princípio do Estado de Direito e princípio democrático -, para a seguir demonstrar a conformação da função administrativa a este novo paradigma estatal. Este enfoque metodológico se justifica em razão de o exercício dos poderes públicos, no contexto do Estado Democrático de Direito, estar vinculado à Constituição, entendida como ordem jurídico-normativa fundamental, seja sob o aspecto procedimental, ao prescrever formas e procedimentos a serem observados no seu agir, seja sob o aspecto material, ao exigir a efetivação e realização material dos valores políticos, econômicos, sociais e culturais fundamentais.

Procuramos, em seguida, contextualizar o tratamento dado pela doutrina à anulação *ex officio* dos atos administrativos inválidos pela Administração Pública.

Tratamos, então, dos limites impostos pela ordem jurídico-normativa à Administração Pública para a anulação *ex officio* dos seus atos inválidos, especificamente aquele decorrente do princípio da segurança jurídica em sua dimensão específica da proteção da confiança, que obriga a Administração Pública à observar a garantia fundamental do devido processo legal, o princípio do contraditório e ampla defesa, nas hipóteses em que a anulação implicar desconstituição de situações jurídicas ampliativas de direitos.

Em seguida, apontamos como a anulação *ex officio* dos atos administrativos inválidos pela Administração Pública encontra-se disciplinada na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”.

Por fim, destacamos alguns recentes julgados do Supremo Tribunal Federal com o objetivo de evidenciar a orientação jurisprudencial que vem se formando sobre o tema.

Capítulo 1

O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

A Constituição de 1988 prescreve, em seu artigo 1º, que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”¹.

O Estado Democrático de Direito “é aquele que se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos liberal e social que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da História”², podendo-se afirmar que referido modelo estatal configura-se a partir da articulação das dimensões do Estado de Direito e do Estado Democrático.

O Estado Liberal de Direito era estruturado, fundamentalmente, sobre os princípios da legalidade, igualdade formal e separação de poderes, e tinha como finalidade assegurar a proteção dos direitos individuais, especialmente a liberdade e a propriedade. A posição do Estado, neste modelo liberal, era essencialmente negativa, pois sua função capital consistia em estabelecer e garantir a observância da lei, a qual fixa os limites de sua atuação.

Já o Estado Social de Direito tinha como função a intervenção na ordem econômica e social com o objetivo de corrigir e superar as insuficiências e distorções provocadas pelo Estado Liberal de Direito, que não conseguiu realizar a proteção dos direitos individuais de todos os homens, de modo a promover a efetiva justiça

¹ José Afonso da Silva, ao comentar o artigo 1º da Constituição de 1988, escreve que “A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. O verbo ‘constituir’, aí, é expressão molecular da proposição, que exprime juízo afirmativo e de existência – bem o lembra Cretella Jr. Não se trata, pois, de uma promessa, mas da afirmação de realidade com o conteúdo definido pela própria Constituição. Não se trata de uma norma em si, porque não exprime um dever-ser, mas de uma regra ôntica, porquanto denota o que é. República Federativa refere-se à organização da forma de Estado e de governo; e Estado Democrático de Direito diz, ao mesmo tempo, com o tipo de Estado e com o regime político adotado, correlacionando-se, por esse lado, com os princípios contidos no parágrafo único do artigo.” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. p. 32).

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. p. 139.

social. No Estado Social de Direito exige-se uma atuação estatal positiva, que deve implementar políticas públicas que criem ou favoreçam a criação das condições materiais indispensáveis ao gozo dos direitos e liberdades por todos os homens.

Não obstante, na evolução do Estado moderno, constatou-se a insuficiência da concepção do Estado Social de Direito, pois, ainda que buscasse a realização do bem-estar de todos, não se garantia a participação popular no processo político, participação esta que se busca concretizar no Estado Democrático de Direito.

Como afirma José Afonso da Silva:

(...) a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político. Aonde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.³

Escreve J. J. Gomes Canotilho:

O Estado constitucional é "mais do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para "travar" o poder (to check the Power); foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder (to legitimize State Power). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legitimação no sistema jurídico; (2) outra é a da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado "impolítico" do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual "todo o poder vem do povo" assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de "charneira" entre o "Estado de direito" e o "Estado democrático" possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de direito democrático. Alguns avançam mesmo a ideia de democracia como valor (e não apenas como processo), irrevisivelmente estruturante de uma ordem constitucional democrática.⁴

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 118.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 100.

Assim, compreende-se a configuração do Estado Democrático de Direito, na evolução histórica do Estado moderno, a partir de dois princípios fundamentais: o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático.

1.1 O princípio do Estado de Direito

O princípio do Estado de Direito, segundo J. J. Gomes Canotilho⁵, teria como pressupostos materiais subjacentes a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais.

A juridicidade, para J. J. Gomes Canotilho, consiste na conformação das “estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito”⁶. Nas palavras do autor:

O princípio do estado de direito é, fundamentalmente, um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal (a doutrina alemã refere-se a material-verfahrenmässiges Formprinzip), que visa dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do estado. Ao <<decidir-se>> por um estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito.⁷

Esclarecendo que, neste contexto:

O direito compreende-se como um meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos e cria instituições. Articulado medidas ou regras materiais com formas e procedimentos, o direito é, simultaneamente, medida material e forma da vida colectiva (K. Hesse). Forma e conteúdo pressupõe-se reciprocamente: como meio de ordenação racional, o direito é indissociável da realização da justiça, da efetivação de valores políticos, económicos, sociais e culturais; como forma, ele aponta para a necessidade de garantias jurídico-formais de modo a evitar acções e comportamentos arbitrários e irregulares de poderes públicos.⁸

⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 243.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 243.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 243.

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 243-244.

A constitucionalidade, segundo J. J. Gomes Canotilho, seria a existência da Constituição a estruturar a “ordem jurídico-normativa fundamental”⁹, dotada de supremacia e vinculativa de todos os atos dos poderes públicos, inclusive os do legislador e do administrador. Para o autor:

O estado de direito é um estado constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. A constituição confere à ordem estadual e as actos dos poderes públicos medida e forma. Precisamente por isso, a lei constitucional não é apenas – como sugeria a teoria tradicional do estado de direito – uma simples lei incluída no sistema ou no complexo normativo-estadual. Trata-se de uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da constituição – e é nesta supremacia normativa da lei constitucional que o <<primado do direito>> do estado de direito encontra uma primeira e decisiva expressão.¹⁰

O sistema de direitos fundamentais, conforme J. J. Gomes Canotilho, pressupõe a “indispensabilidade de uma base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de direito”¹¹, isto é, a existência do ser humano como fundamento de existência do Estado. Ou seja, a garantia jurídico-formal e efetiva realização material dos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

E, a partir da caracterização destes pressupostos materiais, a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais, afirma J. J. Gomes Canotilho que:

(...) o princípio do Estado de Direito é informado por duas ideias ordenadoras: (1) a ideia de ordenação subjetiva, garantindo um status jurídico aos indivíduos essencialmente ancorado nos direitos fundamentais; (2) ideia de ordenação objectiva, assente no princípio da constitucionalidade, que, por sua vez, acolhe como princípio objectivamente estruturante o princípio da divisão de poderes. Estas duas dimensões não se divorciam uma da outra, mas o acento tónico caberá agora à ordenação funcional objectiva do Estado de direito.¹²

Indica J. J. Gomes Canotilho, ainda, como elemento constitutivo do Estado de Direito, a “garantia da administração autónoma local”¹³.

J. J. Gomes Canotilho¹⁴ também desenvolve os subprincípios concretizadores do princípio do Estado de Direito, quais sejam, o princípio da

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 245.

¹⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 245/246.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 248.

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 250.

legalidade da administração, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos¹⁵¹⁶, o princípio da proibição do excesso e o princípio da proteção jurídica e das garantias processuais.

O princípio da legalidade da administração, segundo J. J. Gomes Canotilho, “postula dois princípios fundamentais: o princípio da supremacia ou prevalência da lei (Vorrang des Gesetzes) e o princípio da reserva de lei (Vorbehalt des Gesetzes)”¹⁷, apontando ambos, de forma genérica, “para a vinculação jurídico-constitucional do poder executivo”¹⁸. Especificamente, “O princípio da prevalência da lei vincula a administração, proibindo-lhe quer a prática de actos contrários à lei (proibição de desrespeito da lei) quer impondo-lhe a adopção de medidas

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 253.

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 256-278.

¹⁵ J. J. Gomes Canotilho observa que “Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 257).

¹⁶ Almiro do Couto e Silva aponta que a doutrina emprega os conceitos de “boa-fé”, “segurança jurídica” e “protecção da confiança” como se fossem expressões sinónimas. Esclarece que referidos conceitos exprimem idéias “que pertencem a mesma constelação de valores”. Observa que o conceito de “boa-fé” se “firmou predominante no direito privado, quer no sentido subjetivo, tal como aparece, por exemplo, na posse ad usucapionem, quer no sentido objetivo, que começa a ser modelado nas acciones bonae fidei, e que diz respeito à lealdade, correção e lisura do comportamento das partes reciprocamente”. Já a “segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à protecção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. (...) A outra, de natureza subjetiva, concerne à protecção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação”. Esclarece, ainda, que “Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da protecção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo” (SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (protecção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]: Cadernos de Direito Público. Porto Alegre, v. 27, nº 57 supl., 2003. p. 35-37).

¹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 256

¹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 256

necessárias e adequadas ao cumprimento da lei (exigência de aplicação da lei)”¹⁹. Já “o princípio da reserva de lei afirma que as restrições aos direitos, liberdades e garantias só podem ser feitas por lei ou mediante autorização desta. Além disso, o regime jurídico de determinadas matérias (...) deve também caber, prioritariamente, à assembléia representativa”²⁰.

O princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, para J. J. Gomes Canotilho, “exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos”²¹, sendo exigíveis em face de qualquer ato do Estado, seja ato do legislativo, do executivo e do judiciário. Aponta o autor, em síntese, os reflexos do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança sobre os atos normativos, jurisdicionais e administrativos, nos seguintes termos:

As refrações mais importantes do princípio da segurança jurídica são as seguintes: (1) relativamente a actos normativos – proibição de normas retroactivas restritivas de direito ou interesses juridicamente protegidos; (2) relativamente a actos jurisdicionais – inalterabilidade do caso julgado; (3) em relação a actos da administração – tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direitos.²²

O princípio da proibição do excesso ou princípio da proporcionalidade consiste em princípio de controle dos atos dos poderes públicos exercido, fundamentalmente, sobre o aspecto da adequação dos meios aos fins e à ponderação em concreto dos direitos e interesses em conflito. Indica J. J. Gomes Canotilho, como subprincípios constitutivos do referido princípio, o princípio da conformidade ou adequação de meios, “que impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins subjacentes”²³; o princípio da exigibilidade ou princípio da necessidade ou princípio da menor ingerência possível, que “coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem

¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 256

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 256.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 257.

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 257.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 269.

direito à menor desvantagem possível"²⁴; e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou princípio da justa medida, a partir do qual "Meios e fim são colocados em questão mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim".²⁵ Sobre o princípio da proibição do excesso, J. J. Gomes Canotilho faz ainda a seguinte advertência:

O sentido mais geral da proibição do excesso é, como se acaba de ver, este: evitar cargas coactivas excessivas ou actos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares. Há, porém, um outro lado da protecção que, em vez de salientar o excesso, releva a proibição por defeito (Untermassverbot). Existe um defeito de protecção quando as entidades sobre quem recai um dever de protecção (Schutzpflicht) adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais. O controlo da insuficiência pressupõe a verificação <<se a protecção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se os bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobreavaliados>> (Canaris).²⁶

O princípio da protecção jurídica e das garantias processuais, segundo J. J. Gomes Canotilho, tem como sentido nuclear que "a garantia dos direitos fundamentais só pode ser efectiva quando, no caso da violação destes, houver uma instância independente que restabeleça a sua integridade"²⁷, exigindo, pois, um "procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito"²⁸.

Em síntese, podemos concluir com Almiro do Couto e Silva, que destaca os elementos fundamentais do Estado de Direito:

Há hoje pleno reconhecimento de que a noção de Estado de Direito apresenta duas faces. Pode ela ser apreciada sob o aspecto material ou sob o ângulo formal. No primeiro sentido, elementos estruturantes do Estado de Direito são as ideias de justiça e de segurança jurídica. No outro, o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentre os quais têm importância especial: a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão das funções do Estado, de modo que

²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 270

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 270

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 273

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 274

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 274

haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por “freios e contrapesos” (checks and balances); c) a legalidade da Administração Pública e, d) a proteção da boa-fé ou da confiança (Vertrauensschutz) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.²⁹

1.2 O princípio democrático

O princípio democrático, fundamento de “legitimidade-legitimação da ordem jurídico constitucional”³⁰, conforme J. J. Gomes Canotilho, “é um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais”³¹.

A dimensão material está consubstanciada no condicionamento da “legitimidade do domínio político à prossecução de determinados fins e à realização de determinados valores e princípios (soberania popular, garantia dos direitos fundamentais, pluralismo de expressão e organização democrática)”.

A dimensão procedimental consiste na vinculação da “legitimação do poder à observância de determinadas regras e processos (Legitimation durch Verfahren)”, sendo que, sobre este aspecto, ou seja, como princípio de organização, observa J. J. Gomes Canotilho que o princípio democrático faz com que o domínio político seja constituído, legitimado e controlado pelo povo, legitimados que estão os cidadãos à participarem do processo político de formação do Estado e do governo. Nas expressivas palavras do autor:

Assinalou-se que o poder político assenta em estruturas de domínio. O princípio democrático não elimina a existência das estruturas de domínio mais implica uma forma de organização desse domínio. Daí o caracterizar-se o princípio democrático como princípio de organização da titularidade e exercício do poder. Como não existe uma identidade entre governantes e governados e como não é possível legitimar um domínio com base em simples doutrinas fundamentantes é o princípio democrático que permite organizar o domínio político segundo o programa de autodeterminação e

²⁹ SILVA, Almiro do Couto e. *Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]: Cadernos de Direito Público. Porto Alegre, v. 27, nº 57 supl., 2003. p. 13.

³⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 287

³¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 280

autogoverno: o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo.³²

Destaca J. J. Gomes Canotilho, ainda, que o princípio democrático é um princípio complexo, configurando-se a partir de uma dimensão representativa e uma dimensão participativa, pois:

Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir inputs políticos democráticos. (...) Com a consagração de uma inequívoca dimensão representativa do princípio democrático, a Constituição teve em conta não só a mudança estrutural desta dimensão nos modernos Estados, mas também a necessidade de dar eficiência, selectividade e racionalidade ao princípio democrático (orientação de 'output'). Afastando-se das concepções restritivas de democracia, a Constituição alicerçou a dimensão participativa como outra componente essencial da democracia. As premissas antropológico-políticas da participação são conhecidas: o homem só se transforma em homem através da autodeterminação e a autodeterminação reside primariamente na participação política (orientação de 'input'). Entre o conceito de democracia como optimização de participação, a Lei Fundamental <<apostou>> num conceito <<complexo-normativo>>, traduzido numa relação dialéctica (mas também integradora) dos dois elementos – representativo e participativo.³³

Não obstante J. J. Gomes Canotilho fazer referência à Constituição da República de Portugal, suas observações se aplicam à Constituição de 1988, que conformou e procura concretizar o princípio democrático em idênticas bases, ou seja, incorporando a teoria democrática representativa e prestigiando a democracia participativa, como se vê do prescrito nos artigos 1º e 14³⁴.

³² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 290.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 288-289

³⁴ "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição."

"Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular."

1.3 A função administrativa no Estado Democrático de Direito

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.³⁵

O exercício da função administrativa é informado por diversos princípios configuradores do regime jurídico-administrativo, sendo este construído sobre os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, os quais, ao mesmo passo que justificam a existência de prerrogativas da Administração, como instrumentos necessários à consecução do interesse público, impõem-lhe uma série de restrições, para que não se desvie desta sua finalidade.

Esta configuração do regime jurídico-administrativo justifica a afirmação de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que há função administrativa³⁶, pois as prerrogativas atribuídas à Administração Pública devem ser exercidas com vistas a cumprir a finalidade previamente estabelecida na Constituição ou na lei, no interesse alheio, "que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada"³⁷.

Quanto à indisponibilidade dos interesses públicos, tem-se que, por serem qualificados como próprio da coletividade, portanto inapropriáveis, não estão entregues a livre disposição da Administração Pública, que tem o dever de bem implementá-los. Conforme escreve Lúcia Valle Figueiredo:

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 34.

³⁶ Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, "Tem-se função quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar poderes, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como meios impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente e função deverá suprir" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 88).

Deveras, tem a Administração o dever de implementar os fins públicos, de aplicar a lei de ofício (Seabra Fagundes). A "relação de Administração" (Cirne Lima) determina à Administração a mais absoluta cogência no que tange à implementação do interesse público postulado pela norma.³⁸

A qualificação dos interesses públicos, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é feita pela "Constituição e, a partir dela, o Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido"³⁹.

Merece referência a advertência de Lúcia Valle Figueiredo⁴⁰ que interesse público é um conceito pragmático ou indeterminado⁴¹ e, como todo conceito desta natureza, "detém núcleo mínimo de compreensão, sendo que sua conotação e denotação deverão ser extraídas das normas e dos princípios informadores do ordenamento". O ordenamento jurídico, como sistema jurídico de princípios e regras, e os dados da realidade fornecem balizas bem demarcadas para o intérprete/aplicador concretizar a lei em cada caso⁴², ou seja, para o preenchimento do conceito de interesse público.

Daí se ter, como nuclear ao regime jurídico-administrativo, o princípio da legalidade, que deve ser entendido, conforme destacado por Lúcia Valle

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 89.

³⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. p. 192.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 59.

⁴⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. p. 67.

⁴¹ Eros Roberto Grau esclarece que "são tidos como 'indeterminados' os 'conceitos' cujos termos são ambíguos ou imprecisos -, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, são eles referidos como 'conceitos' carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade. Os parâmetros para tal preenchimento - quando se trate de conceito aberto por imprecisão - devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções, essas, que variam conforme atuação das forças sociais. Quando se trate de conceito aberto por ambigüidade seu preenchimento é procedido também mediante a consideração do contexto em que inserido - o que, de qualquer forma, não deve obscurecer a verificação de que, sempre, é da participação no jogo da linguagem no qual inserido o termo do conceito que decorre a possibilidade de o compreendermos, procedendo ao seu preenchimento. Como observei anteriormente, ainda que ambíguas e imprecisas, as palavras e expressões jurídicas (= os termos dos conceitos) expressam significações sempre determináveis" (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. p. 86).

⁴² Conforme Eros Roberto Grau que entende que "interpretação e aplicação não se realizam autonomamente. O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação. Interpretação e aplicação

Figueiredo⁴³, como a necessidade de a função administrativa guardar “conformidade com a lei e a estrita compatibilidade com os princípios constitucionais da função administrativa e com os vetores constitucionais”, dentre os quais estão os princípios do devido processo legal e o da segurança jurídica.

Assim, a função administrativa, no contexto do Estado Democrático de Direito, que tem como pressupostos materiais - juridicidade, a constitucionalidade e o sistema dos direitos fundamentais -, tem por finalidade a satisfação dos interesses públicos qualificados a partir dos valores políticos, econômicos, sociais e culturais positivados na Constituição, com o objetivo último a efetivação da justiça e a concretização e realização material dos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

A Constituição de 1988 estabelece no seu artigo 1º os fundamentos da República Federativa do Brasil, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. No seu artigo 3º, fixa os objetivos fundamentais do Estado brasileiro: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Estão aí positivados os valores essenciais que constituem o núcleo material da ordem jurídico-normativa fundamental, a vincular o exercício da atividade estatal, valores estes expressos com firmeza e clareza no preâmbulo da Constituição de 1988⁴⁴.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-

consubstanciam um processo unitário, se superpõem” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. p. 86).

⁴³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. p. 189-190.

⁴⁴ José Afonso da Silva observa que a generalidade dos autores recusa natureza normativa no sentido técnico-normativo ao Preâmbulo das Constituições, porém, afirma que “os Preâmbulos valem como orientação para a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Têm, pois, eficácia interpretativa e integrativa; mas, se contêm uma declaração de direitos políticos e sociais do homem, valem como regra de princípio se no texto articulado da Constituição não houver norma que os confirme eficazmente. Se houver, a eficácia da norma será aquela ditada pelo conteúdo do dispositivo que a contenha” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. p. 22).

estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Ademais, em razão do princípio democrático, a função administrativa está sujeita ao controle democrático, considerando que a “legitimidade do domínio político e a legitimação do exercício do poder”⁴⁵ estão radicadas na soberania popular (artigos 1º e 14 da Constituição de 1988).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a partir da doutrina de Forsthoff, considera as dimensões do Estado de Direito e do Estado Social, para ao final caracterizar, no Estado Social e Democrático de Direito, o papel socializador e democratizante do direito administrativo, em lição que merece transcrição:

Como, portanto, conciliar as duas situações: de um lado, as liberdades individuais e, de outro, os direitos sociais, ambos assegurados pela Constituição? Como pode a Administração Pública atender ao interesse público (bem comum), assegurando a todos existência digna, sem ofender os direitos individuais?

O próprio Forsthoff dá a resposta: o Estado de Direito tem suas próprias instituições, porque “se caracteriza por um alto grau de formalização e com isso se afirma que seus principais elementos estruturais, como a divisão de poderes, o conceito de lei, o princípio da legalidade na Administração, a garantia dos direitos fundamentais e a independência dos tribunais levam em si mesmas as condições de sua eficácia”.

Já o Estado Social de Direito exige alguma coisa mais; não basta assegurar a liberdade individual, porque isto implica um Estado que se auto-limita, deixando o indivíduo jogado à própria sorte; é preciso que haja participação, a qual, “como direito e pretensão, supõe um Estado que ajuda, reparte, distribui e adjudica, que não abandona o indivíduo em sua situação social, mas que corre em sua ajuda, mediante subsídios ...; a maior parte das garantias jurídico-sociais refere-se à participação. A diferença das liberdades, os direitos de participação carecem de um conteúdo constante, suscetível de regulamentação prévia. Necessitam de modulação e diferenciação, posto que só são razoáveis no marco do oportuno, necessário e possível, segundo o caso concreto. A fixação desse padrão deve ser abandonada à lei e aos atos administrativos que a aplicam”. Por isso mesmo, as normas constitucionais sobre trabalho, seguro social, ensino, educação, proteção à família, maternidade, juventude, são em grande parte programáticas. Sua concretização cabe ao Legislativo, por meio de leis, e à Administração Pública, por meio de sua atuação nos casos concretos.

⁴⁵ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 231.

Disso resultam duas conclusões: de um lado, o papel socializador do direito administrativo, no sentido de que é por meio dele que se desenvolvem os princípios constitucionais consagradores dos direitos sociais e econômicos; de outro lado a democratização do direito administrativo, à medida que a participação popular se torna elemento obrigatório nas decisões e no controle da Administração Pública. Isto em consonância com a idéia de que ao Estado Social de Direito hoje se acrescenta um novo elemento que permite falar em Estado Social e Democrático de Direito.⁴⁶

Portanto, a função administrativa, no Estado Democrático de Direito, está sujeita ao Direito, que fornece parâmetros para o seu exercício seja sob o aspecto procedimental, ao prescrever formas e procedimentos a serem observados pela Administração Pública, seja sob o aspecto material, ao firmar, na Constituição, os valores políticos, econômicos, sociais e culturais fundamentais que condicionam e informam toda a ordem jurídico-normativa.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. p. 49.

Capítulo 2

DA ANULAÇÃO “EX OFFICIO” DO ATO ADMINISTRATIVO

Da configuração do regime jurídico-administrativo a partir dos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público pela Administração, como visto, decorre uma série de prerrogativas à Administração Pública, dentre as quais se destaca, para objeto do presente estudo, a consistente na anulação *ex officio* de seus próprios atos quando padecerem de vício de ilegalidade, o que se convencionou denominar “autotutela”.

A outorga da prerrogativa à Administração Pública anular *ex officio* os atos administrativos inválidos, como visto, tem fundamento o dever dos poderes públicos restaurar a ordem jurídico-normativa, tendo em vista que o Estado de Direito tem como pressuposto material, na expressão de J. J. Gomes Canotilho⁴⁷, o princípio da juridicidade, que demanda a conformação das “estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito”, e o princípio da constitucionalidade, ou seja, da supremacia da Constituição.

O controle que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos encontra fundamento no princípio da legalidade e tem como finalidade assegurar a supremacia do interesse público que são indisponíveis. Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

Um ato administrativo ilegítimo não deve ter executoriedade; e, cassando-lhe tal efeito, a Administração Pública mantém-se no seu âmbito de cumprimento das leis, em atenção ao interesse coletivo. Se um ato administrativo está em contraposição com à ordem jurídica, a Administração Pública deve retirar esse seu ato, reconhecendo a nulidade de que padece, em obediência às regras de direito em vigor, acaso desrespeitadas por incapacidade do agente, por vício de vontade, por ilícito ou impossível seu objeto, ante a violação frontal da lei ou o abuso no exercício do direito, por desobediência a solenidade essencial ou preterição de forma legalmente imposta.

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 243

Não teria sentido que para a ordem jurídica, por ela mesma ferida, fosse a Administração Pública bater às portas dos tribunais, para pleitear que um outro Poder pronunciasse a nulidade do ato administrativo, a fim de que viesse corrigida a irregularidade dos próprios atos que praticou.

A Administração Pública não pode ser equiparada, nesse setor, ao particular, sob pena de se borrarem as distinções entre o direito público e o privado, se confundirem os interesses da coletividade com os dos particulares, se aniquilarem os elementos de efetivação do bem comum.⁴⁸

No âmbito da jurisprudência o poder-dever da Administração anular *ex officio* seus atos ilegais encontra-se consagrado nos enunciados nº 346 e nº 473 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, que prescrevem:

Súmula 346 - A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.⁴⁹

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.⁵⁰

Não obstante o reconhecimento da possibilidade da Administração Pública anular *ex officio* seus atos ilegais, verifica-se certa divergência na doutrina quanto à existência de uma obrigatoriedade ou dever de anulação, discussão esta posta por Miguel Reale nos seguintes termos:

No concernente ao anulamento, divergem os autores, revelando-se, uns, partidários da teoria da faculdade, com maiores ou menores ressalvas, enquanto outros se apegam ao rigorismo da doutrina do dever, que converte o poder de anulação em ato vinculado.

O problema não pode ser posto em termos jurídico-formais, como se a Administração tivesse a finalidade precípua de policiar a validade de seus atos. Entendem, por isso, vários mestres do Direito Administrativo, cada vez mais libertos de critérios privatísticos, que é o interesse público que deve determinar a conduta dos órgãos do Estado, podendo verificar-se a hipótese, embora excepcional, de julgar-se indispensável ou mais prudente manter em vida um ato formalmente inválido, salvo a hipótese de dolo ou de

⁴⁸ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. p. 668-669.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 346. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/porta/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 27 jun. 2008.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 473. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/porta/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 27 jun. 2008.

lesão de direitos subjetivos, ou sendo a nulidade argüida por interessado legítimo. Alguns chegam mesmo a asseverar que, em última análise, não haveria atos nulos, mas apenas anuláveis, na esfera administrativa, o que me parece excessivo.

Dentro de tal ordem de idéias, afirma-se que há uma faculdade, no sentido técnico desse termo, ou seja, um poder que tem a Administração de cassar ou não atos próprios, na medida do interesse público, e não um dever, insuscetível de levar em linha de conta outros fatores, como, por exemplo, os males que em dada circunstância excepcional adviriam da cassação do ato para a coisa pública, ou longo tempo decorrido, como logo se verá.⁵¹

Posiciona-se, portanto, Miguel Reale pela corrente que entende haver no caso faculdade da Administração Pública. Afirma, porém, em outra passagem que a discussão não se deve dar em abstrato, pois as circunstâncias do caso concreto, e quanto a isso parece convergir a doutrina, determinará a conduta da Administração Pública, consistindo a anulação *ex officio* dos atos ilegais, na essência, um poder-dever do Estado. Escreve o autor:

Não vejo razão para colocar o problema em termos abstratos de opção entre faculdade e dever, quando são circunstâncias especialíssimas de fato e de ordem normativa que, ora concedem à Administração a faculdade de anular, ora lhe impõe o dever do anulamento. Melhor será falar em poder-dever do Estado, pois nesse conceito se englobam, concretamente, os dois aspectos do problema.⁵²

Seabra Fagundes também entende que há, na hipótese, faculdade da Administração Pública, escrevendo:

A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse. Também as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos.⁵³

A redação do texto sumular, ao empregar o termo “pode”, que denota a existência de uma faculdade da Administração Pública, justificaria a posição assumida por Miguel Reale e Seabra Fagundes.

Em sentido oposto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende posição no sentido da existência, em regra, do dever da Administração Pública anular seus atos

⁵¹ REALE, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*. p. 60.

⁵² REALE, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*. p. 61-62.

⁵³ FAGUNDES, Seabra Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. p. 53-54.

ilegais, com fundamento na predominância do princípio da legalidade. Nas palavras da autora:

Para nós, a Administração tem, em regra, o dever de anular os atos ilegais, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. No entanto, poderá deixar de fazê-lo, em circunstâncias determinadas, quando o prejuízo resultante da anulação puder ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal; nesse caso, é o interesse público que norteará a decisão.⁵⁴

Odete Medauar entende haver, de regra, o dever da Administração anular seus atos ilegais:

De regra, a Administração tem o dever de anular ato dotado de ilegalidade, justamente, porque suas atividades são norteadas pelo princípio da legalidade. Embora o poder e dever de anular permaneçam plenos para qualquer ato eivado de ilegalidade, é possível que, em determinadas circunstâncias e ante a pequena gravidade do vício, a autoridade administrativa deixe de exercê-los, em benefício do interesse público, para que as conseqüências do desfazimento em si e sua repercussão não acarretem maior prejuízo que a subsistência do ato; em tais casos, a autoridade deverá sopesar as circunstâncias e as repercussões até mesmo sociais, do desfazimento, no caso concreto, para decidir se o efetua ou se mantém o ato. Por vezes surgem casos de atos que produziram efeitos irretiráveis que tornariam inócua eventual anulação.⁵⁵

No mesmo sentido posiciona-se Lúcia Valle Figueiredo:

Deveras, diante de atos desconformados do ordenamento jurídico (é dizer, diante de atos desconformes da lei e dos princípios) em geral, deve a Administração proceder à invalidação.

Somente assim não agirá se estiver diante da possibilidade de sanear (dever de convalidar – Weida Zancaner), ou impedida por outras normas ou princípios do próprio ordenamento jurídico. Nesta última hipótese conservará os atos para preservar o valor da segurança jurídica.⁵⁶

Também Almiro do Couto e Silva defende que a Administração Pública tem o dever de anular seus atos inválidos:

Finalizando e em síntese: os atos inválidos praticados pela Administração Pública, quando permanecem por largo tempo, com a tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão em boa fé, convalidam, convescem ou sanam. Diante do ato inválido no nosso sistema jurídico, não me parece que tenha a Administração Pública, de regra, como é afirmado na doutrina, o poder e não o dever de anular o ato. O anulamento não é uma faculdade, mas algo

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p. 244.

⁵⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. p. 158.

⁵⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. p. 195.

que resulta imperativamente do ordenamento jurídico. Tanto isso é certo que, se do ato inválido resultou prejuízo para o patrimônio ou para os cofres públicos, como ordinariamente sucede, pode a autoridade que o praticou vir a ser responsabilizada pela via da ação popular. Se o ato de anulamento fosse facultativo ou discricionário, essa consequência jamais poderia produzir-se.

É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjunção da boa fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido. Deixando o ato de ser inválido, e dele havendo resultado benefícios e vantagens para os destinatários, não poderá ser mais anulado, porque, para isso, falta precisamente o pressuposto da invalidade. E nem poderá, igualmente, ser revogado, porque gerou Direitos Subjetivos.⁵⁷

Destaca-se, sobre o tema, a opinião de João Antunes dos Santos Neto, que defende a posição de inexistir discricionariedade para a Administração Pública na anulação *ex officio* dos seus atos ilegais. Escreve o autor:

Neste sentido, seria pertinente indagar-se - caso a inteligência se desenvolvesse contrariamente - qual seria a justificativa para sustentar que justamente o Estado, manifestando-se de forma dinâmica no exercício de uma de suas funções típicas (no caso, a função administrativa), teria para possuir a mera faculdade de anular os atos ilegais que expedisse, do mesmo modo em que poderia mantê-los produzindo efeitos, ainda que eles fossem colidentes com a expressão da vontade geral concretizada pelo ordenamento jurídico. (...).⁵⁸

Weida Zancaner⁵⁹ também entende inexistir discricionariedade para a Administração Pública, afirmando que esta dependeria de lei autorizadora, uma vez que a competência discricionária não pode “existir como inerente à atividade administrativa em si ou subsistir onde a lei for silente”, tendo a Administração, pois, em regra, o dever de invalidação. Escreve a autora:

(...) inexistente no denominado “poder de invalidar” liberdade discricionária que dê à Administração o genérico poder de decidir, por um critério subjetivo, se entende conveniente ou não invalidar, se vai ou não convalidar, se pode

⁵⁷ SILVA, Almiro do Couto e. *Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]: Cadernos de Direito Público. Porto Alegre, v. 27, nº 57 supl., 2003. p. 31.

⁵⁸ SANTOS NETO, João Antunes. *Da anulação ex officio do ato administrativo*. p. 156.

⁵⁹ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. p. 47.

optar por convalidar ou invalidar, pois inexistem, em nosso sistema jurídico-positivo, norma que sirva de fundamento jurídico para tanto, isto é, inexistem norma jurídica que confira à Administração Pública genérica liberdade para decidir se pretende invalidar ou não, ou convalidar ou não seus atos maculados com vícios.

Se isso não bastasse, à Administração Pública cabe curar o interesse público, e não nos parece que este possa ser obtido em razão do critério subjetivo do administrador de valorar, caso a caso, se é melhor obtê-lo através da manutenção de atos inválidos e de relações nascidas sob o signo da ilegalidade, ou se a obtenção do interesse público aconselha a invalidar atos e relações maculadas de vício.⁶⁰

Não obstante entenda inexistir, na hipótese, discricionariedade da Administração, Weida Zancaner admite a existência de limites à anulação dos atos administrativos pela Administração Pública, que resultam do decurso do tempo ou da proteção à boa-fé, acompanhando a posição de Almiro do Couto e Silva:

Partindo dessa linha de idéias, não poderemos conceber que haja meramente um poder de invalidar por parte da Administração Pública. Esta, frente a nosso sistema jurídico positivo, ora tem o dever de convalidar ora o dever de invalidar os atos por ela exarados com vício, mas ambos os deveres têm limites, isto é, barreiras impostas pelo próprio ordenamento jurídico, e quando essas barreiras são detectadas descabe à Administração Pública convalidar ou invalidar seus atos viciados.

Note-se que a existência das "barreiras" referidas não indica de maneira alguma que a Administração exerça discricção administrativa. Uma coisa é dizer que, em alguns casos, a Administração Pública vê-se frente à mera impossibilidade de invalidar ou convalidar, por razões ditadas pelo próprio sistema jurídico; outra é dizer que ela tem poder de discricção, isto é, que através da utilização de juízo subjetivo chegará à conclusão se deve ou não invalidar, ou se deve ou não convalidar seus atos maculados por vícios.⁶¹

Deve-se anotar que o direito legislado fez clara opção no sentido de ter a Administração o dever de anular seus próprios atos, conforme prescreve o artigo 53 da Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999:

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.

Entendemos que a posição consagrada no texto legal está mais conforme com a ordem jurídico-normativa, pois fundamentada no princípio da legalidade. Em regra, tem a Administração Pública o dever de anular *ex officio* os atos

⁶⁰ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. p. 55.

⁶¹ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. p. 62-63..

administrativos inválidos, o que deixará de fazer em razão de óbice imposto por outras normas e princípios que estruturam e compõem o ordenamento-jurídico, especialmente o princípio da segurança jurídica que, como visto, constitui princípio concretizador do Estado de Direito.

Capítulo 3

DOS LIMITES À ANULAÇÃO “EX OFFICIO” DO ATO ADMINISTRATIVO

A outorga da prerrogativa à Administração Pública anular *ex officio* os atos administrativos inválidos, como visto, tem fundamento o dever dos poderes públicos restaurar a ordem jurídico-normativa, o que, no contexto Estado Democrático de Direito, cujos deve ser realizada em conformidade com o conjunto de valores positivados na Constituição, dentre os quais estão os princípios do devido processo legal e o da segurança jurídica.

3.1 Princípio da segurança jurídica

A função administrativa encontra-se submetida ao princípio da legalidade, porém, no contexto do Estado Democrático de Direito, há outros valores que informam o ordenamento jurídico e que vinculam o exercício dos poderes públicos, dentre os quais se destaca os princípios da segurança jurídica.

J. J. Gomes Canotilho, como visto anteriormente, aponta os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como subprincípios concretizadores do Estado de Direito, indicando que possuem eles reflexos sobre os atos normativos, jurisdicionais e administrativos, sendo que sobre estes últimos, escreve José Joaquim Gomes Canotilho:

Relativamente aos actos da administração, o princípio geral da segurança jurídica aponta para a ideia de força do caso decidido dos actos administrativos. Embora não haja um paralelismo entre sentença judicial, força de caso julgado e acto administrativo, forma de caso decidido (Bestandkraft) entende-se que o acto administrativo goza de uma tendencial imutabilidade que se traduz: (1) na autovinculação da administração (Selbstbindung) na qualidade de autora do acto e como consequência da obrigatoriedade do acto; (2) na tendencial irrevogabilidade do acto

administrativo a fim de salvaguardar os interesses dos particulares destinatários do acto (protecção da confiança e da segurança).⁶²

E escreve J. J. Gomes Canotilho:

O dever de revogação de actos ilegais como dimensão necessária do princípio da constitucionalidade tem sido objeto de discussão. Alguma doutrina – sobretudo administrativista – considera que a revogação, ou melhor, a anulação dos actos ilegais é uma faculdade discricionária da administração, não estando esta obrigada a revogar tais actos (cfr. entre nós Marcello Caetano, Manual, I, 10ª Ed., p. 544 ss; Rogério Soares, Interesse Público, p. 456). Em termos jurídico-constitucionais, o dever oficioso de anulação de actos inválidos deve ter em conta a articulação de vários subprincípios concretizadores do princípio do Estado de direito: os princípios da protecção e da segurança jurídica, por uma lado, e o princípio da constitucionalidade, por outro lado. De resto, como a doutrina tem salientado (cfr. por último, Ulrich Knocke, *Rechtsfragen der Rücknahme von Verwaltungsakten*, Berlin, 1989, p. 31) os actos da administração podem ser inválidos porque violam, desde logo, o princípio da reserva de lei ou princípio da primazia da lei. Tendo em conta as exigências resultantes dos princípios de protecção da confiança e da segurança jurídica (direitos dos particulares diretamente interessados, direitos de terceiros) não se vê como é que a anulação de actos inválidos possa ser uma faculdade discricionária. Os princípios da constitucionalidade e da legalidade não se compaginam com a <<arrogância>> da administração sobre os próprios vícios. Ela deverá anular ou sanar os vícios nos termos da lei. Cfr., entre nós, Robin de Andrade, *A revogação de Actos Administrativos*, pág. 255; M. Esteves de Oliveira, *Direito Administrativo*, I, p. 613; M. Glória Ferreira Pinto, *Considerações sobre a Reclamação Prévia ao Recurso Contencioso*, 1987, p. 12; Paulo Otero, *O Poder de Substituição*, II, p. 582.⁶³

A doutrina pátria não diverge no ponto, entendendo que o princípio da segurança, especificamente em sua dimensão específica da protecção da confiança ou da boa-fé, constitui limite à anulação *ex officio* dos atos administrativos inválidos pela própria Administração.

Weida Zancaner⁶⁴, como vimos, entende ser dever da Administração Pública anular seus atos inválidos, porém, reconhece no princípio da segurança jurídica um limite a este dever, limite este que surge do próprio sistema jurídico-positivo, pois referido princípio encontra-se encartado no ordenamento jurídico. Segundo a autora, a presunção de legitimidade dos atos administrados, bem como a complexidade da verificação da conformidade dos atos estatais, em razão da “multiplicidade das áreas de intervenção do Estado moderno na vida dos cidadãos e a tecnicização da

⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 265.

⁶³ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* – p. 266.

linguagem jurídica”, fazem com que o princípio da boa-fé assuma importância, “constituindo, juntamente com a segurança jurídica, expediente indispensável à distribuição da justiça material”. Escreve Weida Zancaner:

Com efeito, atos inválidos geram conseqüências jurídicas, pois se não gerassem não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Com base em tais atos certas situações terão sido instauradas e na dinâmica da realidade podem converter-se em situações merecedoras de proteção, seja porque encontrarão em seu apoio alguma regra específica, seja porque estarão abrigadas por algum princípio de Direito. Estes fatos posteriores à constituição da relação inválida, aliados ao tempo, podem transformar o contexto em que esta se originou, de modo a que fique vedado à Administração Pública o exercício do dever de invalidar, pois fazê-lo causaria ainda maiores agravos ao Direito, por afrontar a segurança jurídica e a boa-fé.⁶⁵

Lúcia Valle Figueiredo⁶⁶ compartilha o mesmo entendimento, ou seja, de que é dever da Administração Pública anular seus atos inválidos, porém, devem ser preservadas as situações jurídicas constituídas, protegendo os “terceiros de boa-fé e os beneficiários desses atos que em nada contribuíram para induzir a Administração em erro”, “desde que não haja lesão a outros indivíduos”. Conforme entende a autora:

Na verdade a boa-fé é conatural, implícita ao princípio da moralidade administrativa. Não poderá a Administração agir de má-fé e, ao mesmo tempo, estar a respeitar o princípio da moralidade. Deveras, não poderá a Administração desprezitar a boa-fé do administrado, não lhe dar importância, ignorá-la.⁶⁷

Não é outra a posição, como visto no capítulo anterior, a posição de Almiro do Couto e Silva, que mostra que inexistir verdadeiro conflito entre justiça e segurança jurídica:

A esses dois últimos elementos ou princípios - legalidade da Administração Pública e proteção da confiança ou da boa fé dos administrados . ligam-se, respectivamente, a presunção ou aparência de legalidade que têm os atos administrativos e a necessidade de que sejam os particulares defendidos, em determinadas circunstâncias, contra a fria e mecânica aplicação da lei, com o conseqüente anulamento de providências do Poder Público que geraram benefícios e vantagens, há muito incorporados ao patrimônio dos administrados.

⁶⁴ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. p. 60-62.

⁶⁵ ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. p. 61-62.

⁶⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. p. 260.

⁶⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. p. 54.

Já se deixa entrever que o Estado de Direito contém, quer no seu aspecto material, quer no formal, elementos aparente ou realmente antinômicos. Se é antiga a observação de que justiça e segurança jurídica freqüentemente se completam, de maneira que pela justiça chega-se à segurança jurídica e vice-versa, é certo que também freqüentemente colocam-se em oposição. Lembre-se, a propósito, o exemplo famoso da prescrição, que ilustra o sacrifício da justiça em favor da segurança jurídica, ou da interrupção da prescrição, com o triunfo da justiça sobre a segurança jurídica. Institutos como o da coisa julgada ou da preclusão processual, impossibilitando definitivamente o reexame dos atos do Estado, ainda que injustos, contrários ao Direito ou ilegais, revelam igualmente esse conflito.

Colisões análogas a essas verificam-se entre o princípio da legalidade da Administração Pública e o da proteção da boa fé ou da confiança dos administrados que acreditaram na legalidade dos atos administrativos que os favoreceram com vantagens consideradas posteriormente indevidas por ilegais. É o que o ordenamento jurídico, conforme as situações, ora dá mais peso e importância à segurança jurídica em detrimento da justiça, ora prescreve de maneira inversa, sobrepondo a justiça à segurança jurídica; ora afirma a preeminência do princípio da legalidade da Administração Pública sobre o da proteção da confiança dos administrados, ora proclama que aquele deve ceder passo a este.

No fundo, porém, o conflito entre justiça e segurança jurídica só existe quando tomamos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais perder essa natureza. A contingência humana, os condicionamentos sociais, culturais, econômicos, políticos, o tempo e o espaço - tudo isso impõe adequações, temperamentos e adaptações, na imperfeita aplicação daquela idéia abstrata à realidade em que vivemos, sob pena de, se assim não se proceder, correr-se o risco de agir injustamente ao cuidar de fazer justiça. Nisso não há nada de paradoxal. A tolerada permanência do injusto ou do ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da ilegalidade originária.

Do mesmo modo como a nossa face se modifica e se transforma com o passar dos anos, o tempo e a experiência histórica também alteram, no quadro da condição humana, a face da justiça. Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Segurança jurídica não é, aí, algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça. Parece-me, pois, que as antinomias e conflitos entre justiça e segurança jurídica, fora do mundo platônico das idéias puras, alheias e indiferentes ao tempo e à história, são falsas antinomias e conflitos. Nem sempre é fácil discernir, porém, diante do caso concreto, qual o princípio que lhe é adequado, de modo a assegurar a realização da Justiça: o da legalidade da Administração Pública ou o da segurança jurídica? A invariável aplicação do princípio da legalidade da Administração Pública deixaria os administrados, em numerosíssimas situações, atônitos, intranqüilos e até mesmo indignados pela conduta do Estado, se a este fosse dado, sempre, invalidar seus próprios atos - qual Penélope, fazendo e desmanchando sua teia, para tornar a fazê-la e tornar a desmanchá-la - sob o argumento de ter adotado

uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eles eram ilegais, não podendo, portanto, como atos nulos, dar causa a qualquer consequência jurídica para os destinatários.⁶⁸

Destaca-se o entendimento de Miguel Reale:

Outro aspecto relevante da temporalidade, no concernente ao assunto aqui versado, diz respeito, digamos assim, à preempção que pode se operar quanto ao exercício pela autoridade administrativa de seu poder-dever de policiamento da legalidade.

Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convalescer, - como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico, - mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato.

Escreve com acerto José Frederico Marques que a subordinação do exercício do poder anulatório a um prazo razoável pode ser considerado requisito implícito no princípio do *due process of law*. Tal princípio, em verdade, não é válido apenas no sistema do direito norte-americano, do qual é uma das peças basilares, mas é extensível a todos os ordenamentos jurídicos, visto como corresponde a uma tripla exigência, de regularidade normativa, de economia de meios e forma e de adequação à tipicidade fática. Não obstante a falta de termo que em nossa linguagem rigorosamente lhe corresponda, poderíamos traduzir *due process of law* por devida atualização do direito, ficando entendido que haverá infração desse ditame fundamental toda vez que, na prática do ato administrativo, por preterido algum dos momentos essenciais à sua ocorrência; porém destruídas, sem motivo plausível, situações de fato, cuja continuidade seja economicamente aconselhável, ou se a decisão não corresponder ao complexo de notas distintivas da realidade social tipicamente configurada em lei.

Assim sendo, a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela.⁶⁹

⁶⁸ SILVA, Almiro do Couto e. *Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]; Cadernos de Direito Público. Porto Alegre, v. 27, nº 57 supl., 2003. p. 13.

⁶⁹ REALE, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*. p. 70-71.

3.2 Garantia do devido processo legal

Como visto anteriormente, no Estado de Direito, a ordem jurídico-normativa fundamental vincula o exercício dos poderes públicos às formas e procedimentos nela estabelecidos, bem com aos valores nela consagrados. Por outro lado, o princípio democrático impõe o controle do povo sobre o exercício do o poder.

A Constituição de 1988 prevê expressamente a garantia do devido processo legal no artigo 5º, LIV e LV, impondo à Administração Pública, nas situações em que haja litigantes em processo administrativo e acusados no âmbito administrativo, a observância do devido processo legal, com as garantias do contraditório e da ampla defesa, o que pressupõe a necessidade que a função administrativa, nestas hipóteses, se desenvolva através de relação jurídica processual, ou seja, por meio do processo, “no qual posições jurídicas correspondentes a direitos, faculdades e ônus existem tanto para a Administração como para administrados”⁷⁰. Prescrevem referidos dispositivos constitucionais:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Sobre estes dispositivos constitucionais, escreve Celso Antônio Bandeira de Mello:

Estão aí consagrados, pois, a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas. Ou seja: a Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais.⁷¹

⁷⁰ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. p. 79.

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 105.

E, destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, concluindo sua análise sobre a evolução histórica do devido processo legal, desde sua primeira manifestação na Magna Carta que João-Sem-Terra outorgou, em 1215, sua transmigração para as colônias americanas e a construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana que o converteu em garantia substancial (*substantive due process*), que:

Compreende-se que tenha ocorrido a completude desta trajetória no Estado de Direito, pois é de sua essência o enquadramento da conduta estatal dentro de limites jurídicos, tanto materiais como formais. O próprio do Estado de Direito é subordinar o exercício do poder público à obediência de normas adrede concebidas para conformar-lhe a atuação, prevenindo, destarte, seu uso desatado ou descomedido. Deveras, o propósito nele consubstanciado é o de oferecer a todos os integrantes da Sociedade a segurança de que não serão amesquinados pelos detentores do Poder nem surpreendidos com medidas e providências interferentes com a liberdade e a propriedade sem cautelas preestabelecidas para defendê-las eficazmente.

Tal enquadramento da conduta estatal em pauta balizadoras, como se disse e é universalmente sabido, concerne tanto a aspectos materiais – pelo atrelamento do Estado a determinados fins antecipadamente propostos como os validamente perseguíveis – quanto a aspectos formais, ou seja, relativos ao preestabelecimento dos meios eleitos como as vias idôneas a serem percorridas para que, através delas – e somente através delas –, possa o Poder Público exprimir suas decisões. Estes últimos dizem com a prévia definição dos processos que canalizarão as manifestações estatais. A indicação das formas adequadas para aportar nos fins buscados define o *modus procedendi* obrigatório para o Poder Público, com o quê sua atuação fica inserida na intimidade de uma trilha cujo percurso correto é a maior garantia para o cumprimento dos bens jurídicos que o Estado de Direito visa a resguardar.⁷²

Odete Medauar⁷³ considera que a Constituição de 1988, ao prever regras de processo administrativo, “filia-se à tendência contemporânea de processualização da atividade administrativa”, afirmando:

(...) pode-se associar processo administrativo e Constituição: o processo administrativo representa um dos meios pelos quais, na atividade administrativa, se concretizam princípios e normas constitucionais. Significa, portanto, um núcleo que abriga regras substanciais da atuação administrativa e do ordenamento, de modo conforme aos princípios constitucionais.⁷⁴

Por expressa determinação constitucional, tem-se o devido processo legal como garantia fundamental do indivíduo, impondo-se sua observância em todas às

⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 108.

⁷³ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. p. 77.

situações em que forem afetados interesses dos administrados, portanto, fazendo-se imprescindível sua instauração para a Administração anular *ex officio* seus atos inválidos que impliquem desconstituição de situações jurídicas ampliativas de direitos, protegendo-se, desse modo, os terceiros de boa-fé e os beneficiários do ato administrativo e, em última instância, garantindo-se o princípio da segurança jurídica.

⁷⁴ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. p. 78.

Capítulo 4

A LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999⁷⁵, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”, veio disciplinar a anulação, revogação e convalidação do ato administrativo pela Administração Pública, no seu Capítulo XIV, artigos 53, 54 e 55, nos seguintes termos:

CAPÍTULO XIV

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. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

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.

Releva destacar que referido diploma legal deu expressão infraconstitucional ao princípio da segurança jurídica, fazendo referência ao princípio no artigo 54 reproduzido supra, e no *caput* do artigo 2º, nos incisos IV e XIII do mesmo artigo:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

⁷⁵ BRASIL. Lei n. 9.874, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 jun. 2008.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Como se vê, no artigo 53 transcrito supra, o legislador empregou o termo “deve”, a indicar que a Administração Pública tem o dever de anular *ex officio* seus próprios atos, quando eivados de vício de ilegalidade. Supera, assim, qualquer possibilidade de interpretação no sentido de que há, na hipótese, uma faculdade da Administração, como ocorria em razão da redação dos enunciados nº 346 e nº 473 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, que empregavam o termo “pode”, mesmo em se considerando que, para a Administração Pública, que exerce função, suas prerrogativas representam poderes-deveres, ou “deveres-poderes”, como prefere Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁶.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999, fixou o prazo decadencial de cinco anos para a Administração anular *ex officio* seus atos inválidos e ressaltou a ocorrência da decadência na hipótese de haver má-fé do destinatário do ato administrativo.

Questão enfrentada por Almiro do Couto e Silva⁷⁷ é a determinar a natureza jurídica da norma do artigo 54 da citada lei, ou seja, se constituiria regra ou princípio, firmando posição no sentido de constituir regra e daí extraindo conclusão de que, em situações excepcionais pode ocorrer, antes de decorrido o prazo decadencial fixado no dispositivo legal, confronto entre os princípios da legalidade e o princípio da segurança, em sua dimensão da proteção da confiança ou da boa-fé, hipótese em que “deverá o juiz ou mesmo a autoridade administrativa efetuar a ponderação entre

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 62-63.

⁷⁷ SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]: Cadernos de Direito Público. Porto Alegre, v. 27, nº 57 supl., 2003. p. 50-37)

aqueles dois princípios, para apurar qual dos dois deverá ser aplicado ao caso concreto, mesmo ainda não se tendo configurado a decadência". Escreve o autor:

O art. 54 da Lei nº 9784/99 expressou, no plano da legislação ordinária, o princípio constitucional da segurança jurídica, em regra jurídica. Modernamente, em razão sobretudo dos trabalhos de Dworkin e Alexy, tomou-se corrente a distinção entre princípios e regras. As regras são aplicadas, geralmente, como observou Dworkin, dentro de um esquema de «tudo ou nada» (all or nothing), ou seja, se a regra é válida, ao incidir sobre os pressupostos de fato nela previstos, desde logo se produz a consequência jurídica definida na própria norma, salvo alguma exceção, ou então a regra não é válida ou não se configuraram concretamente os pressupostos de fato nela estabelecidos, hipótese em que não há qualquer consequência jurídica. No caso de colisão entre regras, geralmente uma revoga a outra (lex posterior revocat anteriori, lex superior revocat inferiori), salvo exceções, como ocorre nas relações entre a lei geral e a lei especial.

Os princípios meramente indicam caminhos para soluções ou decisões que só serão tomadas após processo de ponderação com outros princípios. Todos eles são comparados e sopesados a fim de que se apure com que peso ou em que medida deverão ser aplicados ao caso concreto, por vezes se verificando, ao final desse processo, que só um deles é pertinente à situação em exame, devendo afastar-se o outro ou os outros, sem que haja, assim, revogação de um princípio por outro.

A par disso, os princípios, na linha do pensamento de Alexy, são comandos de otimização. (Optimierungsgebote), devendo, pois, serem realizados com a máxima amplitude que for permitida, não só pelos outros princípios e regras, como também pelas circunstâncias fáticas.

No referente ao art. 54, o legislador determinou que após o transcurso do prazo de cinco anos sem que a autoridade administrativa tivesse exercido o direito de anulação de ato administrativo favorável, ela decairia desse direito, a menos que o beneficiado pelo ato administrativo tivesse agido com má fé.

Como se trata de regra, ainda que inspirada num princípio constitucional, o da segurança jurídica, não há que se fazer qualquer ponderação entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, como anteriormente à edição dessa regra era necessário proceder. O legislador ordinário é que efetuou essa ponderação, decidindo-se pela prevalência da segurança jurídica, quando verificadas as circunstâncias perfeitamente descritas no preceito. Atendidos os requisitos estabelecidos na norma, isto é, transcorrido o prazo de cinco anos e inexistindo a comprovada má fé dos destinatários, opera-se, de imediato, a decadência do direito da Administração Pública federal de extirpar do mundo jurídico o ato administrativo por ela exarado, quer pelos seus próprios meios, no exercício da autotutela, quer pela propositura de ação judicial visando a decretação de invalidade daquele ato jurídico. Com a decadência, mantém-se o ato administrativo com todos os efeitos que tenha produzido, bem como fica assegurada a continuidade dos seus efeitos no futuro.

(...)

O que pode ocorrer é que, no curso do prazo de cinco anos, venha a configurar-se situação excepcional que ponha em confronto os princípios da legalidade da segurança jurídica. Nessa hipótese, deverá o juiz ou mesmo a autoridade administrativa efetuar a ponderação entre aqueles dois

princípios, para apurar qual dos dois deverá ser aplicado ao caso concreto, mesmo ainda não se tendo configurado a decadência.

Na situação aventada, entendemos que a Administração Pública deverá nortear sua atuação conforme o interesse público, lembrando a advertência de Seabra Fagundes⁷⁸ no sentido de que, se é certo que em tese, a infringência legal aparece sempre como prejudicial ao interesse público, em circunstâncias excepcionais, “a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse”, ou, acrescentamos nós, o prejuízo resultante da anulação pode ser maior do que o decorrente da manutenção do ato ilegal. É o que ocorre no exemplo citado por Regis Fernandes de Oliveira:

Imagine-se a seguinte hipótese: Autorizou-se um loteamento em terras municipais. O interessado, valendo-se de documentos falsos, logrou obter aprovação do loteamento, seu registro e o competente deferimento perante a própria Prefeitura Municipal a quem pertenciam as terras. O ato que determinou a expedição do alvará autorizando a realização do loteamento é nulo. E a nulidade advém do conteúdo do ato. O loteamento não poderia ser autorizado, uma vez que situado dentro de imóvel municipal. Inobstante, famílias adquiriram lotes, construíram casas, introduziram-se melhoramentos, cobrados foram tributos incidentes sobre eles, bem como tarifas de água etc. Enfim, onde era terreno municipal erigiu-se verdadeira cidade. Anos após descobre-se que o terreno não pertencia ao loteador e que se trata de área municipal. Imagine-se, mais, que se tratava de verdadeiro Paul, que foi sanado pelos adquirentes e, o que era um terreno totalmente inaproveitável, tornou-se valorizado.⁷⁹

Em situações excepcionais, como a retratada no exemplo de Régis Fernandes de Oliveira, não obstante a existência de vício a gerar a invalidade do ato, a proteção do interesse coletivo seria melhor resguardada com a preservação das relações jurídicas estabelecidas. No conflito entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica, deverá ser feita a ponderação na incidência de um e outro, de forma a prevalecer o interesse público.

Aqui merece ser referida a já citada advertência de Lúcia Valle Figueiredo⁸⁰ de que interesse público é um conceito pragmático ou indeterminado, que detém um núcleo mínimo de compreensão, cuja conotação e denotação devem ser extraídas

⁷⁸ FAGUNDES, Seabra Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. p. 53-54.

⁷⁹ OLIVERIA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. p. 153.

⁸⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. p. 67.

das normas e dos princípios informadores do ordenamento que, juntamente com os dados da realidade, fornecem balizas bem demarcadas para a sua concretização.

Capítulo 5

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Destaca-se a seguir alguns recentes julgados do Supremo Tribunal Federal, bem como à Súmula Vinculante nº 3, que indicam a orientação jurisprudencial que vem se firmando no seu âmbito, no sentido da necessidade de observância do devido processo legal e da garantia da segurança jurídica, qualificada como subprincípio concretizador do Estado de Direito.

A Súmula Vinculante nº 3 do Supremo Tribunal Federal⁸¹ prevê a necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa, que constituem desdobramento do devido processo legal, nos processos administrativos perante o Tribunal de Contas da União, quando deles puder resultar anulação ou revogação do ato administrativo que beneficie o interessado.

Ressalva referida Súmula Vinculante a apreciação de legalidade de ato de concessão inicial de aposentaria, reforma e pensão, justificando-a com fundamento no entendimento de que estes atos somente se aperfeiçoam com o registro perante o Tribunal de Contas da União, por força do disposto no artigo 71, inciso III, da Constituição de 1988⁸².

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 3. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=su mula_001_009>. Acesso em: 27 jun. 2008.

⁸² Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

A necessidade de observância do devido processo legal para a Administração Pública anular *ex officio* os atos administrativos, na hipótese em que o ato repercutir na esfera de interesses individuais, está consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se vê no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.268, de 05 de fevereiro de 2004, publicado no Diário da Justiça de 17 de setembro de 2004, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, sendo relator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes, estando o acórdão prolatado pelo Tribunal Pleno assim ementado:

Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV)

No caso, o Tribunal de Contas da União, sem ouvir a impetrante na condição de beneficiária, determinou o cancelamento da pensão que havia sido concedida há dezoito anos. O mandado de segurança foi deferido sob o fundamento da necessidade de observância pela Administração Pública do devido processo legal para a anulação do seu ato inválido. Porém, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes, embora entendendo que, no caso, a ausência do contraditório e ampla defesa constituísse razão suficiente para o deferimento do mandado de segurança, fez considerações sobre o princípio da proteção da confiança, como elemento do princípio da segurança jurídica, o qual afirma encontrar, entre nós, assento constitucional, no princípio do Estado de Direito, e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, sendo que “a segurança

jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material". Merece transcrição trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, em que se faz, com apoio na doutrina de Almiro do Couto e Silva e de Miguel Reale, a análise do princípio proteção à confiança no direito comparado:

Impressiona-me, ademais, o fato de a cassação da pensão ter ocorrido passados 18 anos de sua concessão – e agora já são 20 anos.

Não estou seguro de que se possa invocar o disposto no art. 54 da Lei nº 9.784, de 1999, (Lei nº 9.784, de 29.1.1999: Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato"). – embora tenha sido um dos incentivadores do projeto que resultou na aludida lei -, uma vez que, talvez de forma ortodoxa, esse prazo não deva ser computado com efeitos retroativos.

Mas afigura-se-me inegável que há um "quid" relacionado com a segurança jurídica que recomenda, no mínimo, maior cautela em casos como o dos autos. Se estivéssemos a falar de direito real, certamente já seria invocável a usucapião.

A propósito do direito comparado, vale a pena trazer à colação clássico estudo de Almiro do Couto e Silva sobre a aplicação do aludido princípio:

"É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã do início do século de que, embora inexistente, na órbita da Administração Pública, o princípio da res judicata, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa-fé e a confiança (Treue und Clauben) dos administrados.

(...)

Esclarece OTTO BACHOF que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50 na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido. (Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Tübingen 1996, 3. Auflage, vol. I, p. 257 e segs.; vol. II, 1967, p. 339 e segs.).

Embora do confronto entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica resulte que, fora dos casos de dolo, culpa etc., o anulamento com eficácia ex tunc é sempre inaceitável e com eficácia ex nunc é admitido quando predominante o interesse público no

restabelecimento da ordem jurídica ferida, é absolutamente defeso o anulamento quando se trate de atos administrativos que concedam prestações em dinheiro, que se exauram de uma só vez ou que apresentem caráter duradouro, como os de índole social, subvenções, pensões ou proventos de aposentadoria.”

Depois de incursionar pelo direito alemão, refere-se o mestre gaúcho ao direito francês, rememorando o clássico “affaire Dame Cachet”:

“Bem mais simples apresenta-se a solução dos conflitos entre os princípios da legalidade da Administração Pública e o da segurança jurídica no Direito francês. Desde o famoso affaire Dame Cachet, de 1923, fixou o Conselho de Estado o entendimento, logo reafirmado pelos affaires Vallois e Gros de Beler, ambos também de 1923 e pelo affaire Dame Inglis, de 1935, de que, de uma parte, a revogação dos atos administrativos não cabia quando existissem direitos subjetivos deles provenientes e, de outra, de que os atos maculados de nulidade só poderiam ter seu anulamento decretado pela Administração Pública no prazo de dois meses, que era o mesmo prazo concedido aos particulares para postular, em recurso contencioso de anulação, a invalidade dos atos administrativos.

HAURIOU, comentando essas decisões, as aplaude entusiasticamente, indagando: ‘Mas será que o poder de desfazimento ou de anulação da Administração poderá exercer-se indefinidamente e em qualquer época? Será que jamais as situações criadas por decisões se tornarão estáveis? Quantos perigos para a segurança das relações sociais encerram essas possibilidades indefinidas de revogação e, de outra parte, que incoerência, numa construção jurídica que abre aos terceiros interessados, para os recursos contenciosos de anulação, um breve prazo de dois meses e que deixaria à Administração a possibilidade de decretar a anulação de ofício da mesma decisão, sem lhe impor nenhum prazo’. E conclui: ‘Assim, todas as nulidades jurídicas das decisões administrativas se acharão rapidamente cobertas, seja com relação aos recursos contenciosos, seja com relação às anulações administrativas; uma atmosfera de estabilidade estender-se-á sobre as situações criadas administrativamente.’ (La Jurisprudence Administrative de 1892 a 1929, Paris, 1929, vol. II, p. 105-106)” (SILVA, Almiro do Couto e. Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, v. 18, Nº 46, p. 11-29, 1988).

Na mesma linha, observa Couto e Silva em relação ao direito brasileiro:

“MIGUEL REALE é o único dos nossos autores que analisa com profundidade o tema, no seu mencionado ‘Revogação e Anulamento do Ato Administrativo’ em capítulo que tem por título ‘Nulidade e Temporalidade’. Depois de salientar de fato equiparáveis a situações jurídicas, não obstante a nulidade que originariamente as comprometia’, diz ele que ‘é mister distinguir duas hipóteses: (a) a de convalidação ou sanatória do ato nulo e anulável; (b) a perda pela Administração do benefício da declaração unilateral de nulidade (le bénéfice du préalable)’. (op. Cit., p. 82). (SILVA, Almiro do Couto e. Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Publicação do Instituto de Informática Jurídica do Estado do Rio Grande do Sul, v. 18, Nº 46, p. 11-29, 1988).

Registre-se que o tema é pedra angular do Estado de Direito sob a forma de proteção à confiança.

É o que destaca Karl Larenz, que tem na consecução da paz jurídica um elemento nuclear do Estado de Direito material e também vê como aspecto do princípio da segurança o da confiança:

“O ordenamento jurídico protege a confiança suscitada pelo comportamento do outro e não têm mais remédio que protegê-la, porque confiar (...) é condição fundamental para uma pacífica vida coletiva e uma conduta de cooperação entre os homens e, portanto, da paz jurídica.” (Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 91).

O autor tedesco prossegue afirmando que o princípio da confiança tem um componente de ética jurídica, que se expressa no princípio da boa fé. Diz:

“Dito princípio consagra que uma confiança despertada de um modo imputável deve ser mantida quando efetivamente se creu nela. A suscitação da confiança é imputável, quando o que a suscita sabia ou tinha que saber que o outro ia confiar. Nesta medida é idêntico ao princípio da confiança. (...) Segundo opinião atual, (este princípio da boa fé) se aplica nas relações jurídicas de direito público.” (Derecho Justo - Fundamentos de Ética Jurídica. Madri. Civitas, 1985, p. 95 e 96).

Na Alemanha, contribuiu decisivamente para a superação da regra da livre revogação dos atos administrativos ilícitos uma decisão do Tribunal Administrativo de Berlim, proferida em 14.11.1956, posteriormente confirmada pelo Tribunal Administrativa Federal. Cuidava-se de ação proposta por viúva de funcionário público que vivia na Alemanha Oriental. Informada pelo responsável pela Administração de Berlim de que teria direito a uma pensão, desde que tivesse o seu domicílio fixado em Berlim ocidental, a interessada mudou-se para a cidade. A pensão foi-lhe concedida. Tempos após, constatou-se que ela não preenchia os requisitos legais para a percepção do benefício, tendo a Administração determinado a suspensão de seu pagamento e solicitado a devolução do que teria sido pago indevidamente. Hoje a matéria integra a complexa regulação contida no § 48 da Lei sobre processo administrativo federal e estadual, em vigor desde 1977 (cf. Erichsen, Hans-Uwe, in: Erichsen, Hans-Uwe/Martens, Wolfgang, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9ª edição, Berlim/Nova York, 1992, p. 289).

Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, (v.g. art. 2º).

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

Nesse sentido, vale trazer passagem de estudo do professor Miguel Reale sobre a revisão dos atos administrativos:

“Não é admissível, por exemplo, que, nomeado irregularmente um servidor público, visto carecer, a na época, de um dos requisitos complementares exigidos por lei, possa a Administração anular seu ato, anos e anos volvidos, quando já constituída uma situação merecedora de amparo e, mais do que isso, quando a prática e a experiência podem ter compensado a lacuna originária. Não me refiro, é claro, a requisitos essenciais, que o tempo não logra por si só convaler, - como seria, por exemplo, a falta de diploma para ocupar cargo reservado a médico, - mas a exigências outras que, tomadas no seu rigorismo formal, determinariam a nulidade do ato.

Escreve com acerto José Frederico Marques que a subordinação do exercício do poder anulatório a um prazo razoável pode ser considerado requisito implícito no princípio do *due process of law*. Tal princípio, em verdade, não é válido apenas no sistema do direito norte-americano, do qual é uma das peças basilares, mas é extensível a todos os ordenamentos jurídicos, visto como corresponde a uma tripla exigência, de regularidade normativa, de economia de meios e forma e de adequação à tipicidade fática. Não obstante a falta de termo que em nossa linguagem rigorosamente lhe corresponda, poderíamos traduzir *due process of law* por devida atualização do direito, ficando entendido que haverá infração desse ditame fundamental toda vez que, na prática do ato administrativo, por preterido algum dos momentos essenciais à sua ocorrência; porém destruídas, sem motivo plausível, situações de fato, cuja continuidade seja economicamente aconselhável, ou se a decisão não corresponder ao complexo de notas distintivas da realidade social tipicamente configurada em lei." (Miguel Reale, *Revogação e anulamento do ato administrativo*. 2ª ed. Forense. Rio de Janeiro. 1980).

Em outra oportunidade, o Supremo Tribunal Federal aplicou o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança como óbice à anulação de ato administrativo ilegal, ao julgar o Mandado de Segurança nº 22.357, de 27 de maio de 2004, publicado no Diário da Justiça de 05 de novembro de 2004, página 06, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, estando o acórdão prolatado pelo Tribunal Pleno assim ementado:

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

No caso, entendeu o Supremo Tribunal Federal que não poderia ser revista a contratação de empregados pela INFRAERO, com fundamento na ilegalidade da admissão, considerando o tempo decorrido, mais de 10 (dez) anos e a presunção de legitimidade do ato de admissão quando de sua edição, pois havia séria controvérsia

sobre a necessidade de concurso público para a admissão nas empresas públicas e sociedades de economia mista, circunstância que revelam a boa-fé dos contratados.

Vê-se, portanto, pelos julgados supra transcritos, que o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo o princípio da confiança como subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito, bem como a necessidade de se observar a garantia do devido processo legal, como limites ao exercício da prerrogativa da Administração Pública anular *ex officio* seus próprios atos inválidos.

CONCLUSÃO

A função administrativa, no contexto do Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que tem como pressupostos materiais - juridicidade, a constitucionalidade e o sistema dos direitos fundamentais -, tem por finalidade a satisfação dos interesses públicos qualificados a partir dos valores políticos, econômicos, sociais e culturais positivados na Constituição, com o objetivo último a efetivação da justiça e a concretização e realização material dos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

A prerrogativa atribuída à Administração Pública anular *ex officio* seus próprios atos inválidos tem como fundamento, justamente, o dever dos poderes públicos restaurar a ordem jurídico-normativa, que é conformada pelo conjunto de valores positivados na Constituição, dentre os quais estão os princípios do devido processo legal e o da segurança jurídica.

No exercício dessa prerrogativa, que se constitui em poder-dever, por estar o regime jurídico-administrativo construído a partir dos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, está a Administração Pública vinculada à ordem jurídico-normativa, devendo o exercício da função administrativa guardar conformidade com os princípios constitucionais, tanto os expressos quanto os implícitos, e com as regras positivadas no ordenamento jurídico, tendo como objetivo último a efetivação da justiça e a concretização e realização material dos direitos, liberdades e garantias fundamentais.

A segurança jurídica constitui subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito, seja em sua dimensão objetiva, de certeza do direito, que diz respeito aos limites à retroatividade dos atos estatais, garantida na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXVI, com proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, seja em sua dimensão subjetiva, que diz com a proteção à confiança ou à boa-fé das pessoas em relação aos atos, procedimentos e condutas do Estado, estando esta dimensão garantida implicitamente na Constituição.

Assim, como subprincípio concretizador do princípio do Estado de Direito, a segurança jurídica, especificamente na sua dimensão específica da proteção da confiança ou da boa-fé, constitui limite ao exercício da prerrogativa atribuída à Administração Pública consistente na anulação *ex officio* os atos administrativos inválidos.

Outrossim, por expressa determinação constitucional (artigo 5º, LIV e LV, da Constituição de 1.988), impõe-se a necessidade de observância do devido processo legal, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, em todas às situações em que forem afetados interesses dos administrados, ou seja, sempre que a anulação implicar desconstituição de situações jurídicas ampliativas de direitos, protegendo-se, desse modo, os terceiros de boa-fé e os beneficiários do ato administrativo e, em última instância, garantindo-se o princípio da segurança jurídica.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do mesmo modo, vem reconhecendo a segurança jurídica como limite à anulação pela Administração Pública de seus próprios atos inválidos.

A Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1.999, em seu artigo 54, acolheu as ponderações da doutrina quanto ao princípio da segurança jurídica, prescrevendo de forma expressa que o poder-dever da Administração Pública anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé, decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados.

Não obstante, a regra legislada não esgota o assunto. É que, em situações excepcionais, pode ocorrer, antes de decorrido o prazo decadencial fixado no dispositivo legal, confronto entre os princípios da legalidade e o princípio da segurança, em sua dimensão da proteção da confiança ou da boa-fé, hipótese em que deverá o intérprete/aplicador do direito ponderar entre estes dois princípios, para apurar qual dos dois deverá ser aplicado ao caso concreto, observando o que melhor atende o interesse público, conceito pragmático ou indeterminado, que detém um núcleo mínimo de compreensão, extraído das normas e dos princípios informadores do ordenamento que, juntamente com os dados da realidade, fornecem balizas bem demarcadas para a sua concretização.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2008.
- BRASIL. Lei n. 9.874, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 27 jun. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 27 jun. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 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. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 27 jun. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 3. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_009>. Acesso em: 27 jun. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Mandado de Segurança n. 22.357. Impetrante: Ivete do Socorro Abreu de Sousa e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 27 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=22357&classe=MS>>. Acesso em: 27 jun. 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Administrativo. Mandado de Segurança n. 24.268. Impetrante: Fernanda Fiuza Brito. Relator: Ministra Ellen Gracie. Redator

para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 3 de maio de 2006. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=24268&classe=MS-ED>>. Acesso em: 27 jun. 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____, *Discricionabilidade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES, Seabra Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª ed. Atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito administrativo moderno*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. v. I. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVERIA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REALE, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SANTOS NETO, João Antunes. *Da anulação ex officio do ato administrativo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Curso de Direito constitucional positivo*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005

SILVA, Almiro do Couto e. *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]: Cadernos de Direito Público. Porto Alegre, v. 27, nº 57 supl., 2003. Disponível em: <http://www.pge.rs.gov.br/revistas/revista_pge_57_sup.pdf>. Acesso em 22 jun. 2008.

_____. *Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança Jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado [do Rio Grande do Sul]: Cadernos de Direito Público. Porto Alegre, v. 27, nº 57 supl., 2003. Disponível em: <http://www.pge.rs.gov.br/revistas/revista_pge_57_sup.pdf>. Acesso em 22 jun. 2008.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 1993.