Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R e DE | Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 2 – abril/maio/junho de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

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 N° 9.784/99).*

Prof. Almiro do Couto e Silva
Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil.

I. INTRODUÇÃO

1. Este estudo tem o propósito de analisar o *status quaestionis* do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da proteção à confiança, no direito brasileiro contemporâneo. Parte das distinções entre boa fé, segurança jurídica e proteção à confiança (II), para, após, descrever a gênese e desenvolvimento do princípio da proteção à confiança no direito comparado, especialmente no direito alemão e europeu (III), até chegar ao reconhecimento e a afirmação do princípio da segurança jurídica, na vertente da proteção à confiança, como princípio constitucional no direito brasileiro, e mostrar sua importância no Direito Administrativo, especificamente no que concerne à manutenção de atos inválidos, viciados por ilegalidade e inconstitucionalidade (IV). Quanto a este último ponto, o tema ganhou uma nova dimensão no Brasil com a edição da Lei de Processo Administrativo da União Federal (Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999) - de cuja Comissão elaboradora do anteprojeto, presidida pelo Prof. Caio Tácito, tivemos a honra

* Estudo destinado a ser publicado em livro de homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves, sob o título «ARS IVDICANDI», coordenado pelos Professores Doutores Jorge de Figueiredo Dias, José Joaquim Gomes Canotilho e José Faria da Costa.

de participar[1]-, muito particularmente em virtude da inserção em seu texto, no art. 54, de regra que disciplina a decadência do direito da Administração Pública Federal de anular seus atos administrativos. Tal preceito foi objeto de exame mais minucioso (V), em que se procurou dar resposta às principais questões que a aplicação do dispositivo tem suscitado, sobretudo na esfera da Administração Pública e nas decisões do Poder Judiciário. Depois, são tratados três temas gerais, relacionados com a segurança jurídica, para além da órbita da Lei do Processo Administrativo da União Federal. São eles os pertinentes à vigência do princípio da segurança jurídica no direito administrativo dos Estados e Municípios (VI), à segurança jurídica e os atos administrativos que caracterizem improbidade administrativa e impliquem prejuízo para o erário público (VII) e à segurança jurídica e os atos administrativos exarados em conformidade com lei declarada inconstitucional (VIII). Por último, foram sintetizadas as principais conclusões (IX).

Espero que estas reflexões, que mereceriam certamente tratamento mais extenso, possam contribuir, mesmo assim, ainda que muito modestamente, para algum aprimoramento da «*ars iudicandi*» e da prática administrativa no Brasil.

II. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES: ALGUMAS PRECISÕES TERMINOLÓGICAS. BOA FÉ, SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA.

2. Por vezes encontramos, em obras contemporâneas de Direito Público, referências a «boa fé», «segurança jurídica», «proteção à confiança» como se fossem conceitos intercambiáveis ou expressões sinônimas. Não é assim ou não é mais assim. Por certo, boa fé, segurança jurídica e proteção à confiança são idéias que pertencem à mesma constelação de valores. Contudo, no curso do tempo, foram se particularizando e ganhando nuances que de algum modo as diferenciam, sem que, no entanto, umas se afastem completamente das outras.

3. A boa fé é noção que, desde o mundo romano, se firmou predominantemente 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 *actiones bonae fidei,* e que diz respeito à lealdade, correção e lisura do comportamento das partes reciprocamente. Nessa segunda acepção, de boa fé objetiva, foi ela recebida no Código Civil Alemão, notadamente nos famosos §§ 242 e 157, o que abriu caminho para que outros

[1] A Comissão era constituída, além do Prof. Caio Tácito, seu Presidente, pelos Professores Odete Medauar (relatora), Maria Sylvia Zanella di Pietro, Inocêncio Mártires Coelho, Diogo de Figueiredo Moreira Netto, Almiro do Couto e Silva, Adilson Abreu Dallari, José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Modesto e Cármen Lúcia Antunes Rocha. O projeto de lei, que acolheu o anteprojeto na sua integralidade, também foi aprovado sem alterações pelo Congresso Nacional.

códigos civis igualmente a acolhessem, como dá testemunho, por último, o novo Código Civil Brasileiro, nos arts. 113 e 422[2].

Conquanto a boa fé objetiva tenha um relevo maior no campo do direito das obrigações, especialmente em razão do vasto espectro de «deveres anexos» que a ela se vinculam e do papel que desempenha como base teórica da «*culpa in contrahendo*», da responsabilidade pré e pós-negocial, é irrecusável, modernamente, sua importância em todo o território do direito privado.

Mas não só; sua influência estende-se também ao direito público, podendo ser percebida muito marcadamente nos contratos administrativos e na responsabilidade pré-negocial[3] do Estado.

Pois é substancialmente essa mesma concepção de que, nas relações jurídicas, as partes nelas envolvidas devem proceder corretamente, com lealdade e lisura, em conformidade com o que se comprometeram e com a palavra empenhada (a *fides* como *fit quod dicitur* da definição ciceroniana[4]) que, em última análise, dá conteúdo ao princípio da segurança jurídica, pelo qual, nos vínculos entre o Estado e os indivíduos, se assegura uma certa previsibilidade da ação estatal, do mesmo modo que se garante o respeito pelas situações constituídas em consonância com as normas impostas ou reconhecidas pelo poder público, de modo a assegurar a estabilidade das relações jurídicas e uma certa coerência na conduta do Estado[5].

No entanto, embora as íntimas conexões existentes entre boa fé e segurança jurídica, no estado atual da ciência jurídica chegou-se a uma relativa separação desses conceitos.

4. 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

---

[2] A respeito da boa fé no Direito Civil, Clóvis V. do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo,* Porto Alegre, Sulina, 1964; Antônio Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1984; vols, I e II, e Judith Martins-Costa, *A Boa Fé no Direito Privado*, São Paulo, RT, 1999.

[3] Cf. nosso artigo *A Responsabilidade Pré-Negocial no Direito Administrativo Brasileiro*, RDA, nº 217, 1999, p.163-171.

[4] *De Officiis*, 1.7.23, *De Re Publica*, IV. 7: «*Fundamentum autem justitiae est fides, id est dictorum conventorumque constatia et veritas*».

[5] Convém recordar aqui as palavras de Jesus Gonzalez Perez no seu clássico estudo *El Princípio General de la Buena Fé en el Derecho Administrativo,* Madrid, Civitas, 1989, p. 89: «*Administración pública y administrado han de adoptar un comportamiento leal en todas las fases de constitución de las relaciones hasta el perfeccionamiento del acto que las dé vida y en las relaciones frente a los possibles defectos del acto. Han de adoptar un comportamiento leal e el desenvolvimiento de las relaciones en las direcciones en que se manifesten derechos y deberes. Y han de comportarse lealmente en el momento de extinción: al exercer las potestades de revisión y anulación y al soportar los efectos de la extinción, así como en el ejercicio de las acciones ante la Jurisdicción contencioso-administrativa*».

quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Diferentemente do que acontece em outros países cujos ordenamentos jurídicos freqüentemente têm servido de inspiração ao direito brasileiro [6], tal proteção está há muito incorporada à nossa tradição constitucional e dela expressamente cogita a Constituição de 1988, no art. 5°, inciso XXXVI.

A outra, de natureza **subjetiva**, concerne à **proteção à confiança** das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.

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 proteção à confiança**, quando aludem ao que atenta para o aspecto **subjetivo**[7]**.** Este último princípio (a)

---

[6] É este o caso, por exemplo, entre outros, da França e Alemanha, em que o tema dos limites à retroatividade dos atos do Estado não é objeto de regra constitucional expressa e de valor absoluto, como é a do art. 5°, XXXVI da nossa Constituição Federal. Na França, sobre essa matéria dispôs o Código Civil no seu art. 2°: «*La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif.*».Trata-se de preceito que não se impõe ao legislador. Nem revogou tal preceito a legislação anterior, especialmente a revolucionária, que dispunha retroativamente, como alguns chegaram a pensar ao tempo da edição do Código Civil (cf. Paul Roubier, *Le Droit Transitoire*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p.90), nem poderia impedir - como efetivamente não impede, pois só à Constituição seria dado fazê-lo – que outra lei possua eficácia retroativa. A norma tem assim como principal destinatário o juiz ou o aplicador do direito. No direito alemão, que reconhece na segurança jurídica um subprincípio do princípio do Estado de Direito, tira-se daí a conseqüência que a retroatividade da lei (a chamada «autêntica» retroatitividade, isto é, quando a lei nova modifica situações –*Tatbestände* - constituídas no passado) via de regra, é vedada. Contudo, excepcionalmente, quando o interesse público se sobreponha à segurança jurídica, ou esta não mais se justifique, é admissível a atribuição de efeitos retroativos à lei.(Jarass/ Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublick Deutschland*, München, 1995, p.432). No tocante à retroatividade imprópria ou «não autêntica», que de algum modo se confunde com a «eficácia imediata da lei» é ela, em princípio admitida (id.ib., p.433).

[7] Quanto a esta questão, observa J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2000, p.256: «*O homem necessita de **segurança** para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da **segurança jurídica** e da **proteção à confiança** como elementos constitutivos do Estado de direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a **segurança jurídica** está conexionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a **proteção da confiança** se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos acto*». É quase unânime, entretanto, o entendimento de que o «princípio da proteção da confiança» tem como matriz constitucional o «princípio da segurança jurídica», que é subprincípio, ainda que não expresso, do princípio do Estado de Direito. Nesse sentido, por exemplo, Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, C.H. Beck, 1999, p.280; Dirk Ehlers, in Badura, Ehlers, Erichsen et alii, *Allgemeines Verwaltunsrecht*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1995, p.109-110, Hans-Uwe Erichsen, na mesma obra, p.301 e ss; Hans J.Wolff, Otto Bachof, Rolf Stober, *Verwaltungsrecht*, München, C.H.Beck, 1994, vol I, p.350.

impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe conseqüências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos.

Parece importante destacar, nesse contexto, que os atos do Poder Público gozam da aparência e da presunção de legitimidade, fatores que, no arco da história, em diferentes situações, têm justificado sua conservação no mundo jurídico, mesmo quando aqueles atos se apresentem eivados de graves vícios. O exemplo mais antigo e talvez mais célebre do que acabamos de afirmar está no fragmento de Ulpiano, constante do Digesto, sob o título «*de ordo praetorum*» (D.1.14.1), no qual o grande jurista clássico narra o caso do escravo Barbarius Philippus que foi nomeado pretor em Roma. Indaga Ulpiano: «*Que diremos do escravo que, conquanto ocultando essa condição, exerceu a dignidade pretória? O que editou, o que decretou, terá sido talvez nulo? Ou será válido por utilidade daqueles que demandaram perante ele, em virtude de lei ou de outro direito?*». E responde pela afirmativa.

Não é outra a solução que tem sido dada, até hoje, para os atos praticados por «funcionário de fato». Tais atos são considerados válidos, em razão – costuma-se dizer – da «aparência de legitimidade» de que se revestem, apesar da incompetência absoluta de quem os exarou. Na verdade, o que o direito protege não é a «aparência de legitimidade» daqueles atos, mas a *confiança* gerada nas pessoas em virtude ou por força da presunção de legalidade e da «aparência de legitimidade» que têm os atos do Poder Público.

5. No direito alemão e, por influência deste, também no direito comunitário europeu, «segurança jurídica» (*Rechtssicherheit*) é expressão que geralmente designa a parte **objetiva** do conceito, ou então simplesmente o «princípio da segurança jurídica», enquanto a parte **subjetiva** é identificada como «proteção à confiança» (*Vertrauensschutz*, no direito germânico) ou «proteção à confiança legítima» (no direito comunitário europeu), ou, respectivamente, «princípio da proteção à confiança» ou «princípio da proteção à confiança legítima».

Na Alemanha, onde o princípio da proteção à confiança nasceu, por construção jurisprudencial, pode-se dizer que este princípio prende-se predominantemente à questão da preservação dos atos inválidos, mesmo nulos de pleno direito, por ilegais ou inconstitucionais, ou, pelo menos, dos efeitos desses atos, quando indiscutível a boa fé [8].

[8] Mas possui, também, relevo na questão da responsabilidade pré contratual ou pré negocial, cujos danos são designados como «danos da confiança» (*Vertrauensschadens).*Conquanto tal situação se configure predominantemente no direito privado, o direito europeu vai consagrá-la no direito administrativo econômico da União Européia, como teremos ocasião de referir.

O Estado Social ou o Estado-Providência foi o ambiente ideal para o desenvolvimento e o surgimento, respectivamente, dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança, em razão da situação de dependência em que, diferentemente do que ocorria no Estado Liberal Burguês, ficaram as pessoas relativamente ao Poder Público, especialmente no tocante aos serviços e prestações por este realizados, direta ou indiretamente, conforme bem conhecida observação de Forsthoff[9].

Nessa moldura, não será necessário sublinhar que os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do *status quo* e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, mesmo quando manifestadas em atos ilegais, que possa ferir os interesses dos administrados ou frustrar-lhes as expectativas. Colocam-se, assim, em posição de tensão com as tendências que pressionam o Estado a adaptar-se a novas exigências da sociedade, de caráter econômico, social, cultural ou de qualquer outra ordem, ao influxo, por vezes, de avanços tecnológicos ou científicos, como os realizados, com impressionante velocidade, no decorrer do século XX.

É certo que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem podem a segurança jurídica e a proteção à confiança se transformar em valores absolutos, capazes de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Mas, de outra parte, não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público.

Entre esses dois pólos trava-se a luta entre o novo e o velho dentro do Estado, ao qual caberá escolher os instrumentos jurídicos que lhe permitam aproximar-se o mais possível do ideal de justiça material, pela inserção, em seus quadros normativos, de preceitos que definam o que pode e o que não pode ser modificado, e como pode ser modificado, e quais, ainda, os limites a serem observados pelas alterações. A esse fim servem, modernamente, as disposições constitucionais que marcam o âmbito e disciplinam os processos de revisão e emenda da própria Constituição ou que impõem limites à liberdade de conformação do legislador ordinário. Tais disposições, as mais das vezes, são expressas. Outras vezes, porém, resultam de construção jurisprudencial, como atesta o reconhecimento do princípio da proporcionalidade e, igualmente, do princípio da proteção à confiança no direito germânico e europeu, cuja observância é exigida de todos que exercem função estatal. No direito alemão, aliás, o próprio princípio da segurança jurídica, ao qual se liga geneticamente o princípio da proteção à confiança, não é um princípio expresso. Ele foi deduzido pela jurisprudência, com o apoio da doutrina, do princípio geral do

[9]Ernest Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, München, C.H.Beck, 1973, p.370 e segs.

Estado de Direito, delineado em várias prescrições da Lei Fundamental de Bonn, entre os quais o seu célebre artigo 20[10].

III. GÊNESE E DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA

6. Nas últimas décadas do século XX, o princípio da proteção à confiança ganhou mais nitidez, destacando-se da segurança jurídica, tendo notável expansão na Europa, onde conquistou sucesso retumbante[11]. É oportuno traçar, ainda que resumidamente, seu itinerário.

O princípio da proteção à confiança começou a firmar-se a partir de decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, de 14 de novembro de 1956, logo seguida por acórdão do Tribunal Administrativo Federal (BverwGE), de 15 de outubro de 1957, gerando uma corrente contínua de manifestações jurisprudenciais no mesmo sentido [12].

Na primeira dessas decisões tratava-se da anulação de vantagem prometida a viúva de funcionário, caso se transferisse de Berlim Oriental para Berlim Ocidental, o que ela fez. Percebeu a vantagem durante um ano, ao cabo do qual o benefício lhe foi retirado, ao argumento de que era ilegal, por vício de competência, como efetivamente ocorria. O Tribunal, entretanto, comparando o princípio da legalidade com o da proteção à confiança, entendeu que este incidia com mais força ou mais peso no caso, afastando a aplicação do outro.[13]

A edição da Lei de Processo Administrativo alemã, de 1976, cujo § 48 dispôs sobre a aplicação do princípio da proteção à confiança, se não arrefeceu significativamente o entusiasmo da doutrina sobre a matéria, a qual, na opinião de Otto Bachof, se constituíra, nos anos 50 do século passado, no tema central do Direito Administrativo germânico,[14] eliminou muitas das controvérsias existentes, embora tenha dado lugar a muitas outras, em face da complexidade do seu texto.

---

[10] Jarass/Pieroth, op. cit., p.416 e segs.

[11] Registra Javier Garcia Luengo que se tornou um lugar comum a referência à «marcha triunfal do princípio da proteção à confiança (*Siegeszug des Vertrauenschutzprinzip*)» - (*El Princípio de la Protección de la Confianza em el Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2002, p.30.

[12] Sobre isso Hartmut Maurer, op. cit., p. 274.

[13] Vd. Sylvia Calmes, *Du Principe de Protetion de la Confiance Legitime en Droits Allemand, Comunnautaire et Français,* Paris, Dalloz, 2001, p. 11, nota 49.

[14] *Verfassungsrecht. Verwaltungsrecht. Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht,* Tübigen, C.H.Beck, 1966, v.I,p. 257 segs., 1967, v.II, p. 339 e segs.

Também na década de 70 ocorreu o reconhecimento, pelo Tribunal Federal Constitucional, da proteção à confiança como princípio de valor constitucional.[15]

7. Ao mesmo tempo em que se consolidava no direito alemão e no direito suíço de expressão alemã, o princípio da proteção à confiança ingressava no direito da União Européia, batizado como «princípio da proteção à confiança legítima», percorrendo, entre os anos 1957 e 1978, o *iter* de sua afirmação «*tanto no vasto domínio da regulamentação econômica, como no da restituição de subvenção do Estado irregularmente concedida, como no da função pública comunitária*», para afinal consagrar-se, em decisões da Corte de Justiça das Comunidades Européias, como «regra superior de Direito» e «princípio fundamental do direito comunitário»[16].

Os atuais temas dominantes relacionados com o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, no direito comparado e no direito brasileiro, podem ser condensados nos seguintes pontos principais:

a). a manutenção no mundo jurídico de atos administrativos inválidos por ilegais ou inconstitucionais (p.ex. licenças, autorizações, subvenções, atos pertinentes a servidores públicos, tais como vencimentos e proventos, ou de seus dependentes, p.ex. pensões, etc.);

b). a responsabilidade do Estado pelas promessas firmes feitas por seus agentes, notadamente em atos relacionados com o planejamento econômico;

c). a responsabilidade pré-negocial do Estado;

d). o dever do Estado de estabelecer regras transitórias em razão de bruscas mudanças introduzidas no regime jurídico (p.ex. da ordem econômica, do exercício de profissões, dos servidores públicos)[17].

---

[15] Sylvia Calmes, op. cit., p. 16 e ss.

[16] Cf., Sylvia Calmes, op. cit., p. 1, nota 1 (sobre a designação «princípio da confiança legítima») e p. 24 e ss.

[17] Idem, ib., p. 21 e segs. De três desses quatro temas – com exceção apenas do último, d) - me ocupei em estudos anteriores. Assim, b), em 1981, apresentei trabalho, no III Congresso de Direito Administrativo, realizado na cidade de Canela, RS, depois publicada na RDP, 63 (jul-set. 1982), sob o título *Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento*, em que admitia a responsabilidade do Estado quando, por atos positivos e por promessas sérias e fortes, gerava fundadas expectativas nos destinatários e os danos causados fossem especiais e anormais. No VII Congresso de Direito Administrativo, realizado em Belém do Pará, em 1987, proferi conferência sobre *Problemas Jurídicos do Planejamento*, publicada em RDA n°170 (out.-dez. 1987),ampliando a área de investigação do trabalho anterior, mas reiterando suas conclusões no tocante aos atos do Estado relacionados com o planejamento. Em 1987, a) escrevi artigo sobre os *Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo,* RDP n° 843 e RPGE, v.18, 1988, em que analisei a questão da manutenção dos atos administrativos inválidos por ilegais, pela aplicação do princípio da segurança jurídica (proteção à confiança), ali tratada, nesse contexto, pela primeira vez entre nós, como princípio constitucional. Finalmente, em 1999, c) desenvolvi

8. No direito brasileiro, muito provavelmente em razão de ser antiga em nossa tradição jurídica a cláusula constitucional da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada - pontos eminentes nos quais se revela a segurança jurídica, no seu aspecto objetivo - não houve grande preocupação na identificação da segurança jurídica, vista pelo ângulo subjetivo da proteção à confiança, como princípio constitucional, situado no mesmo plano de importância do princípio da legalidade.

Só nos últimos anos é que a legislação da União, designadamente pelas Leis n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (arts. 2° e 54); 9.868, de 10 de novembro de 1999 (art. 27) e 9.882, de 03 de dezembro de 1999 (art. 11), que dispõem, respectivamente, sobre o processo administrativo da União, a ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade e a argüição de descumprimento de preceito fundamental, referiram-se à segurança jurídica, quer como princípio geral da Administração Pública, de matriz constitucional, a justificar a permanência no mundo jurídico de atos administrativos inválidos, quer como valor constitucional a ser ponderado, em determinadas circunstâncias, em cotejo com os princípios da supremacia da Constituição e da nulidade *ex tunc* da lei inconstitucional.

É importante sinalar, entretanto, que, nesses textos legislativos nacionais a «segurança jurídica» é vista predominantemente pelo seu lado subjetivo e significa, assim, quase sempre, «proteção à confiança».

9. No tocante ao Direito Administrativo e à manutenção de atos jurídicos inválidos – que é o objeto deste estudo - a doutrina brasileira tratou desse tema desde o *Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário* de Miguel Seabra Fagundes, cuja primeira edição é de 1941, mas geralmente na perspectiva do poder discricionário da Administração de decidir entre a permanência do ato administrativo inválido ou sua anulação, conforme o interesse público, devidamente sopesado, apontasse num ou noutro sentido, sem aludir à segurança jurídica como princípio constitucional que recomendasse a subsistência do ato administrativo viciado[18].

No que diz com a jurisprudência, são ainda escassas as decisões dos tribunais que invocam o princípio da segurança jurídica para solver questões não abrangidas pela proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, tais como as concernentes à manutenção de atos inválidos quando configurada a boa fé dos destinatários na percepção das vantagens deles emanadas.

Recentemente, porém, houve três decisões do Supremo Tribunal Federal - MC - n° 2.900-RS, 2ª Turma, relator Min. Gilmar Mendes (08.03.2003), Informativo do STF n°231; MS 24268/MG, relator Min. Gilmar Mendes (15.03.2004), Informativo do STF n°343 e MS 22357/DF, relator Min.

---

o tema da *Responsabilidade pré-negocial e culpa in contrahendo no Direito Administrativo Brasileiro* (RDA n° 217, jul./set.).

[18] Veja-se nosso estudo Os *Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo,* RDP n° 84, 1987, p. 46-63.

Gilmar Mendes, DJU de 24.05.2004- qualificando a segurança jurídica como princípio constitucional na posição de subprincípio do Estado de Direito, harmonizando-se, assim, por esses arestos pioneiros da nossa mais alta Corte de Justiça, linhas de entendimento já afloradas na doutrina, em geral sem grande rigor técnico, na legislação e em acórdãos de alguns tribunais, mas que passam a gozar, agora, de um valor e de uma autoridade que ainda não possuíam.

10. Para a boa compreensão da nossa exposição, será necessário ter sempre presente que, no direito brasileiro, trataremos como princípio da segurança jurídica - pois assim procedeu o legislador - o que, no direito alemão, é denominado de «princípio da proteção à confiança» (*Vertrauenschutz*) e, no direito da União Européia, é chamado de «princípio da proteção à confiança legítima».

IV. A SEGURANÇA JURÍDICA (PROTEÇÃO À CONFIANÇA) COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL NO DIREITO BRASILEIRO E SUA IMPORTÂNCIA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

11. A Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1.999, que «*regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*», deu expressão, no plano infraconstitucional e no tocante ao Direito Administrativo, ao princípio da segurança jurídica em alguns de seus dispositivos. Assim, (a) no *caput* do seu art. 2°, ao declarar que «*A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório,* ***segurança jurídica****, interesse público e eficiência*»; (b) no parágrafo único desse mesmo artigo, inciso IV, ao determinar a observância, nos processos administrativos, do critério da «*atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa fé*»; (c) no inciso XIII, também desse parágrafo único, ao estabelecer a vedação de aplicar a fatos pretéritos nova interpretação de norma jurídica; e (d) ao prescrever no seu art. 54:

«O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5(cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má fé.

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

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

Pretendemos, aqui, submeter o art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União a análise minuciosa, tendo em vista sua grande importância na prática administrativa e no controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário e a diversidade de interpretações que tem suscitado, quer na doutrina, quer na jurisprudência.

12. O ponto de partida, porém, para a correta interpretação e aplicação desse preceito está em que a segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de Direito, que é o da legalidade. Segurança jurídica e legalidade são, sabidamente, os dois pilares de sustentação do Estado de Direito[19].

Isso, no direito brasileiro, como visto, só muito recentemente foi reconhecido por nossa legislação e ainda está em processo de reconhecimento pela nossa jurisprudência, uma vez que, como destacado, só existem três decisões do Supremo Tribunal Federal enfrentando diretamente o tema e afirmando, em conclusão, que a segurança jurídica integra o princípio do Estado de Direito, sendo, pois, limite ao poder da Administração Pública de anular seus atos administrativos.

Também são ainda raras na doutrina nacional as manifestações que atribuem à segurança jurídica, vista como proteção à confiança, a posição de princípio constitucional[20].

No tocante à legislação, já foi mencionado que duas outras leis, também do ano de 1999 – o mesmo ano em que foi editada a Lei do Processo Administrativo da União –, referiram-se à segurança jurídica como valor constitucional: a Lei n° 9.868, de 11 de novembro (a Lei da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade) e a Lei n° 9.882. de 3 de dezembro (a Lei da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental), respectivamente nos seus arts. 27 e 11.

Ambas essas normas atribuíram ao Supremo Tribunal Federal a faculdade de «*ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, (...) por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*».

13. O Direito Constitucional brasileiro sempre reconheceu à sentença declaratória de inconstitucionalidade eficácia *ex tunc.* Como é sabido, a razão desse antigo entendimento, estabelecido na esteira de clássicos

---

[19] Cf. notas 7 e 20.

[20] Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional* ,São Paulo, Saraiva, 1996, p.261, nota 56 «*No âmbito do Direito Administrativo tem-se acentuado que, não raras vezes, fica a Administração impedida de rever o ato ilegítimo por força do princípio da segurança jurídica. Nesse sentido convém mencionar o magistério de Hans-Uwe Erichsen : "O princípio da legalidade da Administração é apenas um dentre os vários elementos do princípio do Estado de Direito. Esse princípio contém, igualmente, o postulado da segurança jurídica (Rechtssicherheit und Rechtsfriedens) do qual se extrai a idéia da proteção à confiança. Legalidade e segurança jurídica enquanto derivações do princípio do Estado de Direito têm o mesmo valor e a mesma hierarquia. Disso resulta que uma solução adequada para o caso concreto depende de um juízo de ponderação que leve em conta todas as circunstâncias que caracterizam a situação singular* (Hans-Uwe Erichsen e Wolfgang Martens,. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6a. ed. Berlim-Nova York, p.240)».

pronunciamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, reside no princípio da supremacia da Constituição. A lei, quando é editada, já nasce em conformidade ou em desconformidade com a Constituição. Quando se verifica a segunda hipótese, a lei é, desde sua origem, «nula» e «írrita», - que é como por vezes se traduz *null and void* - não podendo, por isso mesmo, produzir qualquer efeito jurídico, pois, se assim não ocorresse, haveria uma inversão na hierarquia das normas, passando a Constituição a ocupar posição inferior à da lei ordinária, uma vez que esta seria aplicada em detrimento daquela.

Cuida-se, já se vê, de solução cartesianamente estabelecida, por critérios estritamente racionalistas.

14. Contudo, a prática demonstrou que a lei inconstitucional, antes de declarada sua inconciliabilidade com a Constituição, produz efeitos, se não no mundo jurídico, pelo menos no mundo dos fatos, gerando legítimas expectativas nas pessoas, em virtude, sobretudo, da presunção de constitucionalidade de que as leis se revestem. A consideração de situações dessa ordem é que levou a Suprema Corte americana a admitir, em termos mais pragmáticos ou realistas, ainda que com caráter de excepcionalidade, eficácia *ex nunc* à sentença declaratória de inconstitucionalidade.

Neste particular, já em 1949, quando publicou sua obra clássica sobre «*O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*», Lúcio Bittencourt, ao analisar «*as relações jurídicas sob o império da lei inconstitucional*», assim resumia o *status quaestionis* no direito norte-americano:

> «*Da mesma sorte as relações jurídicas que se constituírem, de boa fé, à sombra da lei não ficam sumariamente canceladas em conseqüência do reconhecimento da inconstitucionalidade, nem a coisa soberanamente julgada perde, por esse motivo, os efeitos que lhe asseguram a imutabilidade. A jurisprudência americana fornece várias ilustrações sobre o assunto, mostrando, todavia, certa insegurança e flutuação, que não nos permite deduzir uma regra definitiva. Assim, a Corte Suprema tem entendido que as pessoas condenadas como incursas em lei julgada inconstitucional, muito embora a decisão condenatória já tenha transitado em julgado, devem ter essa decisão revista em seu benefício. Apólices ou bônus emitidos pelos Estados ou Municipalidades em virtude de uma lei inconstitucional perdem, totalmente, o seu valor por efeito da decisão do Judiciário. Todavia tem entendido a Corte Suprema que os indivíduos que agiram em boa fé e foram prejudicados em seus direitos, devem obter da parte do Estado indenização pelos danos sofridos. Da mesma sorte – segundo informa Willougby – conquanto a lei inconstitucional deva, sob o ponto de vista estritamente lógico, ser considerada como se jamais tivesse tido força para criar direitos ou obrigações, considerações de ordem prática tem levado os tribunais a atribuir certa validade aos atos praticados por pessoas que, em boa fé,*

exercem os poderes conferidos pelo diploma posteriormente julgado ineficaz»[21].

Prende-se a essa linha de pensamento voto vencido que se tornou célebre, proferido no Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Leitão de Abreu[22], no qual retoma a argumentação que mais amplamente desenvolvera em seu livro «*A Validade da Ordem Jurídica*»[23]. O Ministro Leitão de Abreu, apoiando-se, por um lado, no pensamento de Kelsen e, por outro, em corrente do constitucionalismo norte-americano que, autorizado por decisões da Suprema Corte, recolhidas no *Corpus Juris Secundum*, assevera que a lei inconstitucional é um fato eficaz («*it is an operative fact*»), conclui, em seu voto vencido, que «*A tutela da boa fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional, se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo sob o amparo do direito objetivo.*»

A essas razões não se curvou, entretanto o Supremo Tribunal Federal, o qual, nos seus julgados, continuou a proclamar que o princípio da supremacia da Constituição não tolera exceções, o mesmo devendo valer, por certo, para os princípios, que daquele são consectários, tais como o da eficácia *ex tunc* da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei e o da nulidade *ipso iure* da lei contrária à Constituição.[24]

Atualmente pende de decisão ação direta de inconstitucionalidade, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, em que são atacadas as Leis n°9866/99 e 9882/99 e, pois, os seus arts. 27 e 11, respectivamente, os quais, à semelhança do preceito contido no art. 282, n° 4, da Constituição portuguesa[25], outorgam ao Supremo Tribunal Federal, como já foi destacado, o poder de graduar, pela maioria de 2/3 dos seus membros, os efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade de lei, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.[26]

---

[21] Brasília, Ministério da Justiça, 1997, p.147-148.

[22] RE 79.343, Rel. Leitão de Abreu, RTJ 82/792.

[23] Porto Alegre, Livraria do Globo, 1964, p. 154 e segs.;

[24] Veja-se, Gilmar Ferreira Mendes, op.cit., p.255 e segs.

[25] É este o texto do art. 282, nº 4, da Constituição de Portugal: «*Quando a segurança jurídica, razões de eqüidade ou de interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com efeitos mais restritos do que o previsto nos n°s. 1 e 2.*»

[26] Conquanto nos pareça inqüestionável que a segurança jurídica é um valor constitucional ou um princípio constitucional, admitido pioneiramente pelo direito alemão, mesmo sem enunciado expresso na Lei Fundamental de Bonn, e que também tem sido aceito por outros ordenamentos jurídicos, como é o caso do português e do espanhol, ou mesmo pelo

Em 27 de maio de 2003, já dissemos, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, resolvendo questão de ordem na Medida Cautelar n° 2.900-3/RS, por unanimidade referendou o voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, o qual, depois de reproduzir trechos de pronunciamento doutrinário[27] sobre o princípio da segurança jurídica como limite ao poder-dever da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos, conclui nestes termos:

> «*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 n° 9.784, de 29 de janeiro de 1.999 (v.g., art. 2°).*
>
> *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,* » - acrescentou ainda o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos proferidos no MS n°24268/MG e MS 22357/DF, ambos também relatados pelo Ministro Gilmar Mendes - «*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, 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"* ».

15. Pela importância que têm esses três acórdãos do Supremo Tribunal Federal, – dois deles proferidos, à unanimidade, pelo Tribunal em sua composição plenária - pois são as primeiras da nossa mais alta Corte de Justiça a reconhecer a segurança jurídica, entendida como proteção à

---

direito da União Européia, que hoje prestigia grandemente a segurança jurídica, sob o aspecto da proteção à confiança legítima – a ponto de a Corte de Justiça da Comunidade Européia considerá-la como «regra superior de Direito» e «princípio fundamental do Direito Comunitário» (cf. Sylvia Calmes, *Du Principe de la Protection de la Confiance Legitime em Droits Allemand, Communautaire et Français. Paris. Dalloz. 2001, p.24 e segs.*) - creio que essa mesma condição de princípio constitucional não poder ser atribuída ao «excepcional interesse social». A segurança jurídica é princípio implícito na Constituição, embutido que está no princípio do Estado de Direito. Quanto ao «excepcional interesse social, para ascender à posição de princípio constitucional seria indispensável que a Constituição expressamente o acolhesse, como fez a Constituição portuguesa, diferentemente da brasileira, que não o contempla.

[27] Almiro do Couto e Silva, op. cit., *Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo.*

confiança, como princípio constitucional[28], servindo, nessa condição, como limite ao poder da Administração Pública de anular seus atos administrativos, é oportuno descrever aqui a situação fática a que se referem:

(a) No primeiro deles (MC 2.900 –RS), tratava-se de ação cautelar em que se pleiteava concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por estudante do curso de Direito da Universidade Federal de Pelotas que pedira transferência para o da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em razão de haver sido aprovada em concurso público realizado pela Empresa Pública de Correios e Telégrafos para emprego naquela entidade, tendo sido contratada. Mudou, assim, seu domicílio para Porto Alegre, local do seu emprego e do curso para o qual solicitara a transferência. Negada administrativamente a transferência, contra o ato respectivo impetrou a interessada mandado de segurança, deferido por sentença proferida em dezembro de 2000 «*(a) para reconhecer que a impetrante tem direito a transferir-se e a freqüentar o curso de direito na UFRGS, a partir deste semestre; (b) determinar à autoridade impetrada que imediatamente providencie a transferência da parte impetrante, permitindo que a mesma realize a matrícula, freqüente as atividades discentes e todas as demais decorrentes da sua condição de estudante, tudo nos termos da fundamentação*».

Em segundo grau, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região reformou a sentença, denegando o mandado de segurança. Daí o recurso extraordinário (manejado em outubro de 2002) e a ação cautelar para atribuir efeito suspensivo a esse recurso, uma vez que a recorrente já se encontrava prestes a concluir o curso de Direito na UFRGS. Ao conceder liminarmente o efeito suspensivo pretendido, em decisão monocrática após confirmada pela 2ª Turma, o Ministro Gilmar Mendes observou que, «*no âmbito da cautelar, a matéria evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica*».

O caso guarda grande similitude com antigas decisões do STF, como as proferidas no RMS 13.807 (RTJ 37/248) e no RMS 17.144 (RTJ 45/589), bem como no RE n°85.179 – RJ, relator o Ministro Bilac Pinto (RTJ 83/931 – DJ 01.12.77).

---

[28] Já referimos (nota 7, supra) que a Alemanha foi o primeiro país a reconhecer, expressamente, a segurança jurídica como princípio constitucional e obstativo, em determinadas circunstâncias, do poder da Administração de anular seus próprios atos administrativos. No direito norte-americano, ficou visto que a Suprema Corte dos Estados Unidos há muito admite que, em consideração à boa fé dos interessados ou à segurança jurídica, possa ser negada à sentença declaratória de inconstitucionalidade de lei a eficácia *ex tunc* que ordinariamente é conferida a decisões dessa natureza. Contudo, a Suprema Corte guia-se, nesses casos, por considerações pragmáticas, sem se preocupar em definir os fundamentos teóricos ou identificar princípios constitucionais que sirvam de premissa para a decisão, ou seja, sem expressamente reconhecer à boa fé ou à segurança jurídica a qualidade de princípio constitucional. No entanto, só um valor ou princípio constitucional poderia atenuar ou mesmo afastar o princípio da supremacia da Constituição, ou da nulidade *ipso iure* da lei inconstitucional ou ainda da eficácia *ex tunc* da sentença declaratória de inconstitucionalidade.

Cotejando-se essas decisões do STF verifica-se que todas elas tratam de situação que se consolidou em razão de provimentos jurisdicionais provisórios, afinal reformados, depois de transcorridos alguns anos de tramitação do processo. A diferença entre as mais antigas e a mais recente está na fundamentação. Enquanto a mais recente alude ao princípio da segurança jurídica, as outras limitam-se a referir que o ato judicial, depois reformado, dera causa a situação de fato e de direito que não conviria fosse inovada. No relatado pelo Ministro Bilac Pinto, o acórdão, após mencionar as anteriores manifestações do STF sobre a matéria, concluiu pela impossibilidade de tardio desfazimento do ato administrativo, «já criada situação de fato e de direito, que o tempo consolidou» .

(b) No segundo (MS n°24268/MG), cuidava-se de mandado de segurança impetrado por pensionista, na condição de beneficiária adotada, contra ato do Tribunal de Contas da União que cancelou «*unilateral e sumariamente (...) o pagamento da sua pensão especial concedida há dezoito anos*», ao argumento de que a adoção não restara comprovada «*por instrumento jurídico adequado, conforme determinam os arts. 28 e 35 da Lei n°6.679, de 1979*». Além disso, como está consignado no voto da Ministra Ellen Gracie, «*entre a data da escritura de adoção, 30.07.84, e a data do óbito do adotante, 07.08.84, decorreu apenas uma semana. Oscar de Moura, bisavô da impetrante, ao adotar e em seguida vier a falecer, aos 83 anos de idade, estava com câncer. As circunstâncias evidenciam a simulação da adoção com o claro propósito de manutenção da pensão previdenciária. E mais, a adoção foi feita sem a forma prevista em lei e é nula, nos termos dos artigos 83, 130, 145, III e 146 do Código Civil, não podendo produzir efeitos*».

A impetrante, na fundamentação da ação, alegou que o ato impugnado era «*atentatório contra os direitos à ampla defesa, ao contraditório, ao devido processo legal, ao direito adquirido e à coisa julgada*».

O STF, por maioria, concedeu o mandado de segurança por entender ter sido desrespeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, no voto que conduziu a decisão, o Ministro Gilmar Mendes fez estas considerações:

«*Impressiona-me, ademais, o fato de a cassação da pensão ter ocorrido passado 18 anos de sua concessão – e agora já são 20 anos. Não estou seguro de que se possa invocar o art. 54 da Lei n° 9.784, de 1999 (...) – embora tenha sido um dos incentivadores do projeto que resultou na aludida lei – uma vez que, talvez de forma ortodoxa, esse prazo não deve 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 caso como os dos autos. Se estivéssemos a falar de direito real, certamente já seria invocável a usucapião».* Após mencionar pronunciamentos doutrinários sobre a segurança jurídica, assim conclui*: «É possível que, no caso em apreço, fosse até de se cogitar da aplicação do princípio da segurança jurídica, de forma integral, de modo a impedir o desfazimento do ato. Diante, porém, do pedido formulado e da "causa petendi" limito-me aqui a reconhecer a forte plausibilidade jurídica desse fundamento»*.

(c) No terceiro, MS 22357/DF, o que se discutia era a manutenção dos atos de admissão de empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista (no caso, concretamente, tratava-se da INFRAERO), sem concurso público, contravindo, assim, preceitos constitucionais (CF, art. 37, I e II). Houve, no passado, controvérsia sobre a aplicação dessas normas constitucionais às empresas públicas e às sociedades de economia mista, em face do disposto no art. 173, § 1°, da Constituição Federal, que tinha este enunciado, na sua redação originária: «A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias». A discussão restou pacificada pela decisão do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n°21.322, relator Min. Paulo Brossard, publicada no Diário Oficial 23.04.93, acórdão que subordinou a admissão de empregados naquelas entidades à exigência constitucional do concurso público.

Contudo, o Tribunal de Contas da União, em decisão proferida em 06.06.1990, já havia chegado a esse mesmo entendimento, havendo-se firmado naquela Corte de Contas a orientação de que só deveriam ser anulados os atos de admissão posteriores àquela data, e não os realizados no passado, a partir da vigência da Constituição de 1.988.

O Ministro Gilmar Mendes, no acórdão que estamos examinando, assim conclui a exposição dos fatos:

«*Está certo, portanto, que, embora o Tribunal de Contas houvesse, em 06.06.90, firmado o entendimento quanto à indispensabilidade de concurso público para a admissão de servidores nas empresas estatais, considerou aquela Corte que, no caso da INFRAERO, ficava a empresa obrigada a observar a orientação para as novas contratações. Essa orientação foi revista no julgamento das contas do exercício de 1.991, assentando o Tribunal que a empresa deveria regularizar as 366 admissões, sob pena de nulidade (fls.492). Ao julgar o Recurso de Revisão, o prazo de 30 dias para a adoção das providências referidas foi dilatado para 195 dias contados de 09.05.95, data da publicação no Diário Oficial. No entanto, tendo meu antecessor, Néri da Silveira, deferido, em parte, aos 02.10.1995, a liminar (fls.622), não se executou a decisão do TCU, objeto do presente mandado de segurança* ».

Após repetir as considerações doutrinárias constantes das duas decisões anteriores do STF, a respeito do princípio da segurança jurídica, prossegue o voto do Min. Gilmar Mendes:

> «*Considera-se, hodiernarmente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1.999(v.g. art. 2°).*
>
> *Embora não se aplique diretamente à espécie, a Lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece em seu art. 54 o prazo*

decadencial de cinco anos, contados da data em que foram praticados os atos administrativos, para que a Administração possa anulá-los.

Vale lembrar que o próprio Tribunal de Contas da União aceitou a situação de fato existente à época, convalidando as contratações e recomendando a realização de concurso público para admissões futuras. Observa-se que mais de 10 anos já se passaram em relação às contratações ocorridas entre janeiro de 1991 e novembro de 1992, restando constituídas situações merecedoras de amparo.

Dessa forma, meu voto é no sentido do deferimento da ordem, tendo em vista as específicas e excepcionais circunstâncias do caso em exame. E aqui considero sobretudo: a boa fé dos impetrantes; a existência de processo seletivo rigoroso e a contratação conforme o regulamento da INFRAERO; a existência de controvérsia, à época da contratação, quanto à exigência de concurso público, nos moldes do art. 37, II, da Constituição, no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista; o fato de que houve dúvida quanto à correta interpretação do art. 37, II, em face do art. 173, § 1°, no âmbito do próprio TCU; o longo período de tempo transcorrido das contratações e a necessidade de garantir segurança jurídica a pessoas que agiram de boa fé.

Assim meu voto é no sentido da concessão da segurança para afastar (1) a ressalva do Acórdão n° 110/93, Processo TC n° 016.629/92-2, publicado em 03.11.93, que determinou a regularização das admissões efetivadas sem concurso público após a decisão do TCU de 16.05.90 (proferida no processo TC n° 006.658/89-0), e, (2) em conseqüência, a alegada nulidade das referidas contratações dos impetrantes».

16. Fica claro, assim, que embora a jurisprudência nacional, particularmente a do Supremo Tribunal, já se tivesse manifestado, no passado, em favor da manutenção de atos administrativos inválidos, por ilegais, sendo até mesmo numerosas as decisões de nossos tribunais superiores nesse sentido, notadamente em casos de alunos que concluíram curso superior apresentando falhas ou irregularidades em seu currículo escolar (p.ex. omissão de determinadas disciplinas que deveriam ter sido cursadas e não o foram), falhas essas só apuradas quando já diplomados e no exercício de atividade profissional[29], a fundamentação jurídica era, a nosso juízo, deficiente.

Nessas decisões, a justificativa da manutenção do ato administrativo inválido repousa, quase sempre, na situação de fato por ele constituída, mas que, apesar da ilegalidade originária, persistiu duradouramente, por vezes

[29] Colho os seguintes exemplos em Teori Albino Zavascki, *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*, SP, RT, 2001, p.50, nota 28:Do **STF** : RTJ 33:280, 37:249, 41:252, 41:593, 45: 593, 45:589, 95: 475, 104:1284, 119:829, RDA 114:288. Do **STJ** : EREsp 140.726, DJ de 16.08.99, p.40; EREsp 155.052, DJ de 19.04.99, p.72; Resp 137.989, DJ de 10.05.99, p.134;REsp 163.185, DJ de 26.04.99, p. 82; REsp 144.770, DJ de 26.04.99, p.41; REsp 175.313, DJ de 22.03.99, p. 70.

sustentada por decisão judicial depois reformada, acabando tal situação de fato, nas circunstâncias mencionadas, por gerar para os destinatários do ato administrativo direito a permanecerem no gozo das vantagens ilegitimamente outorgadas.

Conquanto a conclusão nos pareça incensurável, a fundamentação é, sem nenhuma dúvida, pouco convincente. Não se compreende, na verdade, seguindo a linha da argumentação adotada, como situação de fato, nascida de ilegalidade, pode transformar-se em situação de direito, e ainda mais de direito com as características que o habilitam a ser defendido por mandado de segurança.

Por certo, no direito privado, encontramos o instituto da usucapião, em que uma situação de fato, a posse, ainda que estabelecida sem justo título e sem boa fé, mas desde que se mantenha mansa e pacífica por determinado lapso de tempo, termina por resultar em aquisição, pelo possuidor, do direito de propriedade. Seria despropositado, porém, à míngua de princípio constitucional ou de disposição legal, tentar estabelecer, no direito público, analogia com aquele instituto do direito privado.

A única solução do problema que se apresenta adequada é a que identifica, no ordenamento constitucional, princípio do mesmo nível hierárquico do que o da legalidade, e que com este possa ser ponderado, num *balancing test*, em face da situação concreta em exame.

Em julgados de 1986 e 1993[30] e, por último, em acórdão de setembro de 2003[31], o Supremo Tribunal manteve vantagens atribuídas, inconstitucionalmente ou ilegalmente, a magistrados e a servidores públicos, com base no princípio da irredutibilidade de vencimentos.

Quanto a esses arestos, muito embora o Supremo Tribunal Federal tenha aludido a princípio constitucional, o da irredutibilidade de vencimentos, para compará-lo e ponderá-lo com o princípio da legalidade, a crítica que se pode e deve fazer é a de que o princípio da irredutibilidade de vencimentos só tem aplicação quando os vencimentos ou as vantagens remuneratórias são legais e legítimos. Não fosse assim, e nenhuma vantagem ilegalmente outorgada pela Administração Pública jamais poderia ser cancelada ou retirada, pois o ato de anulação, fosse ele de exercício da autotutela administrativa ou emanasse do Poder Judiciário, esbarraria sempre no princípio da irredutibilidade de vencimentos.

O princípio constitucional que deveria ter sido chamado para ponderação, nos casos referidos, era o da segurança jurídica, e não o da irredutibilidade de vencimentos, cuja adequação àquelas hipóteses nos parece manifestamente impertinente.

---

[30] Consulte-se, outra vez, Teori Albino Zavascki, op. cit., p.50, nota 29 : STF, RE 105.789, 2ª Turma, Ministro Carlos Madeira, RTJ 118:300; RE 122.202, 2ª Turma, Ministro Francisco Rezek, DJ de08.04.94.

[31] RE n°378.932/PE, rel. Ministro Carlos Britto, Informativo STF n°323.

Os três acórdãos do STF, na MC 2.900-RS, no MS n° 24268/MG e no MS 22357/DF, todos da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ao declararem, pela primeira vez na jurisprudência daquela Corte, que a segurança jurídica é um princípio constitucional, como subprincípio do princípio do Estado de Direito (CF, art. 1°), a par de encontrar a correta fundamentação para inúmeros casos decididos no passado - sustentados, a nosso juízo, por insatisfatória argumentação, como tivemos ocasião de ver -, nos dá a esperança de que abrirá caminho para que, daqui para a frente, se consolide, nos julgados dos tribunais brasileiros, especialmente do Supremo Tribunal Federal, a idéia de que tanto a legalidade como a segurança jurídica são princípios constitucionais que, em face do caso concreto, deverão ser sopesados e ponderados, para definir qual deles fará com que a decisão realize a justiça material. É nesse rumo, aliás, que se orientou o direito da União Européia, a partir das contribuições doutrinárias e jurisprudenciais do direito alemão[32].

V. O ART. 54 DA LEI N° 9.784/99

17. No tocante ao Direito Administrativo, parece-nos que essa tarefa dos nossos aplicadores do direito, juízes ou agentes da Administração Pública, ficou facilitada pela regra do art. 54 da Lei n° 9.784/99, mesmo em se tratando de preceito inserido em diploma cujas disposições se restringem à Administração Pública federal e apesar da multiplicidade de questões, muitas das quais complexas, que o dispositivo tem suscitado. Examinemos essas questões.

REGRA OU PRINCÍPIO?

18. O art. 54 da Lei n° 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, tornou-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 conseqüência 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 conseqüência jurídica. No caso de colisão entre regras, geralmente uma revoga a outra (*lex posterior*

[32] A esse respeito, por último, além do livro de Sylvia Calmes, já citado, *Du Príncipe de la Protection de la Confiance Legitime em Droits Allemand, Communautaire et Français*, vejam-se Javier Garcia Luengo, *El Principio de Protecciión de la Confianza em el Derecho Administrativo*, Madri, Civitas, 2002; Federico A. Castillo Blanco, *La Protección de Confianza en el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998.

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[33].

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[34].

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

---

[33] Sobre a distinção entre princípios e regras, por último e por todos Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, São Paulo, Malheiros, 2003, p.26 e segs.

[34] Escreve Alexy, em livre tradução nossa: «Ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam, tanto quanto possível, observadas as possibilidade jurídicas e fáticas, sejam realizadas na maior medida. Princípios são, pois, *comandos de otimização*, os quais se caracterizam por poderem ser atendidos em distintos graus e que a medida do seu preenchimento depende não apenas das possibilidades fáticas como também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é definido pela combinação de princípios e regras». No original: «*Der für die Unterscheidung von Regeln um Prinzipien entscheidente Punkt ist, dass Prinzipien Normen sind, die gebieten, dass etwas in einen relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Masse realisiert wird. Prinzipien sind demnach Optimierungsgebote, die dadurch charakterisiert sind, dass sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und dass das gebotene Mass ihrer Erfüllun nicht nur von den tatsälichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten wird durch gegenläufige Prinzipien und Regelen bestimmt*» (*Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1996, p.75-76) Exemplo de limitações fáticas encontramos na realização da norma do art.7º, IV, da Constituição Federal, que dispõe sobre o salário mínimo dos trabalhadores urbanos e rurais e que determina que ele seja «*capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social*...». Trata-se de norma que tem a natureza de princípio, como ordinariamente ocorre com as normas que consagram direitos fundamentais. É evidente, porém, que a «otimização» do princípio constitucional atinente ao salário mínimo é condicionada pela conjuntura econômica do país.

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 art. 54 revogou, em parte, o art. 114 da Lei n° 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Lei do Regime Jurídico Único), segundo o qual «a Administração deverá rever seus atos, **a qualquer tempo**, quando eivados de ilegalidade». O exercício do poder-dever da Administração de anular seus atos administrativos viciados de ilegalidade ficou limitado pelo prazo decadencial de cinco anos.

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 e 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.

DECADÊNCIA OU PRESCRIÇÃO?

19. Outra dúvida a ser esclarecida é se a regra do art. 54 da Lei n° 9784/99 é sobre prescrição ou decadência. É bem sabido que a decadência atinge o direito subjetivo e que a prescrição diz respeito à pretensão. Pretensão é como se traduz o termo alemão *Anspruch* – a possibilidade de exigir – conceito que Windscheid, na metade do século XIX, trabalhando sobre o Direito Romano, dissociou do conceito de direito subjetivo.

Um exemplo, retirado do Direito Privado, ilustra bem a diferença. O credor da nota promissória que se vencerá em 30 dias, antes do término desse prazo, já é titular de direito subjetivo de crédito, tanto que poderá cedê-lo. Não têm, entretanto, pretensão, isto é, a possibilidade de exigir o pagamento. A pretensão só irá nascer após o trigésimo dia, caso a dívida não tenha sido paga. Admitamos que, vencida, ela não tenha sido paga e imaginemos que transcorram dez anos, que é, no novo Código Civil, o prazo geral de prescrição (art.205), sem que tenha existido pagamento e sem que se tenham verificado, também, quaisquer das causas impeditivas ou suspensivas da prescrição. Se o credor exigir o pagamento da dívida, nessas circunstâncias, pode muito provavelmente acontecer que o devedor argüa a exceção de prescrição, a qual apenas encobrirá, paralisará ou bloqueará a pretensão. O direito de crédito permanece íntegro, tanto assim que se o devedor, mesmo já estando prescrita a dívida, entender de fazer o pagamento a que estava obrigado não poderá repetir o que pagou (CC, art.882). Além disso, se renunciar à prescrição, como lhe é facultado ou se não argüi-la no processo, este correrá sem que ao juiz seja facultado pronunciá-la de ofício, salvo se em benefício de absolutamente

incapaz ou não tiver a pretensão conteúdo patrimonial (CC, art. 194; CPC, art.219, § 5°).

20. Certos direitos, por outro lado, são despidos de pretensão. Tal é o que sucede com os direitos de crédito resultantes do jogo e da aposta (CC, art.814), também chamados de direitos mutilados[35], e com os direitos potestativos, ou formativos, como são conhecidos e designados no direito alemão desde a clássica conferência de Emil Seckel, pronunciada em 1903, em Berlim[36].

Entre esses direitos potestativos, ou formativos, da espécie dos formativos extintivos, está o de pleitear a decretação de invalidade dos atos jurídicos[37] ou o de pronunciar-lhes diretamente a invalidade, como acontece no exercício da autotuela administrativa. Os direitos formativos não têm pretensão e a eles igualmente não corresponde, no lado passivo da relação jurídica, qualquer dever jurídico. Quem esteja no lado passivo fica, porém, sujeito ou exposto a que, pelo exercício do direito pela outra parte, nasça, se modifique ou se extinga direito, conforme o direito formativo seja gerador, modificativo ou extintivo. No que concerne especificamente ao direito formativo à invalidação de ato jurídico não é diferente. A Administração Pública, quando lhe cabe esse direito relativamente aos seus atos administrativos, não tem qualquer pretensão quanto ao destinatário daqueles atos. Este, o destinatário, entretanto, fica meramente sujeito ou exposto a que a Administração Pública postule a invalidação perante o Poder Judiciário ou que ela própria realize a anulação, no exercício da autotutela administrativa.

21. À luz desses pressupostos, é irrecusável que o prazo do art. 54 da Lei n° 9784/99 é de decadência e não de prescrição. O que se extingue, pelo transcurso do prazo, desde que não haja má fé do interessado, é o próprio **direito** da Administração Pública federal de pleitear a anulação do ato administrativo, na esfera judicial, ou de ela própria proceder a essa anulação, no exercício da autotutela administrativa. Esse prazo não é passível de suspensão ou interrupção, como geralmente sucede, aliás, com os prazos decadenciais. De outro lado, - insista-se - não existe **pretensão** à invalidação[38], pois nada há exigir no comportamento da outra parte, como também nenhum dever jurídico corresponde ao **direito** a invalidar, o que já se ressaltou ser traço característico dos direitos formativos.

22. Alguns têm sustentado, em interpretação muito acanhada da Lei n° 9784/99, que a decadência do direito à anulação só operaria no âmbito da

---

[35] Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol 6°, Rio, Borsoi, 1955, p.40 e segs.

[36] *Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichenrechts,* Darmstadt, 1954, Buchgemeinschaft Wissenschaftlche, Sonderausgabe.

[37] Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. 5, p.243.

[38] Corrigimos aqui o que escrevemos em nosso estudo publicado em RDA 204/21-31, pois, como já havíamos afirmado bem antes, em 1969, («*Atos Jurídicos de Direito Administrativo Praticados por Particulares e Direitos Formativos*» - RDA 95/19-37) o direito a invalidar, como direito formativo que é, não tem pretensão, e, assim, não é passível de prescrição mas só de decadência.

autotutela administrativa, mas que o Poder Público, após o transcurso do prazo do art. 54, teria ainda a possibilidade de pleitear a decretação da invalidade perante o Poder Judiciário.

Ora, o que perece, o que é inexoravelmente extinto pela decadência é o próprio direito à anulação, não importa em que âmbito seja ele exercido, se na esfera da Administração Pública ou na do Poder Judiciário[39].

Não teria qualquer sentido que a extinção do direito apenas se desse no seio da Administração Pública, mas que ele continuasse vivo para que o Poder Público tivesse a possibilidade de exercê-lo em ação judicial. Isso seria ilógico e incongruente, pois ficaria sem explicação a razão pela qual o legislador teria instituído essa limitação para a Administração Pública, restringindo seus poderes de autotutela e criando, por assim dizer, dois direitos à anulação, um para fins administrativos e outro para fins judiciais. Esse entendimento equivocado parece ter origem em outro erro, grave mas não incomum, de que prescrição e decadência são institutos de direito processual e não de direito material. Se assim efetivamente fosse, poderia acontecer que existisse decadência ou prescrição de determinada ação processual, mas que outras ações processuais subsistissem; ou ainda que, embora inexistente ou extinta a ação de direito material à anulação, esta pudesse ser realizada por meio de ação processual. O nosso Código de Processo Civil acertadamente reconhece, porém, em consonância com a mais autorizada doutrina, que decadência e prescrição são institutos de direito material, tanto assim que a decisão que as pronuncia é decisão de mérito[40] .

Extinto, portanto, pela decadência, o direito de anular, não há mais como exercitá-lo, por qualquer maneira ou via. Não se contesta que a lei possa estabelecer a decadência de determinado direito, a ser exercido no campo processual, como, p.ex., o direito de impetrar mandado de segurança no prazo de 120 dias, sob pena de decadência do direito à utilização daquela ação constitucional; ou o direito de propor ação executiva baseada em título de crédito no prazo de três anos. Nessas hipóteses a decadência atinge apenas o direito de exercer determinada ação processual e não o direito material, o qual poderá ser satisfeito por outras vias processuais.

23. Não é isso, porém, o que sucede com o art. 54. O que é atingido pela decadência, nesse preceito, é o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos, não por uma ou mais ações, mas por qualquer tipo ou espécie de ação, quer de direito processual, quer de direito material. A anulação de ato administrativo pelo exercício de autotutela

---

[39] Muitos direitos formativos só podem ser exercidos com a colaboração do Poder Judiciário, em ação de direito processual. Tal é o que ocorre com o exercício do direito a separar-se judicialmente. Em outras situações, como na desapropriação, ao lado da forma consensual da chamada desapropriação amigável, existe a desapropriação que se realiza mediante a ação específica. Sempre é indispensável, entretanto, que exista o direito subjetivo material.

[40] Declara o art. 269: «*Extingue-se o processo* ***com julgamento de mérito*** *(...) IV –* ***quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição***».

administrativa é exercício de ação de direito material, é exercício de direito formativo extintivo.

24. A decadência prevista no art. 54 deve ser conhecida pelo juiz de ofício, consoante o que dispõe, com rigor técnico, o art. 210 do novo Código Civil: «*Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei*», diferentemente do que se passa com a prescrição que, em geral, tem de ser argüida[41].

GRADUAÇÃO DE EFEITOS DA DECADÊNCIA?

25. O art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União diz respeito – é bom repetir – à decadência do direito da Administração de anular seus atos administrativos e não, meramente, a eficácia por eles produzida. Vista a questão por este ângulo, torna fácil perceber que extinto, pela decadência, o direito à anulação, permanece no mundo jurídico o ato administrativo com todos os seus efeitos, como se válido fosse.

Nesse quadro, seria ilógico afirmar que, após o prazo de cinco anos, não poderia mais a Administração modificar os efeitos produzidos no passado, mas poderia sustar os efeitos *pro futuro* do ato administrativo inválido, como afirmado em algumas decisões.

Também já se disse que a disposição do art. 54 é **regra** e não **princípio.** Verificados os seus pressupostos de incidência (transcurso do prazo de cinco anos e boa fé do destinatário), caberá apenas ao juiz ou ao aplicador da regra declarar a decadência, reconhecendo a extinção do direito à anulação do ato e de todos os seus efeitos, em qualquer tempo, no passado e no futuro. A decadência atinge o direito à anulação ou à invalidação na sua integralidade; dele nada sobra, pois a lei não estabelece nenhuma exceção nesse sentido.

Como não cabe ao intérprete ou ao aplicador do art. 54 efetuar qualquer «ponderação» entre princípios, pois, no caso, essa ponderação já foi feita pelo legislador, não tem ele qualquer espaço para estabelecer soluções gradualistas, de maior ou menor intensidade, de maior ou menor extensão, ao reconhecer a decadência. É «tudo ou nada»: ou a decadência se consumou e o ato administrativo se tornou inatingível por providência ulterior da Administração Pública, ou não se consumou, e o ato administrativo, então, pode ser anulado.

Não se pode confundir regra sobre decadência do direito a anular ato jurídico com regra legal que disciplina o ato de anulação ou de declaração de invalidade de ato jurídico. Neste último caso, pode a regra estabelecer quais os efeitos que terá a anulação, se os efeitos serão *ex tunc* ou *ex nunc*, ou se haverá ainda situações intermediárias entre esses dois extremos, ou limites da

[41] Novo Código Civil, art. 194: «*O Juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição, salvo se favorecer a absolutamente incapaz*». Veja-se item 15, acima.

eficácia no futuro. É dessa espécie, por exemplo, a regra do § 48, (2), 3, n°1, da Lei de Processo Administrativo alemã[42]. No plano do nosso Direito Constitucional encontramos símile, como já destacado, nas disposições, do art. 27 da Lei 9866/99 e do art.11 da Lei n° 9882/99, que autorizam o Supremo Tribunal Federal a graduar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei.

Cogitando-se, porém, de decadência, não há meio termo e inexiste qualquer possibilidade de graduação.

QUE DIREITO É ATINGIDO PELA DECADÊNCIA?

26. O direito da Administração Pública que é atingido pela decadência é o de anular seus próprios atos administrativos, (a) quando eivados de vício de legalidade e (b) e quando, desses atos administrativos, decorram efeitos favoráveis para os destinatários.

É o que facilmente se depreende da leitura conjunta dos arts. 53 e 54 da Lei n°. 9.784/99, disposições que estão intimamente correlacionadas. O art. 53, com uma pequena mas importante variante, repete o enunciado na Súmula 473, do STF[43]. Declara o art. 53: «*A administração deve anular seus próprios atos quando eivados de vício de ilegalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade respeitados os direitos adquiridos*». E o art. 54 acrescenta que esse direito de anular refere-se exclusivamente aos atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis. Vejamos com mais vagar essas duas situações.

(a) <u>Atos administrativos ilegais</u> – Quanto a este ponto, cabe esclarecer, inicialmente, se o direito da Administração Pública à invalidação de seus próprios atos administrativos, suscetível de decadência, compreende todo o universo dos atos administrativos defeituosos, por vício de legalidade, ou apenas uma parte deles. Já se vê que para isso será necessário definir, quando menos nos seus traços gerais, qual o sistema de invalidade de atos administrativos que pensamos vigorar no direito brasileiro, uma vez que a legislação nacional só muito incompletamente, na Lei da Ação Popular (Lei n° 4.717, de 29 de junho de 1965) tratou dos vícios dos atos administrativos.

27. Essa lei, já no seu art. 1°, distinguiu entre atos administrativos nulos e anuláveis, estabelecendo, depois, nos arts. 2° e 4°, um catálogo dos atos administrativos nulos. O art. 2° discrimina causas genéricas de nulidade (incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos) e o art. 4° arrola várias espécies de atos e contratos que, por desobediência a

---

[42] Vd. nota 74 infra.

[43] A Súmula 473 do STF está assim redigida: «*A Administração pode anular seus próprios atos,quando eivados de vícios que os tornem 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*».

prescrições indicadas naquela mesma disposição, incorreriam em nulidade. O art. 3°, a seu turno, preceitua que os atos lesivos ao patrimônio público, cujos vícios não se compreendam nas especificações do art. 2°, são anuláveis. Por fim, o art. 21 da Lei da Ação Popular assim declara: «*A ação prevista nesta lei prescreve em cinco anos*».

Como se vê, a lei não esclarece que conseqüências práticas decorrem da nulidade ou da anulabilidade, nem mesmo explicita a que atos se refere o direito atingido pela decadência, uma vez que a regra do art. 21 – que na verdade é de decadência e não de prescrição – tem sido aplicada indiscriminadamente, tanto aos casos de nulidade como aos de anulabilidade. E, dado que a sentença que é proferida na ação popular tem «eficácia de coisa julgada oponível "*erga omnes*", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova...», consoante o art. 18, se a decisão final proferida na ação concluir pela inexistência de nulidade, ninguém mais, em nenhuma outra ação, poderá postular sua decretação e nenhum juiz, de ofício, poderá também pronunciá-la.

28. De qualquer modo, a Lei da Ação Popular lançou as primeiras linhas de um modelo de tratamento da invalidade dos atos administrativos orientado no sentido da instituição de um regime específico, diferente dos consagrados paradigmas do Direito Privado. Não houve, porém, além da Lei da Ação Popular, outro texto legislativo que cuidasse de desenvolver e de melhor articular o sistema, completando-o com disposições mais detalhadas e abrangentes, especialmente na identificação das conseqüências da nulidade e da anulabilidade, disposições em cuja feitura deveriam ser consideradas as ricas contribuições do direito comparado.

29. Esse desenho, que ficou assim embrionário e muito imperfeito, de um sistema de invalidade dos atos jurídicos de Direito Administrativo, tem permitido que o tema continue sendo tratado, na prática dos tribunais, e, por vezes na própria doutrina do Direito Administrativo, dentro de uma perspectiva acentuadamente civilista. É certo que para isso tem contribuído não apenas a ausência de uma Justiça Administrativa no Brasil, composta por juízes especializados, como também a vizinhança com o sistema sempre visitado, por advogados e julgadores, das invalidades no Direito Privado, especialmente no Direito Civil, sistema que foi limpo, depurado, decantado e refinado ao longo de séculos de cuidadosa elaboração.

30. No nosso sistema de Direito Privado, no tocante à invalidade, os negócios jurídicos ou são nulos ou são anuláveis. Diz o art. 166 do novo Código Civil que é nulo o negócio jurídico quando «*I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considera essencial para a sua validade; VI - tiver por objeto fraudar lei imperativa; VII – a lei taxativamente o declarar nulo ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção*». As nulidades «*podem ser alegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir*» (CC art. 168); «*devem ser pronunciadas pelo juiz quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus*

efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitidas suprí-las, ainda que a requerimento das partes» (CC, parágrafo único do art. 168). E remata o art.169, também do Código Civil vigente: «*O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo*».

Em contraste, na dicção do art. 171 do mesmo Código Civil, «*Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores*». E ainda: «*O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro*» (CC, art.172). «*A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade*» (CC, art. 178). Determinam, por fim, os art.178 e 179, respectivamente, que, nos casos de coação, erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão «*é de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico*» e de dois anos «*quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação*».

Se fôssemos transportar, em bloco, esse conjunto de regras - as quais, diga-se de passagem, são mais ou menos comuns nos sistemas de direito privado dos países que se ligam à família do Direito Romano – para o Direito Administrativo, sem alterações e adaptações substanciais, o resultado que obteríamos é que a imensa maioria dos atos administrativos inválidos seria constituída por atos administrativos **nulos**, tendo em vista que, nas mais das vezes, a invalidade do ato administrativo decorre da ilegalidade. De outro lado, as hipóteses de anulabilidade consideradas no Direito Privado, tais como, por exemplo, incapacidade relativa do agente, erro, dolo, coação, fraude contra credores, estado de perigo, são raramente encontradiças nas relações jurídicas de Direito Administrativo, bem ao contrário do que sucede com as relações jurídicas estabelecidas entre os indivíduos.

31. As dificuldades de implantação no Direito Administrativo de enxertos extraídos da teoria das invalidades dos atos jurídicos de Direito Privado – dificuldades que amiúde se transformam em verdadeiras incompatibilidades - são há muito reconhecidas pela doutrina nacional[44].

Na verdade, ao tratar de assegurar, no Direito Administrativo, à semelhança do que acontece no Direito Civil, um largo espaço para os atos

[44] Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio, Konfino, 1950, p.58 e segs.; Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2002, p.197 e segs.; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 407 e segs; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo,* Rio, Forense, 2001, p. 145; Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2002, p.225 e segs.; Diógesnes Gasparin, *Direito Administrativo,* São Paulo, Saraiva, 1992, p. 102 e segs; Weida Zancaner, *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, São Paulo, Malheiros, 1993, p.79 e segs; Carlos Aru Sundfeld, *Ato Administrativo Inválido*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 41 e segs.

administrativos nulos, com todo o seu cortejo de conseqüências (impossibilidade de sanação, de ratificação ou de convalidação; pronunciamento de ofício da invalidade; inexistência de decadência do direito a postular a decretação da sua invalidade, ou a pronunciá-la no exercício da autotutela administrativa), como por vezes ressai de algumas decisões de nossos tribunais, acaba-se por escolher caminho que segue em sentido contrário aos rumos que modernamente tem tomado o Direito Administrativo dos países europeus mais desenvolvidos, que sempre nos influenciaram, e da própria União Européia.

Para resumir em poucas palavras os grandes traços dessas tendências contemporâneas do Direito Administrativo, em matéria de invalidade dos atos administrativos, pode-se dizer que os atos inválidos continuam sendo divididos em atos nulos e em atos anuláveis, como sempre se fez, mas possuindo agora esses qualificativos um outro conteúdo semântico. A diferença com os esquemas de pensamento tradicional está em que os atos administrativos nulos, na concepção atual, constituem um número extremamente diminuto de atos jurídicos, marcados por tão evidente, estridente, manifesto e grosseiro vício que, no direito de alguns países, como a França e a Itália, são eles tidos como atos inexistentes.

32. É esta – a dos atos inexistentes -, como é sabido, uma categoria conceitual elaborada no século XIX para caracterizar atos com toda a aparência de atos jurídicos, mas aos quais faltaria algum elemento indispensável para que assim fossem considerados.

A noção nasceu no direito de família e servia para afastar do mundo jurídico situações que não se afeiçoavam ao perfil conferido à lei para determinadas instituições, como a do casamento. Assim, por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo[45].

No Brasil, a obra de Pontes de Miranda deu novo realce à categoria dos atos jurídicos inexistentes, ao separar, precisamente no tocante aos atos jurídicos, os planos da existência, da validade e da eficácia[46].

Falar-se em atos jurídicos inexistentes parece ser, entretanto, uma contradição nos seus próprios termos. O que não é ou o que não existe no universo do Direito não pode ser qualificado de jurídico. Se isso é incontestável sob o ângulo rigorosamente lógico, não se pode deixar de observar, entretanto, que certos atos são por vezes confundidos com atos jurídicos, notadamente com os atos jurídicos afetados por nulidade absoluta, fazendo-se mister distinguir, nessas situações, entre o que é, mesmo invalidamente, e o que não chegou a existir juridicamente, embora se situasse muito próximo do Direito, numa zona em que, por vezes, poderá haver dificuldade na identificação do ser

[45]Veja-se, a propósito, Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil - Les Obligations, le Contrat* - Paris, L.G.D.J, 1980, p.631.

[46]*Tratado de Direito Privado*, *passim*, mas especialmente vol. 4.

e do não ser, notadamente entre o que não chegou a existir e o que existiu invalidamente[47].

33. Na França, no direito civil, a categoria dos atos jurídicos inexistentes ficou confinada aos casos extremos, absolutamente excepcionais, em que claramente não se verificaram os elementos necessários à configuração de certos atos como jurídicos, ou algum daqueles elementos não se caracterizou. Assim, por exemplo, quando, nos contratos, deixou de haver manifestação de vontade, ou inexistiu qualquer base material capaz de determinar o seu conteúdo[48].

Contudo, no Direito Administrativo francês, a categoria dos atos administrativos inexistentes foi, já no século XX, retirada da penumbra em que repousava no Direito Civil e revigorada com uma outra função e uma outra razão de sustentação, que hoje lhe são reconhecidas.

34. É que os atos inválidos, desde a decisão do Conselho de Estado, no *affaire* Dame Cachet[49], de 1922, só podem ser desconstituídos pela própria Administração no mesmo prazo estabelecido para a interposição do recurso por excesso de poder, que é de sessenta dias, prazo, como se vê, extremamente curto. Expirado esse prazo, o ato inválido não pode mais ser atacado, desconstituído ou eliminado.

Cogitando-se, porém, de ato administrativo inexistente, sempre estaria em aberto a possibilidade de declaração da inexistência, não se lhes aplicando, portanto, o prazo decadencial de sessenta dias.

Não há, entretanto, qualquer critério para distinguir os atos administrativos nulos dos atos administrativos inexistentes. A noção de ato administrativo inexistente é, pois, na expressão de alguns administrativistas eminentes, George Vedel entre eles, uma «noção funcional», de que o juiz se utiliza diante da situação concreta. Ao aperceber-se da gravidade ou da extensão das lacunas verificadas nos fatos com pretensão ao reconhecimento jurídico, o juiz liberta-se das limitações e constrangimentos que a invalidade lhe causaria (como, sobretudo, a impossibilidade de invalidação após o prazo de sessenta dias), invocando a inexistência do ato administrativo.

35. Aqui, como em tantos outros aspectos, o Direito Administrativo francês procede de modo meramente empírico e pragmático. A fixar abstratamente elementos conceituais caracterizadores de uma distinção, por critérios racionais e lógicos, entre nulidade e inexistência dos atos administrativos, prefere ir compondo, topicamente, ao longo dos anos e ao influxo dos casos que vão sendo decididos, uma lista de situações em que a inexistência de atos administrativos é declarada.

---

[47] Veja-se, quanto a este ponto, Miguel Reale, op. cit., p.62 e segs.

[48] J.Ghestin, op. e vol. cits. p.635.

[49] Vd.M.Long/P.Weil/G.Braibant/P.Delvolvé/B.Genevois, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Paris, Sirey,1993, p.221 e segs.

Segundo René Chapus[50], a jurisprudência francesa considera, por exemplo, como juridicamente inexistentes atos: a) emanados de órgãos sem existência legal; b) manifestamente insuscetíveis de serem referidos a um poder detido pela Administração; c) cujo autor não tem poder de decisão; d) que impliquem invasão na competência judiciária; e) de "*nommination pour ordre*", ou seja atos de nomeação que se destinam, na verdade, não a prover determinado cargo público mas a permitir que o interessado obtenha benefícios pessoais com tal nomeação, por lhe ensejar acesso a outra posição ou a outras vantagens[51]; f) que ignoram o limite de idade para a permanência no serviço público e mantêm o funcionário no cargo.

Tais atos inexistentes não criam jamais direitos subjetivos, sendo, pois, revogáveis a qualquer tempo, do mesmo modo que, também a qualquer tempo, podem ter sua inexistência declarada.

Cumpre assinalar, entretanto, que os chamados atos administrativos inexistentes são excepcionalíssimos, sendo muito raramente utilizados os recursos processuais tendentes à declaração de sua inexistência[52].

36. A resultados práticos semelhantes, mas trilhando outros caminhos e adotando outros pressupostos teóricos, chegou o Direito Administrativo alemão. A Lei do Processo Administrativo, de 1976, consigna, no art. 44, alínea 1ª, uma cláusula geral, a propósito do ato administrativo nulo (*nichtig*), assim entendido o viciado por falha grave e manifesta à luz de correta apreciação de todas as circunstâncias que deveriam ter sido tomadas em consideração[53]. No mesmo art. 44, entretanto, existem duas outras alíneas, que completam o sistema legal germânico de nulidades, no Direito Administrativo. Na alínea 2ª há um elenco de atos administrativos reputados nulos, mesmo sem que se implementem os pressupostos previstos na alínea 1ª [54]. Por outro lado, na

---

[50]*Droit Administratif Géneral*, Paris, Montchrestien, 1993,vol. 1, p.807.

[51]René Chapus, *Droit Administratif Géneral*, Paris, Montchrestien,1997, vol.2, p.188 e ss. Assim, por exemplo, quando o funcionário é nomeado ou designado para determinada função só para permitir que ele seja cedido para outra, onde auferirá vangens em seu próprio benefício, sem que haja interersse do serviço público. Corresponderia,entre nós, digamos, à nomeação de funcionário para o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas, só para que ele pudesse aposentar-se nessa posição, o que já aconteceu no passado, quando não havia exigência de prazo mínimo de exercício do cargo.

[52]René Chapus, op. cit. vol I, p.628.

[53]É o que dispõe a alínea 1ª do art. 44 da Lei de Processo Administrativo: «Ein Verwaltungsakt ist nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leided und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offenkundig ist».

[54]. As hipóteses que, mesmo não caracterizada a evidência, implicam a nulidade do ato administrativo são as seguintes : 1. impossibilidade de identificação da autoridade que emitiu o documento; 2. inobservância da regra de forma que prevê a emissão de um documento ; 3. violação da competência territorial prevista no §3º, alínea 1ª, nº1 da Lei de Processo Administrativo (p.ex.: licença para construir exarada por autoridade de município diverso daquele onde se situa o imóvel); 4. impossibilidade de fato (p.ex. ordem de demolição de imóvel já demolido); 5. imposição de prática de ato que tipifica ilícito penal (crime ou contravenção); 6. contrariedade aos bons costumes.(Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfaherensgesetz*, München, C.H.Beck, 1993, p.959 e segs.; especialmente

alínea 3ª, há um rol de atos administrativos que são tidos como válidos, apesar de apresentarem irregularidades[55]. Assim, havendo dúvida quanto à nulidade de determinado ato administrativo, deverá o intérprete cotejá-lo com as listas das alíneas 2ª (rol positivo) e 3ª (rol negativo) do art. 44 e, não estando ele em nenhuma delas, só então poderá ter aplicação a cláusula geral da alínea 1ª, da invalidade grave e manifesta[56].

37. A doutrina e a jurisprudência germânicas aludem, nessa hipótese, à "Teoria da Evidência", o que significa dizer que sendo manifesto e grave o vício que macula o ato administrativo não será invocável o princípio da proteção à confiança, em razão do qual se mantém o ato administrativo, apesar dos seus defeitos, uma vez expirado o prazo para sua invalidação, que é de um ano (parágrafo 48, alínea 4ª, da Lei de Processo Administrativo).

O critério da evidência não é, porém, muito preciso. Evidente para quem? Para o jurista? Para qualquer um do povo? O *standard* geralmente admitido é o da pessoa atenta e de bom senso. Mas a dificuldade também não pára aí: o que se deverá entender por vício grave? Tem-se afirmado que será o vício formal ou substancial absolutamente inconciliável com a ordem jurídica. Mas, já se disse, a gravidade, *per se*, não é suficiente para conduzir à nulidade. Deverá estar associada à evidência. Assim, o ato contrário à Constituição ou violador de direito fundamental não é, só por essas razões, nulo. Nesse sentido é que se manifestam os reputados comentaristas da Lei de Processo Administrativo, Stelkens, Bonk e Sachs, ao sustentarem, com apoio na jurisprudência germânica, que, por si só, a hostilidade a um importante preceito jurídico, até mesmo a uma norma constitucional como a do art. 20, § 3° da Lei Fundamental, ou a um direito fundamental, não leva à nulidade. A contrariedade deve ir além da equivocada interpretação e ser insuportável para o ordenamento jurídico, desse modo ferido no mais alto grau, a tal ponto que ninguém seria capaz de reconhecer força vinculativa ao ato administrativo assim exarado[57].

Do complicado sistema de nulidades, atualmente vigente no direito alemão, a conclusão que se tira, em síntese apertada, é a de que os atos administrativos nulos, na forma do art. 44 da Lei de Processo Administrativo, à semelhança do que ocorre com os atos administrativos inexistentes, no direito francês, situam-se na área mais profunda e obscura da patologia jurídica, compreendendo um número reduzido de casos e situações excepcionais, que

---

p.978; e segs;. Hartmut Maurer, op. cit., p.252 e segs.,com relação aos exemplos, p.263; Erichsen, op-.cit, p.291; H.J.Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, München, C.H.Beck, 1994, *Verwaltungsrecht I*, p.698 e segs.).

[55] Não acarretam a nulidade do ato administrativo: 1. outros vícios relacionados com a competência territorial; 2. a participação, na sua elaboração, de pessoas excluídas pela lei dessa participação; 3.falta da cooperação, exigida em lei, de uma outra autoridade.

[56] Erichsen, op. cit.,p.292, dá alguns exemplos de atos administrativos nulos, pela aplicação da cláusula geral do § 44, tirados da jurisprudência, entre eles este de impossibilidade jurídica: ato de aposentadoria no serviço público de quem não era servidor público.

[57] Op. cit., p.980

poderíamos até mesmo chamar de teratológicas. É por isso que não se beneficiam do princípio da segurança jurídica, nem das regras sobre decadência do direito da Administração Pública de invalidá-los, prevalecendo sempre, quanto a eles, o princípio da legalidade. Nos demais casos – que são a regra - os atos administrativos viciados de ilegalidade, enquanto não forem desconstituídos, continuarão a produzir efeitos jurídicos, estando o direito à invalidação, de que é titular a Administração Pública, sujeito às regras sobre decadência.

38. Padrões não muito diferentes desses que vigoram no direito francês e alemão, e que sucintamente descrevemos, imperam igualmente no direito italiano. Também lá a nulidade dos atos administrativos ou dos *provvedimenti administrativi*[58], é excepcional e comumente identificada, como na França, com a inexistência. Sandulli arrola diversas hipóteses de inexistência, decorrentes, por exemplo, da indeterminação do conteúdo do ato (v.gr., ato de autorização que não precisa, de modo suficiente, o que se está autorizando), da impossibilidade do objeto (v.gr., delegação a particular de competência que só pode ser exercida por entidade pública) ou da licitude do objeto (v.gr. ordem de submeter um detento a tortura), de incompetência absoluta do agente (v.gr.invasão de agente administrativo na competência do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário)[59]. Esses atos subordinam-se ao mesmo regime dos atos nulos no Direito Civil: não produzem qualquer efeito; pode sua invalidade ser argüida, a qualquer tempo, por qualquer pessoa ou ser pronunciada de ofício pelo juiz, o que importa também afirmar que a eles não se aplicam as normas sobre prescrição ou decadência. Todos os demais atos ilegítimos, porque contrários à lei, são meramente anuláveis.

39. O direito comunitário europeu acolheu, sincreticamente, as contribuições das nações da União Européia, em matéria de invalidade dos atos administrativos, como se verifica de algumas decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, especialmente da proferida a 27 de fevereiro de 1992, em caso em que eram interessados BASF AG e Outros.

Naquela decisão a Corte assim se pronunciou:

> « o juiz comunitário, inspirando-se em princípios estabelecidos pelos ordenamentos jurídicos nacionais, declara inexistentes os atos afetados por vícios particularmente graves e evidentes (sobre a noção de inexistência jurídica dos atos comunitários vejam-se as sentenças de 10 de dezembro de 1957, Societé des Usines à tubes de la Sarre/Haute Autorité, 1/57 e 14/57, Rec. P. 201; 21 de fevereiro de 1974 Kostner e.a./Conseil, 15/73, Rec. p. 177; 26 de fevereiro de 1987, Consorzio Cooperative d´Abruzzo/Comission, 15/85, Rec., p.1005; 30 de junho de 1988. Comission/Republique Hélenique, 226/87, Rec., p. 3611, e 27 de

[58] Sobre a distinção entre *atto e provvedimenti administrativi*, vd. Rocco Galli, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova, Cedam, 1994, p.458 e segs.

[59] *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, Jovene, 1974, p.466. Veja-se, também, F.Caringella, L.Delpino e F. Del Giudice, *Diritto Amministrativo,* Napoli, Simone, 2002, p.531 e segs.

junho de 1991, Valverde Mordt/Cour de Justice, 156/1989, não publicada no Recueil). É matéria de ordem pública e como tal pode ser incondicionalmente invocada pelas partes e deve ser pronunciada de ofício pelo juiz»[60]

É irrecusável, portanto, nos países europeus de tradição jurídica semelhante à nossa, que fortes correntes paralelas na evolução dos respectivos sistemas de Direito Administrativo, partindo de pontos distintos acabaram por encontrar soluções muito parecidas, desse modo convergindo para a construção de uma teoria comum das invalidades dos atos administrativos, que atualmente se reflete nas decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia.

40. Não me parece despropositado procurar trazer para o Direito brasileiro algumas das concepções básicas que informam – creio que já se possa dizer assim – o sistema europeu ou a teoria européia das invalidades dos atos administrativos e que é, ao fim e ao cabo, de surpreendente simplicidade. Podemos sintetizá-la nos seguintes termos:

(a) Atos administrativos nulos

a.1 - Redução das hipóteses de nulidade dos atos administrativos aos casos patológicos exarcebados, consistentes em vícios gravíssimos, grosseiros, manifestos e evidentes, independentemente da hierarquia da norma violada, se da Constituição ou da legislação ordinária..

a.2 - Só estas invalidades podem ser decretadas de ofício pelo juiz. O direito dos interessados a postular a decretação da nulidade não está sujeito à decadência, podendo a Administração decretá-la, portanto, a qualquer tempo, no exercício da autotutela.

a.3 - Os atos maculados por nulidade situam-se no limite com a inexistência e não produzem qualquer efeito desde sua origem.

---

[60] Alejandro Nieto, no Estúdio Preliminar que escreveu à guisa de prefácio ao livro de Margarita Beladiez Rojo, *Validez y Eficácia de los Actos Administrativos*, Madrid, Marcial Pons,1994, p.14. Logo a seguir, p. 15, o mesmo autor transcreve trecho de Informação do Advogado Geral Jean Mischo, que é particularmente elucidativo: «Deduz-se de um estudo comparativo que a maioria dos Direitos dos Estados membros conhecem hipóteses nas quais o ato irregular, pelo fato da gravidade do vício de que padece, considera-se que não surte nenhum efeito jurídico, nem mesmo provisional, de maneira que nem seu destinatário nem seu autor devem respeitá-lo, inclusive sem que seja necessária uma intervenção prévia do juiz. Para determinados Direitos semelhantes atos são inexistentes, para outros são nulos de pleno direito. Todos esses Direitos reservaram a hipótese pura e simples de um ato semelhante aos casos excepcionais de uma irregularidade tão grosseira e evidente que os vícios de que padecem saltam imediatamente à vista. Semelhante irregularidade flagrante parece que se dá essencialmente em casos extremos, como a usurpação manifesta de funções, a ausência de qualquer assinatura, o caráter irreal incerto ou ilícito do objeto do ato que supera em muito a irregularidade formal procedente de uma avaliação errônea dos fatos ou de uma ignorância da lei»

(b) Atos administrativos anuláveis

b.1 - Todos os demais atos administrativos viciados de ilegalidade ou de inconstitucionalidade são anuláveis.

b.2 - Os direitos e as pretensões relacionados com os atos anuláveis estão sujeitos às regras sobre decadência e prescrição e tais atos não podem ser anulados de ofício pelo juiz.

b.3 - Enquanto não anulados, os atos administrativos produzem efeitos.

41. Creio, também, que a esses resultado se pudesse chegar por uma interpretação estrita e rigorosa das hipóteses de nulidade referidas no art. 2° da Lei da Ação Popular (Lei n° 4.717/65), de tal sorte que só nos casos extremos de cada uma das hipóteses ali enumeradas é que se caracterizaria a nulidade.

Quanto aos atos que não chegaram a se constituir como atos jurídicos, pela ausência de elemento essencial exigido pelo ordenamento jurídico, por imperativos lógicos insuperáveis deverão continuar a ser considerados como atos administrativos inexistentes; atos que ficaram fora do mundo jurídicos e que, por essa razão, não se confundem com atos administrativos nulos ou anuláveis. Nulidade e anulabilidade são juízos de valor, que supõem, necessariamente, a existência. A distinção que, no campo processual, se estabelece entre atos inexistentes juridicamente e atos inválidos, é que, no concernente aos primeiros, a sentença que reconhece não terem eles ingressado no mundo jurídico é meramente declaratória, enquanto que a sentença que pronuncia a nulidade é constitutiva-negativa.

Em muitos casos, porém, é tão tênue o fio que serve de fronteira entre a inexistência e a nulidade, que é muito difícil estabelecer se uma ou outra se teria verificado. Pense-se, por exemplo, no ato administrativo de nomeação de servidor público assinado por agente subalterno de Ministério, ou de autorização de funcionamento de casa de prostituição infantil, ou de aposentadoria, como servidor público, de quem não era servidor público. Uma vez, porém, que as conseqüências práticas do tratamento de um ato como inexistente juridicamente ou como ato administrativo nulo não diferem substancialmente, tal distinção é despida de interesse operativo, muito embora seja importante e ineliminável no plano lógico, e, como vimos, também no plano processual.

42. Haverá, entretanto, numerosíssimas outras hipóteses de atos administrativos em que a mancha de ilegalidade não esteja marcada com tanta intensidade e não seja igualmente tão manifesta e evidente, embora se enquadrem em alguma das categorias genéricas previstas no art. 2° da Lei da Ação Popular. Esses atos seriam tidos como meramente anuláveis.

(b) Atos administrativos favoráveis - A decadência do direito da Administração Pública de anular atos administrativos viciados de ilegalidade

refere-se, exclusivamente, a «atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários», como está expressamente consignado no art. 54 da Lei n° 9.784/99. Os atos administrativos desfavoráveis ou restritivos podem, em princípio, ser anulados a qualquer tempo.

43. Entre as muitas classificações dos atos administrativos há a que os distingue pelo caráter positivo ou negativo dos efeitos que produzem para os seus destinatários. Quando o ato administrativo gera ou reconhece direitos, poderes, faculdades ou vantagem juridicamente relevante[61] ou ainda elimina deveres, obrigações, encargos ou limitações a direitos dos destinatários, dilatando seu patrimônio ou sua esfera jurídica, é ele qualificado como ato administrativo favorável, benéfico ou ampliativo, em oposição aos atos administrativos desfavoráveis, onerosos ou restritivos, que criam deveres, obrigações, encargos, limitações ou restrições para as pessoas a que se endereçam.

44. Essa distinção, que é originária do direito alemão (*Begünstigende und nicht begüstigende oder belastende Verwaltungsakte*[62]), nasceu e ganhou importância no Estado Social de Direito ou no Estado Providência, em razão do imenso desenvolvimento que nele teve a assim chamada «Administração Prestacional» (*Leistungsverwaltung*) – que é aquela que concede benefícios e vantagens aos indivíduos – a ponto de deixar em segundo plano a Administração Pública tradicional, a «Administração Coercitiva» (*Eingriffsverwaltung*) incumbida de impor deveres e obrigações, mediante formas unilaterais e imperativas de atuação.

45. No entanto, os efeitos do ato administrativo, vistos pela perpectiva dos destinatários, não são só positivos ou só negativos. Por vezes eles têm eficácia mista[63], sendo em parte favoráveis e em parte desfavoráveis. Tal é o que acontece, por exemplo, quando uma autorização é concedida mediante o pagamento de determinada taxa ou quando pedido do interessado é atendido apenas em parte Por outro lado, no mundo moderno, freqüentemente o ato administrativo que beneficia determinada pessoa é desfavorável a outra ou a outras pessoas. É muito comum que o deferimento de um pedido de vantagem implique o indeferimento de outros pedidos análogos.

Para fins, porém, de revogação ou de anulação de ato administrativo a autoridade competente levará em conta apenas o aspecto positivo do ato

---

[61] A Lei de Processo Administrativo alemã, no seu §48,1.2, define o ato favorável como sendo aquele que cria ou reconhece um direito ou uma vantagem juridicamente relevante, vd infra, nota 74

[62] Veja-se H. Maurer, op. cit., p.207-208; Hans Uwe Erichsen, em Erichsen et alii , *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter, Berlin-New York, 1995, p.298 e segs.

[63] V. Erichsen, op. cit., p.299.

administrativo, mesmo quando ele não puder ser separado do aspecto negativo[64].

46. Há situações, ainda, em que um ato desfavorável é substituído por outro, também desfavorável, mas mais brando do que o anterior. Nesse caso se tem entendido que o segundo ato, se comparado com o primeiro, deu causa a efeitos favoráveis ao destinatário, o que colocaria o ato administrativo, portanto, no campo de abrangência do art. 54 da Lei n° 9.784/99[65]. É óbvio, também, que se classifica como ato administrativo desfavorável o que revoga ou anula ato administrativo favorável.

Se o ato administrativo gerou direito subjetivo para alguém ou qualquer outra vantagem juridicamente relevante, não poderá mais ser revogado, ainda que seja desfavorável a outrem. Do mesmo modo, bastará que o ato administrativo seja favorável para o destinatário imediato para sujeitar sua anulação, quando ilegal, ao prazo decadencial do art. 54 da Lei n° 9.784/99.

BOA FÉ

47. A regra do art.54 da Lei n° 9.784/99, por traduzir, no plano da legislação ordinária, o princípio constitucional da segurança jurídica, entendida como proteção à confiança, tem como pressuposto a boa fé dos destinatários. A decadência do direito da Administração à anulação não se consuma se houver má fé dos destinatários. Não está em questão a má fé da Administração Pública ou da autoridade administrativa. Assim, mesmo existente esta, se os destinatários do ato administrativo estavam de boa fé e houve o transcurso do prazo qüinqüenal sem que o Poder Público houvesse providenciado na anulação do ato administrativo ilegal, configuraram-se todos os requisitos para a incidência e aplicação do art. 54, perecendo, pela decadência, o direito à anulação.

O preceito não exige que «a confiança do destinatário seja digna de proteção», o que se comprovaria por atos concretos por ele realizados (p.ex., «haver consumido a prestação recebida ou ter efetuado disposição patrimonial cujo desfazimento não fosse mais possível ou que implicasse desvantagem não razoável), como determina o § 48, (2) da Lei de Processo Administrativo alemã[66] .

---

[64] Stelken/Bonk/Sachs, op. cit.; p.1079. Erichsen dá como exemplo de eficácia mista inseparável o de uma licença para construir que só em parte atende ao pedido do interessado (Op. cit., p.300).

[65] Observa Javier Garcia Luengo que «*na doutrina alemã se entende... que a proteção da confiança cabe também com relação aos atos " desfavoráveis", naquelas hipóteses em que a Administração pretende retirar um ato restritivo, substituindo-o por outro ainda mais restritivo*...» (op. cit. p. 288).

[66] Curiosamente, a jurisprudência do STF introduziu no direito brasileiro essa linha do pensamento jurídico germânico no que concerne às licenças para construir, só reconhecendo a

48. A boa fé, a que alude o preceito, quer significar que o destinatário não tenha contribuído, com sua conduta, para a prática do ato administrativo ilegal. A doutrina alemã, neste ponto, fala numa «área de responsabilidade» (*Verantwortungsbereich*) do destinatário [67]. Seria incoerente proteger a confiança de alguém que, intencionalmente, mediante dolo, coação ou suborno, ou mesmo por haver fornecido dados importantes falsos, inexatos ou incompletos, determinou ou influiu na edição de ato administrativo em seu próprio benefício.

49. Questão complexa é a que diz com o conhecimento da ilegalidade do ato administrativo pelo destinatário, ou seu desconhecimento, por grave negligência (*infolge grober Fahrlässigkeit*), que, no direito alemão, é excludente da aplicação do princípio da proteção à confiança[68].

Desde logo não se pode esquecer que a proteção da confiança do destinatário, no tocante aos atos administrativos, resulta da presunção de legalidade de que esses atos gozam. É a Administração Pública que tem o dever de exarar atos administrativos que estejam em plena conformidade com as leis e com a Constituição.

De outra parte, é muito comum que os atos administrativos contemplem um grande número de beneficiários, como freqüentemente ocorre, por exemplo, nas relações com servidores públicos. Os destinatários, nesses casos, têm, de regra, níveis diferenciados de conhecimento e de informação. Assim, conquanto alguns pudessem ter dúvidas quanto à legalidade das medidas que os favoreciam, outros estariam convencidos de que as medidas seriam legítimas, tornando-se muito difícil, se não impossível, determinar quem teria conhecimento da ilegalidade e quem não teria; quem desconheceria a ilegalidade por negligência grave e quem, apesar de diligente, dela não tomara conhecimento. Como se percebe, análises dessa espécie dariam margem a juízos altamente subjetivos e a tratamentos desiguais, baseados nesses mesmos juízos, o que facilmente poderia escorregar para a arbitrariedade.

Além disso, até nas situações individuais em que o número de beneficiários fosse restrito ou se reduzisse a uma única pessoa, será forçoso admitir que eventuais dúvidas sobre a legalidade iriam gradativamente perdendo relevo, à medida que o tempo fosse passando, sendo a pouco e pouco suplantadas, desse modo, pela crescente e sempre mais robustecida confiança na legalidade do ato administrativo.

50. Os precedentes apontam nesse sentido. A jurisprudência de nossos tribunais, como se viu, tem mantido situações ilegais, assim reconhecidas pela Administração Pública, mas que ficaram provisoriamente

---

existência de direito subjetivo quando o destinatário tivesse iniciado as obras (*Ins-Werk-setzen)* e houvesse concluído as fundações. O *leading case* nessa matéria foi o acórdão proferido pela 2ª Turma, no Recurso Extraordinário n°85.002, de São Paulo, de que foi relator o Ministro Moreira Alves. (RDA 130/252).

[67] Cf. Stelkens/Bonk/Sachs, op. cit., p. 1062.)

[68] Esta hipótese está prevista no § 48 (2).3, da Lei de Processo Administrativo alemã.

sustentadas por liminares concedidas pelo Poder Judiciário, mesmo quando a decisão final, proferida após o transcurso de largo lapso de tempo, foi desfavorável ao interessado. Igualmente, nos abundantes casos de alunos de estabelecimentos de ensino superior que, só após volvidos anos da conclusão dos cursos e da expedição do respectivo diploma, verificou-se a existência de falhas em seus currículos (p. ex., falta de disciplinas que deveriam ter sido cursadas), nunca se questionou se essas pessoas tinham conhecimento de tais irregularidades ou as desconheciam por grave negligência. Isso, portanto, sempre pareceu irrelevante.

51. Aliás, tais perquirições sobre o conhecimento da ilegalidade são também desconhecidas no direito francês, onde a investigação da boa fé do destinatário, para efeito da aplicação ou não do prazo decadencial de sessenta dias, se esgota na apuração da existência de manobras fraudulentas do interessado na obtenção do ato administrativo que o beneficiou[69].

O PRAZO DECADENCIAL

52. O prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei n° 9.784/99 é de cinco anos contados da data em que foram praticados. A data do ato comprova-se, geralmente, pelo meio utilizado para sua comunicação aos interessados (publicação oficial e outras formas previstas no art. 26, § 3° da Lei n° 9.784/99). Em caso de dúvida ou de discrepância entre a data do ato e a da sua comunicação, há de prevalecer a data do ato, pois assim determina a lei. Como prazo decadencial que é, não é suscetível de suspensão ou de interrupção (C.Civ., art. 207).

Estatui o §1° do art. 54 que, «no caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á do primeiro pagamento». Vencimentos e demais vantagens remuneratórias de servidor público, proventos de aposentadoria, pensões, são prestações que se repetem no tempo, assim como sucede também, por vezes, com as subvenções. O primeiro pagamento, nessas hipóteses, marca o início do prazo decadencial.

53. Houve, no passado, no Brasil, discussão sobre qual deveria ser o prazo de decadência do direito da Administração Pública de invalidar seus próprios atos administrativos. José Frederico Marques chegou a propor que esse prazo fosse o mesmo do mandado de segurança, como lembra Miguel Reale no seu livro *Revogação e Anulamento dos Atos Administrativos*.[70] O

---

[69] C.E. 17 de março de 1976, *Todeschini,* Rec.157;C.E.17 de junho de 1955, *Silberstein*, Rec. 334; 12 de dezembro de 1986, *Thshibangu*, Rec. 279 – cf. M.Long, P.Weil, G.Braibant, P.Delvolvé,. B.Genevois, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Paris,1993, Sirey, p.224 e 226 (observações ao *affaire* Dame Cachet).

[70] Forense, Rio,1968, p.87. Em outra passagem, acentua Reale : «Escreve com acerto José Frederico Marques que a subordinação do exercício do poder anulatório a uma 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, no qual é uma das peças basilares, mas é extensível a todos os ordenamentos jurídicos, visto como

ilustre processualista paulista pretendia, assim, adaptar ao direito brasileiro, a solução adotada no direito francês, a partir da decisão do Conselho de Estado, no *affaire* Dame Cachet, de 1922, a qual fixou o entendimento de que a Administração Pública poderia anular seus atos administrativos ilegais no mesmo prazo estabelecido para a interposição do «recurso por excesso de poder», o qual, grosso modo, pode-se dizer que tem alguma correspondência com o nosso mandado de segurança[71].

A realidade brasileira não recomendaria, entretanto, que se adotasse prazo decadencial de cento e vinte dias, que seria ainda muito curto. O prazo de cinco anos, estabelecido pelo art. 54 da Lei n° 9.784/99, está em harmonia com outros prazos, prescricionais ou decadenciais, instituídos em nosso ordenamento jurídico. É de cinco anos o prazo para a propositura da ação popular, prazo este que é decadencial, embora o art. 21 da Lei n° 4.717/65 (Lei da Ação Popular) declare que «*a ação prevista nesta lei* ***prescreve*** *em cinco anos*». Tal prazo flui inapelavelmente, não sendo suscetível de interrupção ou de suspensão, do mesmo modo como sucede com o prazo para a impetração de mandado de segurança. Também é de cinco anos o prazo para propositura de ação de improbidade administrativa (Lei n° 8.429/92, art.23), igualmente de natureza decadencial e igualmente imune, pois, à interrupção ou à suspensão. O prazo geral de prescrição de pretensões contra a Fazenda Pública é de cinco anos (Decreto n° 20.910/32). São de cinco anos os prazos, decadenciais ou prescricionais, previstos nos arts. 168, 173 e 174 do Código Tributário Nacional[72].

Parece-nos, por outro lado, que a solução do legislador brasileiro foi mais feliz do que a estabelecida pelo direito francês, onde o prazo de dois meses é exageradamente exíguo, ou pelo direito alemão, pois o § 48 da Lei de Processo Administrativo - que instituiu, para determinadas hipóteses, o prazo decadencial de um ano, para o exercício do direito à anulação -, em virtude de sua complicada redação e com os inúmeros problemas daí resultantes[73],

---

corresponde a uma tripla exigência, de *regularidade normativa*, de *economia de meios e formas* e de *adequação à realidade 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, for preterido algum dos momentos essenciais à sua ocorrência; forem 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, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu se constituíssem 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» (p.85-86).

[71] Solução análoga adotou o direito português, no art. 141 do seu Código do Procedimento Administrativo: «*Os actos administrativos que sejam inválidos só podem ser revogados com fundamento na sua invalidade e dentro do prazo do respectivo recurso contencioso ou até a resposta da entidade recorrida*»

[72] Confira-se, sobre prazos prescricionais ou decadenciais no Direito Público,Luis Roberto Barroso, *Temas de Direito Constitucional*, Rio, Renovar, 2002, p.506 e segs.

[73] Veja-se, a propósito, Hartmut Maurer, op. cit.., p.288 e segs.

acabou por não atingir eficientemente o fim buscado de assegurar a estabilidade das relações jurídicas e a paz social[74].

[74] O § 48 tem este enunciado:

« (1) O ato administrativo contrário ao Direito, mesmo após tornar-se inimpugnável (*Unanfechtbar*), pode ser anulado, total ou parcialmente, com eficácia para o futuro ou para o passado. O ato administrativo, constitutivo de direito ou de vantagem juridicamente relevante (ato administrativo favorável ou benéfico) só pode ser anulado com as restrições das alíneas 2 a 4.

(2) O ato administrativo que institui ou é pressuposto de uma única ou de duradoura prestação pecuniária ou de prestação material divisível, não pode ser anulado quando o favorecido confiou na permanência do ato administrativo e sua confiança, ponderada com o interesse público na anulação, for digna de proteção. A confiança é, via de regra, digna de proteção quando o favorecido consumiu a prestação ou a aplicou em disposição patrimonial a qual ele não poderá mais desfazer, ou cujo desfazimento implique desvantagem que não seria razoável. O favorecido não pode invocar a confiança quando:

1. conseguiu, mediante artifício doloso, coação ou suborno, que o ato administrativo fosse exarado;

2. deu causa ao ato administrativo em razão de informações que, em aspectos substanciais, eram incorretas ou incompletas;

3. conhecia a contrariedade do ato administrativo ao Direito ou não poderia, sem culpa grave, desconhecê-la.

Nos casos do inciso 3, a anulação tem, de regra, efeito retroativo. As prestações já pagas devem ser ressarcidas. Para a determinação do montante do ressarcimento aplicam-se as disposições do Código Civil pertinentes à restituição, no enriquecimento injustificado. O obrigado à restituição pela ocorrência dos pressupostos do inciso 3 não pode invocar a ausência de enriquecimento, uma vez que as circunstâncias que fundamentavam a contrariedade do ato administrativo ao Direito eram por ele conhecidas ou, por culpa grave, as desconhecia. A prestação a ser restituída deve ser fixada pela Administração juntamente com a anulação do ato administrativo.

(3) Na hipótese de anulação de um ato administrativo contrário ao Direito, que não esteja compreendido na alínea 2, deverá a Administração indenizar o destinatário, a requerimento deste, pelo prejuízo sofrido, uma vez que ele confiou na manutenção do ato administrativo, desde que sua confiança, ponderada com o interesse público, seja digna de proteção. Dever-se-á aplicar a alínea 2 inciso 3. O valor do prejuízo a ser indenizado não poderá ser maior do que o valor do interesse que o destinatário tinha na manutenção do ato administrativo. O valor da indenização será fixado pela Administração. A pretensão (ao ressarcimento) só poderá ser exercida dentro do prazo de um ano; o prazo se inicia com a comunicação feita pela Administração ao destinatário.

(4) Tomando a Administração ciência de fatos que justifiquem a anulação de ato administrativo contrário ao Direito, a anulação só será admissível no prazo de um ano, a contar da data da ciência. Isso não se aplica às hipóteses da alínea 2, inciso 3, n° 1.

(5) Após a inimpugnabilidade do ato administrativo, decidirá sobre a anulação a autoridade que, segundo o § 3°, for competente. Isto também se aplica quando o ato administrativo for exarado por outra autoridade.

(6) Para controvérsias sobre prestações a serem restituídas, conforme a alínea 2, ou sobre a indenização de danos, segundo a alínea 3, a via jurídica é a do contencioso administrativo (*Verwaltungsrechtsweg*), desde que não se trate de indenização por intervenção equiparada à desapropriação».

ATOS DE EXERCÍCIO DO DIREITO DE ANULAR IMPEDITIVOS DA DECADÊNCIA

54. Declara o § 2° do art. 54 da Lei n° 9.784/99: «*Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato*». Por outro lado, o art.1°, § 2°, III da mesma lei define «*autoridade*» como sendo «*o servidor ou agente público dotado de poder de decisão*». Portanto, só ato de quem esteja investido do poder de **decidir** sobre a anulação do ato administrativo em causa é que impede que se opere a decadência, seja ela a própria autoridade que exarou o ato administrativo, seja autoridade hierarquicamente superior ou a quem tenha sido legalmente atribuída competência para revisar, em função de controle, a legalidade do ato administrativo. Desse modo, opiniões manifestadas em atos preparatórios, como pareceres e informações, não têm o condão de atingir esse resultado, a menos que aprovados por autoridade, no sentido que acabamos de expor.

A DECADÊNCIA APLICA-SE RETROATIVAMENTE OU, PARA O PASSADO, INCIDE APENAS O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA?

55. A regra do art. 54 da Lei nº 9784/99, como normalmente acontece com as regras jurídicas, tem, por certo, vocação prospectiva, isto é, sua aplicação visa ao futuro e não ao passado. Quer isso dizer, portanto, que o prazo de cinco anos fixado naquele preceito, tem seu termo inicial na data em que a Lei nº 9.784/99 começou a viger, até porque a atribuição de eficácia retroativa à norma legal instituidora do prazo de decadência muito possivelmente atingiria situações protegidas pela garantia constitucional dos direitos adquiridos.

Entretanto, a vigência do princípio constitucional da segurança jurídica é bem anterior à Lei n° 9.784/99 e é ele que torna compatível com a Constituição o art. 54 daquele mesmo diploma, quando confrontado com o princípio da legalidade. Na verdade, se inexistisse, como princípio constitucional, o princípio da segurança jurídica, não haveria como justificar, em face do princípio da legalidade, a constitucionalidade do art. 54 da Lei n° 9.784/99, valendo o mesmo raciocínio para as demais regras de decadência ou de prescrição existentes em nosso ordenamento jurídico.

Bem se vê, portanto, que as situações que se constituíram anteriormente à entrada em vigor do art. 54 da Lei n° 9.784/99, devem ser solucionadas à luz do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da proteção à confiança, ponderado juntamente com o princípio da legalidade, exatamente como procedeu o STF no MS 22357/DF. Anteriormente à Lei n° 9.784/99, para os que não reconheciam a existência de prazo prescricional de cinco anos (que, em alguns casos era decadencial, como sucedia, por exemplo, com o direito à invalidação de ato administrativo), para as pretensões ou direitos do

Poder Público contra os particulares[75], ficava ao prudente arbítrio do julgador ou do aplicador do direito determinar, diante das peculiaridades do caso concreto, qual a extensão do prazo, após o qual, não ocorrendo a má fé dos destinatários do ato administrativo, ficaria a Administração Pública inibida de anulá-lo, para, desse modo, assegurar a estabilidade das relações jurídicas com base no princípio da segurança jurídica. Para essas situações, o art. 54 da Lei n° 9.784/99 deu a medida do que seria «prazo razoável» para influir no juízo de precedência do princípio da segurança jurídica sobre o da legalidade, no cotejo ou no *balancing test* entre esses dois princípios, em face da prolongada inação da Administração Pública no que diz com o exercício do seu poder – (que para nós é um poder-dever) – de autotutela.

56. Entenda-se bem: não se está postulando a atribuição de eficácia retroativa ao prazo do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União. O que estamos afirmando é que essa lei, ao instituir prazo de decadência do direito à invalidação, em regra inspirada no princípio da segurança jurídica, introduziu no nosso sistema jurídico parâmetro indicador do lapso de tempo que, associado a outras circunstâncias, como a boa fé dos destinatários do ato administrativo, estaria a recomendar, após o seu transcurso, a manutenção do ato administrativo inválido.

Contudo, nas hipóteses anteriores ao início da vigência do art. 54 da Lei n° 9.784/99, diante do caso concreto, da situação fática objetivamente considerada e da ponderação dos princípios da legalidade e da proteção à confiança poderá o aplicador desses princípios entender que, malgrado o transcurso de cinco anos, não seria a confiança do destinatário digna de proteção, em virtude da intercorrência de outros fatores, que não se relacionam com a boa fé dos destinatários mas sim, digamos, com o interesse social ou com a relevância de valores jurídicos feridos, entendendo, em conclusão, que o princípio a ser aplicado seria o da legalidade e não o da segurança jurídica.

Cogitando-se, porém, da aplicação do art. 54 da Lei n° 9.784/99, já se viu que não há essa ponderação de princípios (que já foi feita pelo legislador), incumbindo ao aplicador tão somente subsumir a situação fática na regra jurídica - ou o suporte fático real no suporte fático legal - tirando daí a conseqüência jurídica, que será a ocorrência, ou não, da decadência do direito à invalidação.

Aliás, é assim que se procede em outros países, onde – diferentemente do que se passa na França, na Alemanha, em Portugal e, agora, no Brasil – o ordenamento jurídico não tem norma que fixe prazo de decadência do direito da Administração Pública de anular seus próprios atos.

---

[75] Hoje pode-se dizer que a maioria dos autores de Direito Administrativo sustenta que é qüinqüenal o prazo de prescrição, ou de decadência, das pretensões ou direitos também do Poder Público contra os particulares, com base em interpretação do Decreto-Lei n° 20.910, de 6 de janeiro de 1932 ou na legislação posterior, de direito público que, de regra, tem fixado o prazo de cinco anos para o exercício de pretensões ou direitos do Estado contra os indivíduos. É nesse sentido que se manifestam Celso Antônio Bandeira de Mello (op. cit., p.889 e segs.), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (op. cit., p.610), Diógenes Gasparini (op. cit., p. 105).

57. Na aplicação, porém, do **princípio** da segurança jurídica (proteção à confiança) e não da **regra** decadencial, há situações que praticamente impõem a manutenção do *status quo* (*Bestandschutz*), - com o afastamento, portanto, do princípio da legalidade - como aquelas, por exemplo, que envolvem proventos de aposentadoria ou pensões, em que a anulação, ainda que só com eficácia *ex nunc*, implicaria grave modificação das condições de vida dos beneficiários que confiaram em que as vantagens seriam mantidas[76]. Ainda para exemplificar, em análoga situação se encontraria o beneficiário de empréstimo concedido por entidade pública, mediante ato administrativo, para construção de casa, que viesse a ser surpreendido, já estando em andamento a construção, pela suspensão das parcelas faltantes do empréstimo, sob a alegação de que teria ocorrido ilegalidade na concessão do mútuo, apesar de induvidosa a boa fé do interessado.

VI. O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E OS ESTADOS E MUNICÍPIOS

58. As disposições constantes na Lei do Processo Administrativo da União não se aplicam aos Estados e Municípios. A União, além disso, não tem competência constitucional para legislar sobre processo administrativo das demais entidades que integram a Federação. É óbvio, pois, que o prazo decadencial, previsto no art. 54 da Lei n° 9.784/99 não se estende aos Estados e Municípios, bem como às pessoas jurídicas que compõem as respectivas Administrações Indiretas. O que vige para todos esses, entretanto, é o princípio da segurança jurídica, em razão de sua sede constitucional, há muito reconhecida na doutrina e recentemente afirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

59. No tocante, porém, à consideração do lapso de tempo transcorrido, que se deverá estimar como razoável para efeito da estabilização das relações jurídicas, não há dúvida que o art. 54 da lei federal serve como indicativo ou como parâmetro para os Estados e Municípios, assim como para o juiz, ao realizarem a operação de ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da legalidade.

60. Convém ter presente, no entanto, que nada impede que Estados e Municípios editem regra sobre decadência do direito a anularem os respectivos atos administrativos viciados de ilegalidade, uma vez que os prazos decadenciais, (diferentemente dos prescricionais, que só a lei federal pode sobre eles dispor), até mesmo contratualmente podem ser instituídos, como o ilustram os prazos para o exercício do direito de opção, no Direito Civil[77]. Aliás, são freqüentes os prazos decadenciais inseridos na legislação dos Estados e Municípios, especialmente nas leis pertinentes a servidores públicos.

---

[76] Hartmut Maurer, op. cit., p.282, com remissões à jurisprudência alemã.

[77] Daí porque tenha o Código Civil consignado a seguinte regra, no seu art. 211: «*Se a decadência for convencional, a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.*»

VII. Segurança jurídica e improbidade administrativa

61. A Constituição da República, no seu art. 37, § 5°, determina: «*A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*». Daí tiraram muitos autores a conclusão de que as ações de ressarcimento seriam imprescritíveis, o que implicaria também tornar insuscetível de decadência o direito da Administração Pública de anular o ato administrativo ilegal que dá causa ao ressarcimento.

Por certo, se tal ato administrativo for nulo, na acepção que damos ao qualificativo, não há que falar em decadência, não porque se trate de ato ilícito que tenha como conseqüência lesão ao erário ou haja agressão a valores constitucionais, como a moralidade pública, mas pela simples razão de que os atos nulos são insuscetíveis de decadência ou de prescrição.

Do mesmo modo, se inexistir boa fé dos beneficiários – e na grande maioria dos casos de improbidade não haverá – pois se presume sejam eles próprios os autores do dano e, pois, dos atos administrativos que causaram o prejuízo, também não incide o art. 54.

Finalmente, se não se tratar de ato administrativo favorável, que amplie a esfera patrimonial dos destinatários, também não caberá invocar-se o art. 54.

62. Mas poderá suceder que o ilícito praticado consista em ato administrativo que concedeu benesses ilegais a várias pessoas, que estavam comprovadamente em boa fé. A Administração Pública federal, entretanto, só veio a anular o ato administrativo já escoado o prazo de cinco anos, do art. 54. Não poderia mais fazê-lo, por consumada a decadência do seu direito à anulação. Para todos os efeitos, é como se o ato se houvesse tornado válido, razão pela qual não poderá pleitear dos terceiros de boa fé que restituam o que indevidamente receberam[78].

---

[78] Numa outra ordem de considerações, embora fugindo um pouco do tema mas para que tudo fique bem claro, é importante realçar que a regra do § 5° do art. 37 da Constituição, como bem observa Sérgio de Andréa Ferreira, no concernente às ações de ressarcimento, quer «*significar, apenas, que o prazo prescricional da pretensão e da ação de direito material respectivos é independente do fixado no tocante às sanções punitivas. Em decorrência, ou será a prescrição comum, ordinária, ou outra, específica, mas sem vinculação necessária com a anteriormente referida*» (*Comentários à Constituição*, Rio, Freitas Bastos, 1991, vol 3°, p.313). Dito de outro modo, o prazo de prescrição da pretensão sancionatória não é obrigatoriamente o mesmo da pretensão ressarcitória. Verificada a prescrição da pretensão sancionatória isso não implica necessariamente a prescrição da ação de ressarcimento, a qual continuará a regular-se pela legislação comum, conforme os prazos ali estabelecidos. De resto, quando se aboliu, na fase de elaboração legislativa, a imprescritibilidade dos ilícitos praticados em detrimento do patrimônio público, certamente pareceu coerente também suprimir, no texto definitivo, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento. Daí porque a locução «*ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis*», que se lia na última versão do Projeto de Constituição, foi transposta para o § 5°, do art. 37 da Constituição Federal, sem as três palavras finais, «*que serão imprescritíveis*» (Veja-se, outra vez, sobre a história da

VIII. SEGURANÇA JURÍDICA E LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL

63. A declaração de inconstitucionalidade de lei tem, de regra, efeito *ex tunc.* Se a declaração é pronunciada em ação direta, a decisão expele o ato legislativo do mundo jurídico, como se nunca tivesse existido. O que ocorre, então, no plano das situações concretas, com os atos administrativos exarados com base na lei inconstitucional? São eles automaticamente desfeitos com a declaração de inconstitucionalidade da lei, ou podem ser mantidos pelo princípio da segurança jurídica, ou por regra instituidora de prazo decadencial ou prescricional?

64. Gilmar Ferreira Mendes assim propõe a questão, indicando-lhe a solução:

> «*Conseqüência da declaração de nulidade ex tunc da norma inconstitucional deveria ser a eliminação do ordenamento jurídico de todos os atos praticados com fundamento nela. Todavia essa depuração total (Totalbereinigung) não se verifica nem nos sistemas que, como o alemão, fixaram uma regra particular sobre as conseqüências jurídicas da declaração de nulidade, nem naqueles que, como o brasileiro, utilizam as* ***fórmulas gerais de preclusão***»[79].

E, mais adiante:

> «*Embora o nosso ordenamento não contenha regra expressa sobre o assunto e se aceite genericamente a idéia de que o ato fundado em lei inconstitucional está eivado, igualmente, de iliceidade, concede-se proteção ao ato singular em homenagem ao princípio da segurança jurídica, procedendo-se a diferenciação entre o efeito da decisão no* ***plano normativo*** *(Normebene) e no* ***plano do ato individual*** *(Einzelaktebene) através das chamadas fórmulas de preclusão. Os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela lei inconstitucional*»[80].

Os atos administrativos com base em lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão, além daqueles protegidos pela decadência ou prescrição, as chamadas *fórmulas gerais de preclusão*, são os que, no nosso entender, na ausência dessas fórmulas de preclusão, estão sob a direta guarda do princípio constitucional da segurança jurídica, aplicado mediante ponderação com o princípio da legalidade.

---

tramitação legislativa do preceito, nos trabalhos da Constituinte, Sérgio de Andréa Ferreira, op. cit., p.312 e segs.). As leis estabeleceriam prazos prescricionais, se ainda não existentes, para uma e outra hipótese, as quais são inconfundíveis.

[79] *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996, p.192.

[80] idem,ib.,p.258.

IX. CONCLUSÕES

65. Das reflexões que foram desenvolvidas, tiram-se algumas conclusões principais, as quais podem ser assim arrumadas:

(A) O princípio da segurança jurídica, entendido como proteção à confiança, está hoje reconhecido na legislação e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como princípio de valor constitucional, imanente ao princípio do Estado de Direito, e que serve de limite à invalidação, pela Administração Pública, dos seus atos administrativos eivados de ilegalidade ou de inconstitucionalidade. Como princípio de natureza constitucional aplica-se à União Federal, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e as entidades que integram as respectivas Administrações Indiretas.

(B) No plano da União Federal, a Lei do Processo Administrativo (Lei n° 9784/99), no seu art. 54, consigna **regra**, inspirada no princípio da segurança jurídica, que fixa em cinco anos o prazo decadencial para a Administração Pública exercer o direito de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má fé dos beneficiários. Tratando-se de **regra**, a ponderação entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica já foi feita pelo legislador, competindo ao aplicador apenas verificar se os pressupostos que integram o preceito estão, ou não, concretamente verificados.

(C) O prazo do art. 54 da Lei n° 9784/99 é de natureza decadencial e não prescricional. Sendo assim, não é ele, em princípio, suscetível de interrupção ou de suspensão. Apenas quanto aos atos nulos - não na acepção que dá a esse qualificativo a doutrina do Direito Privado, mas na conceituação que lhe empresta o Direito Administrativo dos países europeus mais avançados e o Direito Administrativo da União Européia e que, de algum modo, também já encontramos incipientemente esboçada na Lei da Ação Popular- apenas quanto aos atos nulos não haveria falar em decadência ou em prescrição, uma vez que incumbe ao juiz decretar-lhes de ofício a invalidade. Note-se, porém, que nulos apenas serão aqueles atos administrativos, inconstitucionais ou ilegais, marcados por vícios ou deficiências gravíssimas, desde logo reconhecíveis pelo homem comum, e que agridem em grau superlativo a ordem jurídica, tal como transparece nos exemplos da licença de funcionamento de uma casa de prostituição infantil ou da aposentadoria, como servidor público, de quem nunca foi servidor público. Não é a hierarquia da norma ferida que, por si só, implica a nulidade, como mostra o acórdão do STF no MS 22357/DF, que aplicou o princípio da segurança jurídica para manter atos administrativos contrários à Constituição. A grande maioria dos atos administrativos, inconstitucionais ou ilegais, não é, pois, composta por atos administrativos **nulos**, mas sim por atos administrativos simplesmente **anuláveis**, estando o direito a pleitear-lhes a anulação sujeito, portanto, à decadência.

(D) A boa fé que é exigida para a aplicação do princípio da segurança jurídica ou pelo art. 54 da Lei n° 9.784/99 é a dos destinatários do ato administrativo. Não está em questão a má fé da Administração Pública ou das

autoridades administrativas, a menos que estas sejam também destinatárias das medidas ilegais que editaram em seu próprio proveito.

(E) Não há qualquer óbice que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editem regra jurídica de conteúdo idêntico ou semelhante ao do art. 54 da Lei n° 9.784/99, pois os prazos decadenciais até contratualmente podem ser estabelecidos.

(F) Para as situações que se constituíram antes da vigência da Lei n° 9.784/99 não é possível estender-lhes o preceito do art. 54 dessa Lei. A esses casos o que se aplica é o princípio da segurança jurídica, devidamente sopesado, nessas hipóteses, com outros princípios constitucionais, notadamente com o princípio da legalidade. Nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, na falta de disposição legal idêntica ou semelhante ao art. 54 da Lei n° 9.784/99, ter-se-á também de buscar solução evocando diretamente o princípio da segurança jurídica, contido implicitamente no art. 1° da Constituição Federal.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

COUTO E SILVA, Almiro do. 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 n° 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, abril/maior/junho, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, jul/set, 2004, p. 7-58.