

Recebido em: 28/02/2020

Aprovado em: 16/04/2020

ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO COM EFEITOS PROSPECTIVOS: DIÁLOGO COM O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

ANNULMENT OF ADMINISTRATIVE ACT WITH PROSPECTIVE EFFECTS: DIALOGUE WITH THE PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINTY

Mauro Sergio dos Santos

Doutor em Direito Público, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, título reconhecido pela Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília - UCB. Especialista em Direito Público pelo ICAT-AEUDE. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UNICEUB. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União, Professor de Direito Administrativo.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A nova função administrativa do Estado; 2. Juridicidade e legalidade da ação administrativa; 3. A anulação do ato administrativo e seus efeitos; 4. Atos administrativos ampliativos e restritivos; 5. A vinculação do administrador público aos direitos fundamentais; 6. A segurança jurídica como norte da atividade administrativa; 7. Conclusão.

RESUMO: A função administrativa atual deve ser exercida tendo como fundamento não apenas a legalidade estrita, mas, antes, o princípio da juridicidade, com especial destaque para a segurança jurídica. Com isso, o desfazimento de ato administrativo por vício de legalidade não deve levar à retroação automática de seus efeitos, em todos os casos, como ainda é comum nos corredores da Administração Pública. Ao contrário, a anulação de ato ilegal exige na atualidade a verificação do tempo decorrido desde a sua edição e, para além disso, também os direitos dos administrados de boa-fé alcançados pelo ato. Nessa perspectiva, a autoridade administrativa, ao anular ato administrativo viciado, poderá, de forma fundamentada, declarar que os efeitos da anulação se darão a partir do ato decisório de anulação ou ainda a partir de outra data futura, designada e devidamente justificada pela autoridade competente com base no interesse público e nos princípios informadores da atividade administrativa, em especial o princípio da segurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Ato Administrativo. Anulação. Efeitos Prospectivos. Juridicidade. Princípio da Segurança Jurídica.

ABSTRACT: The current administrative function must be exercised based on not only strict legality, but, rather, the principle of legality, with special emphasis on legal certainty. Thus, the undoing of an administrative act due to legality defect should not lead to the automatic retroaction of its effects, in all cases, as is still common in the corridors of Public Administration. On the contrary, the annulment of an illegal act currently requires the verification of the time elapsed since its edition and also the rights of the people in good faith. In this perspective, the administrative authority, when annulling administrative act, may, in a reasoned manner, declare that the effects of the annulment will occur from the annulment decision act or from another future date, designated and duly justified by the competent authority with based on public interest and the principles that inform administrative activity, in particular the principle of legal certainty.

KEYWORDS: Administrative Act. Annulment. Prospective Effects. Legality. Principle of Legal Certainty.

INTRODUÇÃO

Se o Direito Administrativo do passado já não atende aos interesses dos administrados de hoje, também parece claro que o interesse público do futuro redefinirá a função administrativa tal qual a conhecemos na atualidade. É assim porque o Direito é por essência dinâmico e aberto, em especial o Direito Administrativo, que precisa estar em constante evolução para não se afastar da ideia de *boa administração*¹.

Essa evolução permanente do Direito Administrativo para fazer face às novas necessidades dos administrados tem exigido de parte da doutrina e da jurisprudência uma releitura de vários institutos a ele conexions, com vistas a amoldá-los aos tempos atuais. Dentre os inúmeros temas de Direito Administrativo a merecerem um reenquadramento doutrinário-jurisprudencial, ganha destaque neste breve ensaio a *anulação de ato administrativo*, cujos efeitos – em regra, retroativos –, a nosso sentir, não podem ser estabelecidos de forma automática, mas, diferentemente, devem ser declarados a partir do exame do caso concreto e levando-se em conta vários fatores, tais como a boa-fé do administrado, o princípio da segurança jurídica e também outros valores que orientam a atividade administrativa.

Com efeito, a anulação de ato administrativo, no que tange a seus efeitos, tal como delineado no passado, pode até atender aos reclamos de uma *legalidade estrita*, mas, no mundo real, muitas vezes se afasta da prossecução do interesse público que deve nortear a conduta administrativa.

Nessa perspectiva, não é precipitado dizer que a retroação automática dos efeitos da anulação de um ato não é compatível com o princípio da juridicidade, que, conforme veremos, exige uma conduta administrativa guiada não apenas pela lei em sentido estrito, mas também pelos princípios informadores da atividade administrativa, dentre eles, com maior relevo, o princípio da segurança jurídica.

Pois bem, sabe-se que a anulação de uma conduta administrativa ilegal produz, como regra geral, efeitos retroativos (*ex tunc*). Contudo, pretende-se demonstrar que tais efeitos, a depender de certas variáveis, podem ser estabelecidos pela autoridade administrativa a partir de outro momento, presente ou mesmo futuro.

1 Uma boa administração, para Rogério Soares, nada mais é que “uma justa Administração”. (SOARES, 1955, p. 146)

Para atingir esse objetivo, o presente ensaio apresentará, inicialmente, alguns aspectos sobre a nova função administrativa que vem sendo moldada nas últimas décadas, de modo a evidenciar, num segundo momento, que a concretização dos direitos fundamentais também é, hoje, um dever do gestor público. Por isso, a função administrativa deve pautar-se na legalidade, mas sem esquecer o direito, visto no seu todo. Nessa perspectiva, será enfatizado o papel de destaque que os princípios constitucionais devem ocupar na realização das tarefas da Administração, em especial o princípio da segurança jurídica; por fim, ainda com o objetivo de demonstrar a necessidade de, em situações excepcionais, flexibilizar os efeitos da anulação de ato administrativo, serão apresentados exemplos a indicar que a modulação de efeitos, em casos excepcionais e devidamente justificados, não só é possível como exigível, por ser um mecanismo importante para a busca do bem-estar social e para a garantia de um mínimo de estabilidade às relações jurídicas. É sobre esse problema que se debruçará a seguir.

1. A NOVA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO

A doutrina tem reconhecido como árdua a tarefa de conceituar e ao mesmo tempo delimitar a função administrativa, em especial, nos dias atuais, em que o conjunto de atividades desempenhadas pela Administração Pública é marcado pelo dinamismo e complexidade, dadas as novas demandas que surgem no cotidiano das pessoas e da própria Administração.

Por meio da função administrativa do Estado “realiza-se a prossecução dos interesses públicos correspondentes às necessidades coletivas prescritas pela lei” (MIRANDA, 1997, p. 29). A função administrativa, como se sabe, não se constitui em monopólio do Poder Executivo, podendo, pois, ser exercida por órgãos e entidades dos três poderes do Estado. Aliás, a função administrativa atual sequer é uma exclusividade do Estado, já que tem se admitido que entidades privadas exerçam função administrativa, mediante delegação estatal (GONÇALVES, 2008, p. 613).

No exercício dessa nova função administrativa, a Administração Pública pratica cotidianamente um grande número de atos administrativos, criando a partir de tais manifestações diversificadas relações jurídicas para os administrados² e para si própria. Muitas dessas condutas, às vezes por simples despreparo dos agentes públicos, acabam por entrar em

2 “Administrados”, para o objetivo traçado neste ensaio, são as pessoas naturais ou jurídicas alcançadas direta ou indiretamente pelas condutas administrativas, sejam elas beneficiárias diretas dos comportamentos administrativos, sejam terceiros que não mantêm relação jurídica com a Administração Pública, mas que sentem reflexamente os efeitos do ato praticado.

rota de colisão com o princípio da legalidade, viciando o comportamento administrativo e exigindo medidas para sua retirada do mundo jurídico.

Como regra geral, não se concebe que uma conduta que viola a lei possa regularmente produzir efeitos. Por essa razão, ao longo do tempo doutrina e jurisprudência sustentaram que a simples circunstância de o comportamento administrativo contrariar a regra jurídica deveria impor o seu desfazimento, com efeitos retroativos à data em que foi praticado, com vistas a salvaguardar a ordem jurídica. Vigorava a ideia – na verdade, ainda vigora – segundo a qual um ato nulo não poderia produzir efeitos, por violar o princípio da legalidade. A ideia é até consistente, mas tem um defeito: ignora a realidade.

Nessa perspectiva, entende-se que a nova função administrativa, para bem cumprir seu importante papel, precisa ser exercida com um pouco mais de preocupação e zelo para com o administrado, premissa esta que exige uma decisão administrativa que guarde maior reverência ao ordenamento jurídico como um todo, e não apenas ao princípio da legalidade, aplicado muitas vezes de forma estanque e um tanto divorciada da realidade.

Se, por um lado, o ato administrativo que se contrapõe à lei deve regularmente ser extirpado do ordenamento, com efeitos retroativos (em regra!); por outro não se pode esquecer que há situações em que a própria anulação do ato, com efeitos retroativos, tem o condão de provocar um dano ainda maior ao interesse público. Daí resulta a necessidade de fazer um temperamento dos efeitos do desfazimento de comportamentos anormais da Administração, levando-se em consideração não apenas a arcaica legalidade estrita, mas, noutra perspectiva, realizando uma ponderação sobre o comportamento administrativo viciado e suas consequências para os administrados, de modo a encontrar a solução mais adequada ao conjunto da sociedade. Tal solução, conforme veremos a seguir, há de ter por fundamento o princípio da juridicidade.

2. JURIDICIDADE E LEGALIDADE DA AÇÃO ADMINISTRATIVA

Sabe-se que a pedra angular da separação de poderes é a lei (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 194). Em decorrência disso, tantas vezes foi dito que a lei é ao mesmo tempo limite e mandato para o exercício da função administrativa do Estado. E é assim porque os órgãos e agentes da Administração Pública “só podem agir com fundamento na lei e dentro dos limites por ela impostos” (AMARAL, 2009, p. 42) ou, no dizer de Schmidt-Assmann, a “Administração deve ser dirigida pela lei (*gesetzeesdirigerte*)

verwaltung)” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 212). É esta a essência do princípio da legalidade da Administração Pública, o qual foi erigido, em vários momentos da história, como “cerne especial do Estado de Direito” (CANOTILHO, 2003, p. 256), designadamente por caracterizar-se, em sua origem, como principal fonte de direito.³

Não obstante a importância histórica do princípio da legalidade, deve-se registrar que a doutrina moderna vem constatando há tempos uma certa crise⁴ ou erosão da lei⁵, pois se tem assistido a uma substituição paulatina de um sistema fechado de *legalidade* por um sistema predominantemente aberto, em que a legalidade administrativa, talqualmente tem sido observado no sistema constitucional, tem se tornado predominantemente principialista (OTERO, 2011, p. 167).

Nesse contexto, não se pretende aqui – nem seria adequado – relativizar a importância da lei para a Administração Pública, mas apenas dizer que a ideia de justiça administrativa exige que para além da legalidade estrita, o administrador público balize suas condutas pelo *princípio da juridicidade*. Noutras palavras, o administrador público não pode abraçar cegamente a letra da lei quando o Direito, por meio dos princípios informadores da função administrativa, está a indicar um outro caminho mais compatível com a boa administração. De forma ainda mais direta, é preciso dizer que não parece razoável o administrador invalidar um ato administrativo que, embora viciado, já tenha se estabilizado no tempo ou beneficiado terceiros de boa-fé, causando com isso prejuízos aos administrados. É que nesses casos, embora haja o princípio da legalidade a impulsionar a busca pelo desfazimento do ato, com efeitos retroativos, há, por outro lado, outros princípios administrativos a sinalizarem um caminho mais adequado à consecução do interesse público.

3 Segundo Paulo Otero, “As ideias de primado do parlamento e de divinização da lei, seja como expressão da vontade geral ou como instrumento garantístico da igualdade de todos os cidadãos, permitem alicerçar durante o século XIX uma concepção positivista que, configurando a lei como principal fonte de Direito e fazendo da codificação a bandeira da cientificidade e da modernidade dos ordenamentos jurídicos, reconduzem todo o Direito ao Estado: a legalidade administrativa é, nesse preciso contexto, expressão da estadalidade de toda a ordem jurídica.” (OTERO, 2011, p. 148).

4 Crise esta que exige uma atualização conceitual, fazendo com que a legalidade administrativa passe a integrar-se “no contexto de um sistema policêntrico de fontes de Direito”. (OTERO, 2011, p. 148)

5 Ana Raquel Gonçalves Moniz destaca o fim da exclusividade da lei como parâmetro da atuação administrativa, afirmando que “A erosão do sentido tradicional do princípio da legalidade conduziu à multiplicação dos parâmetros de vinculação da atuação administrativa e, conseqüentemente, à pulverização dos centros de poder e ao corresponsivo pluralismo normativo, com impactos, desde logo, no plano internacional, a partir do momento em que se considera que o próprio direito europeu constitui parâmetros da ação administrativa”. (MONIZ, 2015, p. 76)

Nessa perspectiva, é sabido que o Direito Administrativo se funda em uma série de princípios que “refletem as convicções ético-sociais essenciais da comunidade” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 144). Tais princípios, como normas que são, vinculam o agir administrativo e propiciam o controle das ações e omissões administrativas.

Na origem das teorias sobre princípios⁶, as normas eram confundidas com as regras de conduta que as exteriorizavam; aos princípios, por sua vez, não era reconhecida normatividade própria. Nesse contexto histórico, os princípios tinham o papel de propiciar espaços de interpretação e integração das regras jurídicas, complementando-as, quando assim se fizesse necessário. Esse caráter subsidiário e positivista dos princípios já não encontra mais lugar no cenário jurídico deste começo de século. Como efeito, a partir do período que passou a ser conhecido como pós-positivista os princípios jurídicos, sobretudo os de matiz constitucional, passaram a ser reconhecidos como formas de expressão da norma em si. A discussão sobre a normatividade principiológica ganhou destaque nas últimas décadas, principalmente a partir das conhecidas obras do norte-americano Ronald Dworkin⁷ e do alemão Robert Alexy⁸ sobre o tema.

No Direito atual, os princípios não se colocam, afirma Jorge Miranda, nem acima nem além do Direito; também eles, numa visão ampla, “superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais, fazem parte do complexo ordenamental” (MIRANDA, 2007, p. 263). Na verdade, por meio dos princípios, sobretudo aqueles derivados

6 Canotilho alerta que “As ‘teorias dos princípios’ forneceram-nos o suporte científico para a construção do direito constitucional como um sistema aberto de regras e princípios. Deve reconhecer-se, porém, que, no plano metodológico, os resultados dos esquemas principais estão longe de ser inteiramente convincentes. Por várias razões. Desde logo, a radicalização binária regras/princípios, interpretação/concretização-ponderação, justifica o reaparecimento encapuçado de posições positivistas”. (CANOTILHO, 2008, p. 386)

7 Dworkin faz a seguinte distinção entre princípios e regras jurídicas: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. (DWORKIN, 2002, p. 39).

8 Para Alexy, “Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente. Elas contêm um dever definitivo. Quando os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. Se não se quer aceitar esta, deve ou declarar-se a regra como inválida e, com isso, despedi-la do ordenamento jurídico, ou, então, inserir-se uma exceção na regra e, nesse sentido, criar uma nova regra. A forma de aplicação de regras é a subsunção. Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contêm um dever definitivo, mas somente um dever *prima-facie*. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quando possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas”. (ALEXY, 2011, p. 37)

dos direitos fundamentais, “o direito dá resposta a necessidades elementares de racionalidade, prudência e orientação” (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 71) para o exercício da função administrativa. Os princípios e as regras, ambos, portanto, dotados de caráter normativo, permitem cada um a seu modo a concretização do direito.

O princípio da legalidade, nessa nova perspectiva, deve ter seu espectro ampliado para traduzir não só a ideia de subordinação à lei, *mas ao direito como um todo*, implicando com isso submissão aos princípios gerais de direito, à Constituição, a normas internacionais, a disposições de caráter regulamentar, a atos constitutivos de direitos, etc., daí a ideia de se utilizar na atualidade o vocábulo *juridicidade ao invés de legalidade* (ESTORNINHO, 1999, p. 56).⁹ Em consequência, tem-se que a moderna atividade administrativa não pode configurar-se como “uma mera execução da lei e por assim ser não pode esperar-se que a lei seja a única fonte de sua legitimidade” (MONCADA, 2002, p. 10). O apego à legalidade estrita deve, portanto, ceder espaço para a ideia de juridicidade administrativa, por esta ser mais aberta e, por isso, propiciar “uma legalidade mais exigente” (OTERO, 2003, p. 15).

Por outras palavras, a juridicidade não se esgota, como ocorreu no passado, apenas no plano da legalidade, antes só se realiza plenamente com a legitimidade e a licitude, fato esse que pode ser claramente observado na ordem constitucional inaugurada em 1988 no Brasil, que adota os três referenciais (legalidade, legitimidade e licitude) em inúmeros dispositivos (MOREIRA NETO, 1992, pp. 01-33).

Bem por isso, constatada a ilegalidade de algum comportamento administrativo, a sua invalidação somente poderá legitimamente ser levada a efeito se a Administração avaliar não só as consequências da conduta ilegal que foi praticada, mas também as implicações da própria anulação em si, seja em relação à Administração, seja em relação aos administrados (incluídos os terceiros de boa-fé). E essa avaliação deve se fundamentar

9 No mesmo sentido é a lição de Raquel Melo Urbano de Carvalho: “Distinguem-se a esfera da juridicidade – domínio amplo do direito, composto de princípios e regras jurídicas – da esfera da legalidade – circunscrita às regras jurídicas, reduzindo-se somente a última ao sentido estrito de conformidade dos atos com as regras legais. É com a noção de juridicidade que se abandona um conceito primário de legalidade, satisfeito com o cumprimento nominal e simplista de regras isoladas. Parte-se em busca da observância íntegra do Direito, compreendido este como um conjunto de normas dentre as quais se incluem os princípios expressos e implícitos, bem como as regras específicas do ordenamento”. (CARVALHO, 2009, p. 55).

no Direito como um todo, e não em uma regra jurídica, isoladamente considerada.

Desse modo será possível atingir um saudável equilíbrio entre o Direito e o interesse público, ou, conforme leciona Ana Raquel Moniz, “lograr a prossecução do interesse público dentro das margens oferecidas pelo Direito” (MONIZ, 2015, p. 73), que é designadamente o objetivo derradeiro da função administrativa do Estado.

3. A ANULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E SEUS EFEITOS

No que tange à correção dos atos praticados pela Administração Pública, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema de jurisdição única, também conhecido como sistema inglês, por meio de expressa previsão no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, o qual estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Significa dizer que todos os litígios, sejam aqueles envolvendo interesses apenas de particulares, sejam os que também afetam a Administração Pública, devem se submeter ao crivo do Poder Judiciário.

Assim, se é certo afirmar que a Administração Pública no Brasil tem competência para decidir os processos administrativos de seu interesse, não é menos certo dizer que eventuais decisões administrativas não terão o condão de tornar-se imutáveis, isso porque o monopólio da jurisdição no sistema jurídico brasileiro pertence unicamente aos órgãos do Poder Judiciário. Mas isso não impede a Administração Pública de praticar um acentuado número de comportamentos diários, muitos dos quais adentram a esfera de direitos dos administrados. Alguns desses atos administrativos, como já mencionado, acabam por infringir a legalidade e, se não forem passíveis de convalidação, devem ser excluídos do mundo jurídico, por meio da anulação.

A Administração, com base no princípio da autotutela, inicialmente reconhecido pelo STF por meio das Súmulas 346¹⁰ e 473¹¹ e posteriormente

10 STF Súmula nº 346: Administração Pública - Declaração da Nulidade dos Seus Próprios Atos. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

11 STF, Súmula 473: Administração Pública - Anulação ou Revogação dos Seus Próprios Atos. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

previsto no art. 53¹² da Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), possui competência para, mesmo *ex officio*, rever seus próprios atos, anulando os ilegais, ou revogando, a seu juízo, aqueles considerados inconvenientes ou inoportunos.

Também o Poder Judiciário, desde que para tanto provocado, exerce controle externo sobre os atos da Administração Pública. Tal controle, no entanto, via de regra diz respeito apenas à legalidade do ato, eis que não cabe ao Poder Judiciário substituir a figura do administrador público para apreciar a conveniência e oportunidade dos atos, regulamentos e contratos administrativos.

As duas principais formas de desfazimento de um ato administrativo, no âmbito administrativo, são a anulação, que leva em consideração a ilegalidade ou ilegitimidade do ato, e a revogação, que tem por fato gerador a análise sobre a conveniência e a oportunidade da conduta. A revogação não interessa ao presente estudo; já a anulação, ao contrário, é o objeto central deste ensaio.

Conforme dissemos noutra lugar, anulação é o desfazimento do ato administrativo em decorrência de algum vício de legalidade constatado na sua formação, ou ainda em razão da violação dos princípios que regem o Direito Administrativo. Em outras palavras, “é a extinção do ato administrativo em virtude de sua dissonância para com a ordem jurídica, seja por violar uma regra de Direito (ilegalidade), seja por desprezitar um princípio da Administração Pública (ilegitimidade)” (SANTOS, 2016, p. 238).

Se a anulação é o cancelamento do ato administrativo que contrariou a ordem vigente, costuma-se afirmar que seus efeitos devem retroagir ao momento em que praticado o ato ilegal ou ilegítimo, porquanto este não pode, em princípio, produzir resultados válidos no mundo jurídico. Diz-se assim que os efeitos da anulação operam retroativamente, ou seja, são *ex tunc*, justamente porque um ato que ofendeu o Direito não pode, pelo Direito, produzir efeitos regulares.

Essa sempre foi a regra geral na teoria das nulidades e, em princípio, nada de errado há em relação a isso. Entretanto, entendemos esses efeitos retroativos não podem ser automáticos nem para todos os casos.

12 Lei nº 9.784/99, art. 53: A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Nessa perspectiva, o que se propõe é que ao decidir pela anulação de um comportamento administrativo ilegal, o gestor deve considerar também as consequências já produzidas pelo ato. Assim, não é compatível com o princípio da juridicidade, por exemplo, editar um ato administrativo que franqueia ao administrado algum direito e, após um tempo, diante de um vício insanável, promover sua anulação com o desfazimento irrefletido de todas as consequências dele decorrentes. Se houve benefício a terceiros que nem de longe contribuíram para o vício diagnosticado, não é razoável nem justo que todas as consequências favoráveis sejam apagadas. Se já operou a chamada convalidação tácita, que adiante será tratada, igualmente não será possível a anulação, a não ser que a Administração Pública comprove a existência de má-fé, nos termos do art. 54, *caput*, da Lei nº 9.784/99.

Essa questão será clareada a partir do exame dos atos administrativos ampliativos e restritivos, que será feita a seguir.

4. ATOS ADMINISTRATIVOS AMPLIATIVOS E RESTRITIVOS

Ato administrativo, na lição de Rogério Soares, é uma “estatuição autoritária, relativa a um caso individual, manifestada por um agente da Administração no uso dos poderes de Direito Administrativo, pela qual se produzem efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos” (SOARES, 1990, pp. 223-228).¹³

Para nós, ato administrativo “é a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, por meio da atuação de seus agentes, cria, modifica ou extingue relações jurídicas para os administrados ou para si própria, sempre visando o interesse público” (SANTOS, 2016, p. 200).

Como se vê, o ato administrativo tem aptidão para provocar inúmeras alterações na esfera jurídica do administrado, seja para constituir uma nova realidade jurídica, seja para modificar, seja ainda para colocar fim a uma relação jurídica então existente.

Nessa perspectiva, dentre as diversas classificações doutrinárias a respeito do ato administrativo, uma delas diz respeito aos resultados promovidos pelo comportamento administrativo e, por isso, possuem grande importância para este estudo. Tal classificação separa os atos

13 A Professora Ana Raquel Gonçalves Moniz define o ato administrativo como “toda a declaração de autoridade emitida por um órgão administrativo no uso de poderes de Direito Administrativo, para regular um caso concreto e individual, no âmbito de uma relação jurídica externa, dotada de efeitos jurídicos, positivos ou negativos”. (MONIZ, 2015, p. 297)

administrativos em *atos ampliativos e restritivos*, ou, segundo a doutrina portuguesa (MONIZ, 2015, p. 308), atos constitutivos de direitos (positivos) e atos negativos.

Para o Professor Vieira de Andrade, os atos constitutivos de direitos são aqueles que visam “constituir posições jurídicas subjetivas favoráveis na esfera jurídica dos destinatários ou de terceiros”, enquanto que os atos negativos, como o próprio nome está a indicar, “não conferem os efeitos pretendidos, designadamente o indeferimento expresso de requerimentos e a recusa de apreciação de pedidos” (ANDRADE, 2017, p. 175).

Em síntese, os atos ampliativos (ou constitutivos positivos) conferem alguma prestação ao administrado ao passo que os restritivos (ou negativos) diminuem sua esfera jurídica, normalmente impondo-lhe algum ônus ou simplesmente negando um pedido do administrado.

Essa diferença é de especial relevância para este ensaio, pois a anulação de ato administrativo restritivo, com evidente razão, deve produzir efeitos retroativos, pois além de contrariar a ordem vigente, ainda teve o condão de reduzir a esfera de direitos do administrado. Não há o que acrescentar sobre isso.

No entanto, no caso de um ato ampliativo, ou seja, aquele que criou alguma prestação favorável ao administrado, na hipótese de ser constatado um vício de natureza insanável, ainda assim a Administração Pública deve levar em consideração outros fatores, como a boa-fé do administrado e o tempo decorrido desde a prática do ato, para bem decidir sobre o momento que o desfazimento operará seus efeitos. Sustenta-se, pois, a possibilidade de a autoridade refletir e decidir, com fundamento nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e segurança jurídica, sobre o melhor momento para a anulação produzir seus efeitos. E é assim porque o administrador está vinculado não apenas à lei formal, mas ao Direito como um todo, e tem como objetivo último a efetivação dos direitos do administrado, circunstância que exige uma atuação administrativa mais proativa e zelosa por parte da autoridade, devido à vinculação que emana dos direitos fundamentais.

Vejamos um exemplo bastante prático, que ilustra com clareza a problemática aqui enfrentada e dá suporte aos argumentos sustentados neste ensaio: imagine-se que a Administração Pública edita um ato normativo que regulamenta a concessão de créditos para beneficiários da reforma agrária junto a bancos públicos. O ato normativo entra

regularmente em vigor, produz seus efeitos e um ano depois a Administração constata que o referido ato padece de vício insanável, pela inobservância de requisito essencial previsto no próprio regimento interno. O vício, de natureza insuperável, não admite convalidação. Nesse caso hipotético, suponha-se que vários beneficiários da reforma agrária já tiveram acesso aos créditos junto aos bancos conveniados, enquanto outros já estão com suas solicitações deferidas administrativamente e aguardando apenas os trâmites burocráticos normais; há, também, centenas de outros beneficiários ainda em fase inicial de instrução processual. Em casos assim, dada a ilegalidade constatada, a segurança jurídica impõe ao administrador o desfazimento do ato, por meio da anulação; por outro lado, impõe também a necessidade afastar os efeitos retroativos, típicos da anulação, para que o gestor público possa escolher, fundamentado em razões técnicas e sobretudo nos princípios que orientam o agir administrativo, o melhor momento para a produção de efeitos, que pode ser a partir do ato de anulação (*ex nunc*) e até mesmo em outra data futura, desde que adequadamente justificada em razões de interesse público.

A anulação do ato normativo, na situação hipotética antes desenhada, não poderá prejudicar os administrados (beneficiários da política pública) nem os terceiros de boa-fé (ex: bancos públicos que já liberaram recursos financeiros). E deve ser assim por várias razões: primeiro, porque os beneficiários do ato e os terceiros de boa-fé em nada contribuíram para a existência da ilegalidade constatada; segundo, porque o gestor público deve obediência não apenas às regras legais, mas à ordem jurídica como um todo, na qual os princípios da Administração Pública ocupam atualmente lugar de destaque; e terceiro, porque o direito administrativo deste início de século exige do gestor público maior zelo e sensibilidade na execução das tarefas administrativas, dada a vinculação que emana dos direitos fundamentais, conforme veremos a seguir.

5. A VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Segundo a doutrina de Canotilho, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como “normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direitos” (CANOTILHO, 2003, p. 378). Em consequência, tais direitos sujeitam não apenas a Administração Pública em sentido estrito, que é o cerne de nosso estudo, mas todos os órgãos e poderes da República (MIRANDA, 2012, p. 291).

Os poderes públicos são destinatários da vinculação gerada pelos direitos fundamentais, porquanto as normas consagradoras desses direitos recortam, “logo a nível constitucional, uma pretensão *jurídica individual* (direito subjetivo) a favor de determinados titulares com o correspondente dever jurídico por parte dos destinatários passivos” (CANOTILHO, 2003, p. 401).

A vinculação da função administrativa aos direitos fundamentais sempre foi corporificada pelo princípio da legalidade (juridicidade), que exigia – e via de regra ainda exige – uma autorização legal para que a Administração pudesse intervir em direitos individuais. Apesar disso, não basta apenas a vinculação administrativa por meio da lei, ela própria um tanto suspeita, pois a verdadeira proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos perpassa pela vinculação direta da função administrativa às normas e princípios constitucionais. Daí a necessidade de aplicar a Lei (anulando o ato ilegal) sem virar as costas para o Direito (esquecendo o administrado que foi beneficiado pelo ato).

Nesse contexto, na eventual anulação de ato administrativo devem ser postas em consideração as consequência para os terceiros de boa-fé e também o tempo decorrido desde a prática do ato, pois a segurança jurídica, ela própria um direito fundamental, há de ser considerada pela autoridade juntamente com a necessidade de extirpar o ato ilegal da ordem vigente. É isso que será abordado a seguir.

6. A SEGURANÇA JURÍDICA COMO NORTE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Não há estabilidade social sem segurança jurídica. Por isso tal princípio é um dos pilares do Estado de Direito, pois possibilita, a partir de hipóteses distintas previstas no ordenamento, conferir um mínimo de estabilidade às relações jurídicas. O princípio da segurança jurídica também é conhecido como princípio da confiança legítima ou princípio da proteção da confiança¹⁴.

14 Na verdade, o princípio da proteção da confiança é normalmente enquadrado pela doutrina especializada como um subprincípio ou uma decorrência do princípio da segurança jurídica. Para Canotilho, “estes dois princípios – segurança jurídica e proteção à confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada 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 subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos” (CANOTILHO, 2003, pp. 257-266).

Para José Afonso da Silva, a segurança jurídica consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida” (SILVA, 2006, p. 133). Uma importante condição da segurança jurídica, continua o professor, “está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída” (SILVA, 2006, p. 133).

Segundo a doutrina de Canotilho, “o homem necessita de segurança jurídica para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de direito” (CANOTILHO, 2003, pp. 257-266).

Não obstante isso, a Administração Pública brasileira, afirma Almiro Couto e Silva, tem o costume de aplicar “o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica” (Silva, 2003, p. 13-33). Ao reforçar que a doutrina e a jurisprudência nacionais têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica, o referido autor salienta que ao dar ênfase excessiva ao princípio da legalidade da Administração Pública, e “ao aplicá-lo a situações em que o interesse público estava a indicar que não era aplicável, desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe tira um dos seus mais fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica, e acaba-se por negar justiça” (Silva, 2003, p. 13-33).

No Direito brasileiro, o campo de atuação do princípio da segurança jurídica é bastante amplo, a começar com a proteção constitucional ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, conforme prevê o art. 5º, XXXVI da Constituição de 1988. O princípio da segurança jurídica também é o fundamento dos institutos da prescrição e da decadência, que contribuem para a pacificação social. Além disso, tal princípio foi o motor para a reforma constitucional que introduziu as súmulas vinculantes no Direito brasileiro, que visam pôr fim a controvérsias entre os órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que acarretem “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A, § 1º, CF).

Na seara administrativa, o princípio da segurança jurídica encontra previsão no caput do art. 2º da Lei 9.784/99. Além disso, dispõe o inciso XIII do parágrafo único do mesmo artigo que a Administração Pública

deve obedecer ao critério da “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

O art. 54 da Lei 9.784/99 estabelece que o “direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. Trata-se da convalidação tácita, que se materializa “a partir da inércia do Poder Público por certo lapso temporal” (SANTOS, 2016, p. 248).

Assim, não invalidando ato ilegal de que decorra algum direito aos administrados no prazo de cinco anos, a Administração não mais poderá fazê-lo, por razões de segurança jurídica, a não ser que comprove a existência de má-fé por parte do beneficiário ou outro envolvido.

Para além das situações abrangidas pela hipótese legal, ao anular atos administrativos ampliativos, a Administração Pública não poderá desconsiderar os efeitos praticados pelo ato aos seus beneficiários diretos e aos terceiros de boa-fé. Com efeito, um ato administrativo declarado nulo pela Administração não pode, só por isso, apagar a realidade como num passe de mágica. Em situações como tais, o princípio da segurança jurídica deve servir como base normativa para a preservação dos efeitos do ato que tenham beneficiado administrados (ou terceiros) que tenham agido de boa-fé, isto é, que não concorreram para a prática do vício posteriormente constatado.

No campo jurisprudencial, o STJ firmou importante tese em favor da segurança jurídica por meio do julgamento do REsp 1.244.183-PB, relativizando os efeitos do desfazimento do ato em relação aos terceiros de boa-fé. Vejamos:

“É indevida a devolução ao erário de valores recebidos de boa-fé, por servidor público ou pensionista, em decorrência de erro administrativo operacional ou nas hipóteses de equívoco ou má interpretação da lei pela administração pública”.¹⁵

15 Tese elaborada pela 1ª Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.244.183-PB, Relator Min. Benedito Gonçalves, Julgamento em 10/10/12, publicado em 19/10/12.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, já assentou que a segurança jurídica deve prevalecer sobre o princípio da legalidade, no caso de anulação de ato que prejudica terceiro de boa-fé:

“Na espécie, o TCU reputara ilegal a incorporação de “quintos” pela impetrante, em razão da falta de um dia para o implemento do requisito temporal exigido para a aquisição da vantagem, e determinara a devolução dos valores percebidos – v. Informativo 424. Por considerar presente a boa-fé da impetrante, concedeu-se a ordem, para determinar que a autoridade coatora restitua as quantias descontadas durante o período de seu pagamento até a data da publicação da decisão do TCU.”¹⁶

Como é possível notar, a segurança jurídica faz surgir uma confiança legítima do administrado relativamente às condutas da Administração Pública. Tal confiança, na lição de Coviello, deve proteger quem se relaciona com o Estado contra mudanças de comportamentos bruscas e desproporcionais. Deve, igualmente, proteger o administrado contra o desfazimento de ato administrativo desarrazoado que leva à perda de expectativas, fulminando severamente a esperança na permanência da situação jurídica vigente durante um determinado período (COVIELLO, 2004, p. 458).

7. CONCLUSÃO

Sabe-se que a atividade administrativa é orientada por vários princípios constitucionais e infraconstitucionais, sendo o princípio da segurança jurídica um dos mais relevantes, pelo simples fato de conferir um mínimo de estabilidade às relações jurídicas, situação sem a qual não se convive bem em sociedade.

A anulação de um ato administrativo ilegal, como regra geral, deve produzir efeitos retroativos (*ex tunc*), haja vista que atos ilegais, também em regra, não devem produzir efeitos no mundo jurídico.

Embora os efeitos da anulação de ato administrativo sejam, regra geral, retroativos, a autoridade administrativa possui a prerrogativa de avaliar, no caso concreto, se o desfazimento do ato não vai prejudicar direitos já estabilizados no tempo, sobretudo para o beneficiário direto do ato e para terceiros de boa-fé. Nesse sentido é a lição de Santos, para quem “a desconstituição dos efeitos do ato desde sua origem impede a

16 MS nº 23.978-DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno do STF.

alegação de direito adquirido por parte do destinatário; no entanto, se o ato administrativo, antes de ser anulado, gerou algum direito a terceiros de boa-fé, tal direito deve ser resguardado” (SANTOS, 2016, p. 240).

Também o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao evoluir e reformular sua compreensão anterior sobre o tema, passou a sustentar que a anulação de ato administrativo não pode conexionar-se automaticamente com a imposição de efeitos retroativos (MELLO, 2012, pp. 487-488)¹⁷. Os efeitos da anulação do ato, se retroativos ou prospectivos, dependerão, antes, da espécie de ato que foi objeto do desfazimento por ilegalidade. Se o ato anulado era de natureza restritiva e, para além disso, estava marcado pela pecha da ilegalidade, por certo que seu desfazimento deve apagar também seus rastros, desde a origem. Diferentemente, se o ato gerou uma ampliação na esfera jurídica do particular, que em nada contribuiu para a mácula, aí os efeitos devem ser salvaguardados, de modo prestigiar a segurança jurídica e conferir efetividade aos direitos do administrado.

A declaração de nulidade com efeitos retroativos pela autoridade administrativa, que tenha por objetivo desconstituir direitos dos administrados em razão de mazelas legais que com eles não guardam nenhuma conexão, trata-se, não há dúvida, de medida irrazoável, desproporcional e que ofende a segurança jurídica. Em casos assim, conquanto o administrador esteja de fato cumprindo a legalidade, estará ao mesmo tempo se contrapondo ao princípio da juridicidade e, em última análise, negando justiça ao administrado, circunstância que fere de morte a ideia de boa administração.¹⁸

17 “(...) pensamos hoje que o assunto só se resolve adequadamente tomando-se em conta a fundamentalíssima distinção – e que cada vez nos parece mais importante para uma teoria do direito administrativo – entre atos restritivos e atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados, discrimen, este, que funda uma dicotomia básica, influente sobre inúmeros tópicos do Direito Administrativo (como, por exemplo, o da eficácia dos atos administrativos – sua imperatividade e executoriedade –, o dos princípios do procedimento administrativo, o da teoria da vontade do particular no ato administrativo, o da coisa julgada administrativa ou o das consequências da invalidação). Na conformidade desta perspectiva, parece-nos que efetivamente nos atos unilaterais restritivos da esfera jurídica dos administrados, se eram inválidos, todas as razões concorrem para que sua fulminação produza efeitos ex tunc, exonerando por inteiro quem fora indevidamente agravado pelo Poder Público das consequências onerosas. Pelo contrário, nos atos unilaterais ampliativos da esfera jurídica do administrado, se este não concorreu para o vício do ato, estando de boa-fé, sua fulminação só deve produzir efeitos ex nunc, ou seja, depois de pronunciada.” (MELLO, 2012, pp. 487-488)

18 Guido Falzone, em seu conhecido estudo sobre o dever de boa administração, afirma que o bom administrador público deve sempre perseguir o interesse público. Por isso, caso o administrador tenha que decidir discricionariamente entre duas alternativas factíveis, deverá optar por aquela que seja mais benéfica ao bem comum. (FALZONE, 1953, pp. 72-73).

Dito isso, é possível afirmar que, se, por um lado, a Administração Pública é obrigada a desfazer seus atos ilegais, em regra com efeitos ex tunc, o princípio da juridicidade também impõe que outros princípios, como a segurança jurídica, sejam sopesados no momento do desfazimento do ato ilegal, permitindo, a partir de uma ponderação fundamentada dos valores envolvidos, determinar que o ato de anulação produza efeitos ex nunc ou mesmo em outro momento futuro, a ser justificado pela autoridade à luz do interesse público e com base nos princípios que orientam o agir administrativo. É possível, pois, que a autoridade administrativa, com vistas a resguardar direitos dos administrados (beneficiários diretos do ato e terceiros de boa-fé), possa realizar a flexibilização dos efeitos da anulação do ato administrativo. Tal modulação, quando adequadamente justificada pela autoridade, pode até não encontrar ressonância na legalidade estrita, mas encontrará justa acolhida no princípio da juridicidade.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª edição, 2009.
- AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2009.
- ANDRADE, José Carlos. *Lições de Direito Administrativo*, 5ª edição, Coimbra Jurídica, 2017. p. 175.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. 16ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Princípios – *entre a sabedoria e a aprendizagem*. In Estudos Em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica, 90. Vol. I. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. Reimpressão 2002, pp.12-13.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- COVIELLO, Pedro José Jorge. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.
- GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Reimpressão da Edição de outubro/2005. Coimbra: Almedina, 2008, p. 613.
- FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffré, 1953.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 487-488.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 6ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 263.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo V. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito Administrativo: Textos e Casos Práticos Resolvidos*. Coimbra: Almedina, 2015.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação*. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, out./dez. 1992.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- Silva, Almiro Couto e. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. *Revista da PGE, Cadernos de Direito Público*, N° 57, Dezembro/2003.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*, São Paulo: Malheiros, 2006.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*, MCMLV.

SOARES, Rogério. *O acto administrativo*. Scientia Iuridica – Separata, 1990.

