

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DA PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFAEL DA CÁS MAFFINI

**PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SUBSTANCIAL DA CONFIANÇA NO DIREITO
ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor.

Orientador: Prof. Almiro do Couto e Silva

Porto Alegre
2005

Dedico este trabalho à Clarissa, mulher da minha vida, que só não confirmou as expectativas que nela depositei, porque as vem superando, cada dia mais, integralmente.

AGRADECIMENTOS

Não é singela a tarefa de serem feitos agradecimentos àqueles que contribuíram para o desenvolvimento de um trabalho como este. O risco de indelicados esquecimentos é significativo. Ideal seria que se pudesse agradecer pessoalmente a todos aqueles que, mesmo sem saber, auxiliaram a elaboração das idéias vertidas na presente tese.

Opto por agradecer, inicialmente, a alguns mestres que tive e tenho, os quais marcaram minha formação e que se encontram espelhados nas páginas que seguem. Desde Santa Maria, agradeço à Professora Deisy Ventura, que em mim fez germinar a preocupação acadêmica, além de ter-me oportunizado a docência. Já em Porto Alegre, agradeço ao Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que me orientou no Mestrado e que é um verdadeiro exemplo de cientista do Direito. Agradeço, ainda, aos Professores Humberto Ávila, Itiberê de Oliveira Rodrigues e Judith Martins-Costa, que permitiram que minha admiração pessoal e profissional se transformasse sem percalços em amizade e em importantes sugestões. Destaco um especial agradecimento ao Professor Almiro do Couto e Silva, por ser o exemplo que é, de uma pessoa que concilia as máximas virtudes que pode ter um Professor com uma condição humana especial, inigualável.

Agradeço aos meus alunos, que, inconscientemente, mais ensinam do que aprendem. Agradeço ao meu colega, Maurício Rosado Xavier, que manteve o escritório em funcionamento na minha ausência.

Agradeço à Clarissa, a quem dedico este trabalho, por representar o que para minha vida representa. Agradeço aos meus pais – Elcio e Ivete – e à minha irmã – Caroline –, por me propiciarem a melhor família do mundo.

Agradeço a todos do PPGD/UFRGS, personificados na amável Eliane Kusbick.

RESUMO

O presente trabalho aborda o princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro, enquanto decorrência do Estado de Direito e da segurança jurídica, o qual se presta à construção de um estado de estabilização das relações jurídicas oriundas da Administração Pública. Segue-se à compreensão de seu conteúdo jurídico, o enfrentamento dos principais instrumentos de concretização. Em tal enfrentamento, aponta-se o que já se encontra consolidado e os caminhos que ainda podem ser construídos em nome do princípio da proteção substancial da confiança.

ABSTRACT

The present work is about the principle of the substantive protection of legitimate expectations in the Brazilian Administrative Law, in consequence of the Rule of Law and the Legal Security. It is used to built a stabilization state of the legal relationships, that have their origin in the Public Administration. It continues with the understanding of its legal content and the confrontation of the main instruments of concretion. In such a confrontation, it is mentioned what already has been consolidated in that area and the ways that can still bi built in the name of the principle of the substantive protection of t legitimate expectations.

LISTA DE ABREVIATURAS

abr	Abril
AC	Apelação-Cível
ADIn	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ago	Agosto
AgR	Agravo Regimental
AI	Agravo de Instrumento
AMS	Apelação em Mandado de Segurança
AJURIS	Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul
<i>Apud/apud</i>	De acordo com (indicação de citação indireta)
AR	Ação Rescisória
Art.	Artigo
CC/02	Lei nº 10.406/02 – Código Civil
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil
Coord.	Coordenador
CRP	Constituição da República Portuguesa
CTN	Código Tributário Nacional
DASP	Departamento Administrativo dos Serviços Públicos
dez	Dezembro
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
ed.	Edição
EDcl	Embargos de Declaração
esp.	Especialmente
fev	Fevereiro
HC	<i>Habeas Corpus</i>
ICM	Imposto sobre circulação de mercadorias (hoje ICMS – Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços)

j.	Julgado
jan	Janeiro
jul	Julho
jun	Junho
mar	Março
MC	Medida Cautelar
MG	Minas Gerais
Min.	Ministro
MP	Medida Provisória
MS	Mandado de Segurança
n°	Número
nov	Novembro
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (indicação de obra já citada)
Org.	Organizador
out	Outubro
p.	Página
<i>passim</i>	Menção de que a abordagem referida é encontrada em todo o texto indicado.
Pet.	Petição
QO	Questão de Ordem
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
RS	Rio Grande do Sul
set	Setembro
SS	Suspensão de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T.	Tomo
TCERS	Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande

TCU	do Sul
TJRS	Tribunal de Contas da União
Trad.	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TRF	Tradutor
	Tribunal Regional Federal
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Vol./vol.	Volume
§	Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
<i>A. Considerações gerais.....</i>	<i>12</i>
<i>B. Delimitação temática.....</i>	<i>19</i>
<i>C. Plano de exposição.....</i>	<i>24</i>
PRIMEIRA PARTE: CONTEÚDO DOGMÁTICO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SUBSTANCIAL DA CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO... 26	
Capítulo 1: Fundamentos teóricos do princípio da proteção substancial da confiança... 26	
<i>A. Considerações gerais – teoria dos princípios.....</i>	<i>26</i>
<i>B. Do Estado de Direito à proteção da confiança e função mediatizadora da segurança jurídica.....</i>	<i>32</i>
<i>i. Do Estado de Direito à segurança jurídica.....</i>	<i>32</i>
<i>ii. Da segurança jurídica à proteção da confiança.....</i>	<i>40</i>
<i>iii. Proteção da segurança como feição subjetiva da segurança jurídica.....</i>	<i>46</i>
<i>C. Da necessária delimitação conceitual – proteção da confiança e boa-fé.....</i>	<i>49</i>
<i>D. Dos falsos óbices à incidência do princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo.....</i>	<i>57</i>
<i>i. Legalidade administrativa.....</i>	<i>58</i>
<i>ii Interesse público.....</i>	<i>66</i>
<i>E. Proteção da confiança como princípio constitucional.....</i>	<i>71</i>
Capítulo 2. O princípio da proteção substancial da confiança no Direito Comparado ... 75	
<i>A. Considerações gerais.....</i>	<i>75</i>
<i>B. Princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo alemão:.....</i>	<i>77</i>
<i>C. Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo espanhol.....</i>	<i>85</i>
<i>D. Princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo francês.....</i>	<i>90</i>
Capítulo 3: Recepção do princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro..... 95	
<i>A. Considerações gerais.....</i>	<i>95</i>
<i>B. O princípio da proteção substancial da confiança no Supremo Tribunal Federal.....</i>	<i>97</i>

<i>C. O princípio da proteção substancial da confiança no Superior Tribunal de Justiça.....</i>	<i>106</i>
<i>D. O princípio da proteção substancial da confiança no direito posto brasileiro</i>	<i>116</i>
i. Direito posto e direito pressuposto	116
ii. Direito posto e proteção substancial da confiança	119
<i>SEGUNDA PARTE: OPERATIVIDADE DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SUBSTANCIAL DA CONFIANÇA E ESTABILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS EMERGENTES DE CONDUTAS ADMINISTRATIVAS.....</i>	<i>124</i>
Capítulo 4: Aplicabilidade do princípio da proteção da confiança e preservação de condutas administrativas inválidas indutoras de expectativas legítimas	<i>127</i>
<i>A. Considerações gerais.....</i>	<i>127</i>
<i>B. Condutas administrativas inválidas e dever-poder de invalidação ex officio – ponderação da autotutela administrativa.....</i>	<i>128</i>
<i>C. Decadência do exercício dever-poder de invalidação ex officio.....</i>	<i>134</i>
i. Notas introdutórias	134
ii. Decadência como instrumento de concordância prática entre a potestade anulatória <i>ex officio</i> e a proteção substancial da confiança.....	137
iii. Natureza decadencial do prazo – extinção de um direito potestativo	143
iv. Requisitos para a implementação do prazo decadencial – presunção de validade como “base da confiança”	146
v. Requisitos para a implementação do prazo decadencial – condutas ampliativas.....	148
vi. Requisitos para a implementação do prazo decadencial – boa-fé do destinatário	152
vii. Requisitos para a implementação do prazo decadencial – o decurso do lapso temporal ..	157
viii. Prazo decadencial da potestade anulatória e Poder Judiciário	166
ix. Casos especiais de ilimitação temporal da potestade anulatória <i>ex officio</i> :	167
<i>D. Preservação total ou parcial dos efeitos de atos administrativos invalidados:.....</i>	<i>174</i>
i. Considerações iniciais	174
ii. Proteção substancial da confiança e eficácia <i>ex nunc</i> da invalidação de atos administrativos em relação a terceiros não-causadores do vício.....	178
iii. Proteção substancial da confiança e eficácia <i>ex nunc</i> da invalidação de atos administrativos em relação a destinatários não-causadores do vício	183
iv. Eficácia ordinária não retroativa da anulação em relação a terceiros e destinatários não causadores do vício intrínseco ao ato invalidado	192
Capítulo 5: Aplicabilidade do princípio da proteção da confiança e preservação de condutas administrativas válidas indutoras de expectativas legítimas	<i>194</i>

<i>A. Considerações gerais</i>	194
<i>B. Proteção substancial da confiança e limites à temporais à revogação de atos administrativos</i>	196
i. Notas preliminares.....	196
ii. Prazo decadencial e potestade revogatória.....	199
iii. Requisitos para a implementação do prazo decadencial da prerrogativa revogatória.....	204
<i>C. Proteção substancial da confiança e a alteração da “base do ato” como condição imprescindível à revogação</i>	207
<i>D. Precedentes decisórios da Administração Pública</i>	220
CONCLUSÕES	231
<i>A. Conclusões gerais:</i>	231
<i>B. Conclusões específicas</i>	234
REFERÊNCIAS	241

INTRODUÇÃO

*Quem, por conseguinte, se atreve a negar que as coisas futuras não existem? Não está no espírito a expectativa das coisas futuras?*¹

A. Considerações gerais

O Estado, desde suas formatações mais incipientes, tem como escopo primaz o oferecimento de segurança. Tal é o desiderato não só do Estado, mas de todas as demais formas de organização social, incluindo desde a família, qualificada constitucionalmente como base da sociedade², assim como outras instituições mais complexas. Acentua-se tal incumbência, agora em feição de segurança jurídica, no Estado de Direito³.

O próprio Direito é também uma decorrência do clamor por segurança. A necessidade de segurança jurídica afigura-se como uma das mais claras justificações da existência de um

¹ SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. Tradução J. Oliveira Santos e Ambrósio de Pina. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 337.

² Art. 226, da CF/88.

³ STEIN, Torsten. **A segurança jurídica na ordem legal da República Federal da Alemanha**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, maio 2000, p. 93. Afirmou Federico A. Castillo Blanco, nesse sentido, que “*sin seguridad jurídica, podríamos decir para acabar la idea, puede resultar una quimera hablar con propiedad de Estado de Derecho*” (CASTILLO BLANCO, Federico A. **La protección de confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 63).

ordenamento jurídico⁴, não sendo extramado afirmar que segurança e Direito relacionam-se com biunivocidade⁵.

Com efeito, o Estado e o Direito consistem em instrumentos de consecução de segurança – num sentido amplo – justamente em razão de serem ambos frutos culturais imanescentes à condição humana. Tratam-se, portanto, de institutos que subjazem a uma óbvia carência antropológica de segurança⁶. O Estado de Direito, em termos indiretos, e o princípio da segurança jurídica, em termos mais específicos, induzem, necessariamente, a uma condição de previsibilidade, de justiça, de estabilização e de confiança nas ações estatais.

Da necessidade de segurança jurídica elevou-se, no curso da história, uma variada gama de decorrências. Em termos mais amplos, pode-se afirmar que a separação funcional dos poderes estatais e o princípio da legalidade administrativa, bem como institutos mais específicos, tais como os conceitos de direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, anterioridade tributária, dentre outros, são exemplos de instrumentos que mediata ou imediatamente dão concreção à segurança jurídica.

Entretanto, os tempos hodiernos – freqüentemente batizados de pós-modernidade⁷ – trazem consigo a característica da acentuada e inevitável dinâmica social, que, em velocidade ímpar, conduz a mudanças constantes. Mudam os comportamentos, mudam os conceitos, mudam os valores, e, como não poderia deixar de ser, mudam o Estado e o Direito, para

⁴ ARANHA, Márcio Nunes. Segurança jurídica *stricto sensu* e legalidade dos atos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 34, abr./jun. 1997, p. 59.

⁵ “[...] a segurança jurídica é antes de tudo, um valor subjacente a toda e qualquer compreensão de direito” (KNIJNIK, Danilo. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 13, 1994, p. 148).

⁶ PÉREZ LUNÓ, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1994, p. 11.

⁷ Aqui, o termo pós-modernidade é utilizado na feição que lhe é conferida com a precisão peculiar por Cláudia Lima Marques em sua variada produção doutrinária, da qual se destaca: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, esp. p. 155-174

condições que nem sempre se traduzem na sua evolução⁸. Vive-se, ademais, num mundo de muita informação e pouca reflexão.

Dessa forma, vem se demonstrando cada vez mais perceptível que a maior parte dos instrumentos que, sob a égide de uma noção mais estável de Estado e de Direito, foram criados para a preservação da segurança jurídica, não mais se mostra totalmente eficaz ao mister de garantir a previsibilidade e a estabilidade das ações estatais. À guisa de exemplificação, menciona-se o tradicional conceito de *direito adquirido*⁹, o qual, a par das várias extensões e profundidades interpretativas, não é suficiente para a proteção de tudo o quanto se afigura legitimamente expectado por parte do Estado.

Saindo da abstração das considerações preliminares aqui vertidas para alguns exemplos concretos, as recentes – e inúmeras – alterações constitucionais revelam-se prodigiosas na demonstração de como os clássicos instrumentos de concreção da segurança jurídica proporcionam, em verdade, pouca previsibilidade e estabilidade das relações para com o Estado.

O primeiro dos exemplos diz respeito às últimas revisões das normas constitucionais pertinentes ao regime próprio de previdência dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos. Com efeito, a Emenda Constitucional n° 20, de 15 de dezembro de 1998, alterou o disposto no artigo 40, da Constituição Federal para, pela primeira vez, erigir à condição de requisitos constitucionais limites etários e de tempo de contribuição mínimos para a aposentadoria voluntária com proventos integrais¹⁰. Para não frustrar as expectativas daqueles

⁸ Tão marcante é o fenômeno das mudanças sociais que uma das notas peculiares desta era das mudanças é a de que se as promove já com a despreocupação da evolução. Muda-se sempre, para evoluir ou para involuir.

⁹ Artigo 5º, XXXVI, da CF/88.

¹⁰ Artigo 40, § 1º, III, “a”, da CF.

que durante muitos anos encontravam-se inscritos num regime previdenciário carente de tais limites etários e de contribuição, estabeleceu-se – e isso merece elogios – regra transitória (artigo 8º da Emenda Constitucional nº 20/98) pela qual a idade mínima que passou a ser exigida (60 anos para homens e 55 para mulheres) seria reduzida para os que já eram, na promulgação da Emenda Constitucional nº 20, servidores públicos (53 anos para homens e 48 para mulheres), mediante um acréscimo de tempo de contribuição para além daquele que passou a ser exigido (35 anos para homens e 30 para mulheres), acréscimo este que restou conhecido como “regra do pedagogo”. Pois bem, tal regra transitória gerou a expectativa – obviamente legítima – de um grande número de servidores públicos, os quais, já tendo sido “atingidos” pela Emenda Constitucional nº 20/98, passaram a ter a certeza de que iriam se aposentar com proventos integrais, desde que implementassem condições que, de resto, seriam mais brandas do que aquelas aplicáveis aos servidores que ingressassem em seus cargos efetivos após tal alteração.

Ocorre que a regra transitória referida (artigo 8º da EC 20/98) foi revogada¹¹ por uma outra regra transitória (artigo 2º, agora da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003), para os fins de, preservadas as condições especiais para a aposentadoria, instituir uma redução dos proventos integrais a que os servidores fariam jus segundo a regra transitória revogada¹². Mesmo que intuitivamente, embora não se pudesse falar tecnicamente em direito adquirido, houve uma flagrante agressão à segurança jurídica, a qual, por seu turno, restou

¹¹ Sobre a impossibilidade de mudanças de regras transitórias, vide: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. Natureza e eficácia das disposições constitucionais transitórias. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA, Willis Santiago (Org.) **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 404.

¹² Emenda Constitucional nº 41/03, Art. 2º § 1º “O servidor de que trata este artigo que cumprir as exigências para aposentadoria na forma do caput terá os seus proventos de inatividade reduzidos para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos pelo art. 40, § 1º, III, a, e § 5º da Constituição Federal, na seguinte proporção: ... I - três inteiros e cinco décimos por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do caput até 31 de dezembro de 2005; II - cinco por cento, para aquele que completar as exigências para aposentadoria na forma do caput a partir de 1º de janeiro de 2006”.

mitigada – não fulminada – pela superveniência da Emenda Constitucional n° 47, de 05 de julho de 2005¹³.

O segundo exemplo diz respeito à inserção, pela Emenda Constitucional n° 45, de 08 de dezembro de 2004 (Reforma do Judiciário), de regras que passaram a exigir três anos de atividade jurídica como requisito de ingresso para as carreiras da magistratura e do Ministério Público (artigos 93, I e 129, § 3°, da CF). Uma análise cuidadosa da inovação em tela – de resto virtuosa – aponta para a omissão de regras transitórias necessárias à proteção das expectativas legítimas daqueles que já se encontravam em preparação para os concursos públicos para tais carreiras. A inovação referida, por abrupta, dada a inexistência de regras transitórias, frustrou a planificação de inúmeras pessoas que, em face do modelo de seleção anteriormente adotado, não vinham se preocupando com a aquisição de experiência prática¹⁴.

Em ambos os casos referidos, a utilização da garantia do direito adquirido – instituto tradicionalmente colocado numa condição de primazia quanto à concreção da noção de segurança jurídica – seria afastada no que tange à proteção das expectativas legitimamente criadas pelo próprio Estado, sob o fundamento de que tal garantia seria insuficiente para a

¹³ Emenda Constitucional n° 47/05, Art. 3° “Ressalvado o direito de opção à aposentadoria pelas normas estabelecidas pelo art. 40 da Constituição Federal ou pelas regras estabelecidas pelos arts. 2° e 6° da Emenda Constitucional n° 41, de 2003, o servidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, que tenha ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 poderá aposentar-se com proventos integrais, desde que preencha, cumulativamente, as seguintes condições: ...I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; ... II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria; ... III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1°, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo. ... Parágrafo único. Aplica-se ao valor dos proventos de aposentadorias concedidas com base neste artigo o disposto no art. 7° da Emenda Constitucional n° 41, de 2003, observando-se igual critério de revisão às pensões derivadas dos proventos de servidores falecidos que tenham se aposentado em conformidade com este artigo”.

¹⁴ MAFFINI, Rafael Da Cás. Emenda Constitucional n° 45/04 e o conceito de “atividade jurídica” como requisito de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público. **Revista Brasileira de Direito Público**, São Paulo, n. 8, p. 115-132, jan./mar. 2005.

permanência de regras objetivas, ou, em palavras reiteradamente utilizadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de que “não há direito adquirido a regime jurídico”¹⁵.

Tal orientação jurisprudencial – que, de resto, influenciou toda a produção literária acerca do tema –, possui supedâneo teórico somente se a questão restar concentrada exclusivamente no plano interno do próprio instituto jurídico do “direito adquirido”. Em casos como os relatados, infelizmente não são raras as conclusões – seja no plano jurisprudencial, seja no plano doutrinário – de que inexistiria solução jurídica contra a frustração do comportamento estatal que era esperado, segundo parâmetros anteriormente dignos de confiança. Ainda segundo tais ilações, deveriam aqueles que tiveram suas expectativas frustradas simplesmente manifestar resignação e confiança de que, da próxima vez, teriam suas expectativas confirmadas.

Numa perspectiva mais ampla de segurança jurídica, entretanto, apresenta-se insofismável que, embora fosse a garantia do direito adquirido inaplicável aos exemplos mencionados, deveriam ser os cidadãos protegidos para que as expectativas legítimas criadas outrora pelo próprio Estado não fossem frustradas por ele mesmo. Reforça-se, portanto, a consideração referida no sentido de que a maior parte dos instrumentos de concreção da segurança jurídica não se faz apta para a garantia da efetividade de que tal princípio constitucional se faz merecedor. Assim, surge a necessidade de que se hasteiem mecanismos de proteção do cidadão e, sobretudo, de suas expectativas legitimamente depositadas na ação estatal. O brocardo pelo qual “protegem-se a direitos adquiridos, não a direitos meramente expectados” não pode mais ser vislumbrado como verdade absoluta e inafastável. A atual ordem constitucional deve se prestar à conclusão de que algumas pretensões expectadas

¹⁵ RE 99.522. Rel. Min. Moreira Alves. j. 01.03.1983.

merecem, sim, proteção jurídica. Assim como a segurança – uma de suas decorrências e, ao mesmo tempo, seus fundamentos – a confiança, inclusive e sobretudo em relação ao próprio Estado, apresenta-se como um elemento central da vida em sociedade¹⁶.

Por certo, não se pode almejar uma petrificação da ordem jurídica nem das relações jurídicas, que representaria um contra-senso em face da dinâmica jurídica e social. É verdade que “o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado”¹⁷, contudo despautério tão grave quanto a petrificação do Direito seria permitir que suas alterações, bem como as relações jurídicas emergentes de tais mudanças, simplesmente desconsiderassem aquelas expectativas que, por razões jurídicas especiais, deveriam ser consideradas legítimas e, portanto, dignas de proteção.

Faz-se necessário, pois, a compreensão e o desenvolvimento de novos¹⁸ conceitos jurídicos, de novos institutos, de novos instrumentos, que tenham o condão de proporcionar verdadeiramente um estado de coisas que consagre a segurança jurídica numa feição hodierna. Dentre tais novos institutos afeiçoados à moderna noção de segurança jurídica, sem dúvidas, um dos mais evidentes é o *princípio da proteção da confiança*¹⁹, cuja definição,

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 31.

¹⁷ COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004, p. 276.

¹⁸ O emprego do adjetivo “novo”, *in casu*, refere-se ao Direito brasileiro, numa perspectiva sistemática, porquanto tais conceitos já são de há muito desenvolvidos em outros países, bem como já foram, de modo tópico, aplicados em algumas situações peculiares no passado.

¹⁹ Em relação ao princípio da confiança, Juarez Freitas ensina que “*em sentido amplo, pode-se dizer que se trata de um dos princípios constitucionais de que mais carece o País para obter a estabilidade em termos duradouros, atraindo investimentos produtivos e viabilizando sadias parecerias público-privadas de longo prazo*” (FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 60). No contexto introdutório que se propõe, concorda-se com MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 247, para quem a proteção da confiança “*apresenta-se mais ampla que a preservação dos direitos adquiridos, porque abrange direitos que não são ainda adquiridos, mas se encontram em vias de constituição ou suscetíveis de se constituir; também se refere à realização de promessas ou compromissos da Administração que geraram, no*

aplicabilidade, limites e, especialmente, repercussão substancial no Direito Administrativo brasileiro se fazem objeto do presente trabalho²⁰.

B. Delimitação temática

O tema da tese centra-se no *princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro*. O estudo de tal princípio, ao menos em solo pátrio, coloca-se como uma expedição de desbravamento em terras pouco conhecidas. Cuida-se de um tema sobre o qual poucos deitaram suas atenções²¹, embora, ao fazê-lo, tenham-no tratado muito bem^{22 23}.

Com isso, a proposta intrínseca ao presente trabalho, ao invés de propiciar tranqüilidade, gera grande responsabilidade, porquanto se vê acompanhada permanentemente da tensão entre o prazer da descoberta e a resistência ao rompimento de idéias antigas ainda vigentes muito mais por homenagem à tradição do que por decorrência de argumentos jurídicos racionais.

cidadão, esperanças fundadas...”. Da mesma autora, vide: MEDAUAR, Odete. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (Org.) **Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 114-119.

²⁰ “O avançar de um valor a um princípio até chegar às suas concreções mais imediatas, é o trabalho do jurista” (KNIJNIK, Danilo. O princípio da..., p. 132).

²¹ GIACOMUZZI, José Guilherme. Nunca confie num burocrata: a doutrina do ‘estoppel’ no sistema da ‘common law’ e o princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37 da CF/88). In: ÁVILA, Humberto (Org.) **Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 379-378.

²² O enfrentamento do princípio da proteção substancial da confiança no direito brasileiro praticamente se personifica com o Prof. Almiro do Couto e Silva, em cuja toda a produção literária é possível encontrar, mesmo que reflexamente, considerações acerca do princípio em tela. De forma explícita, dois aprofundados trabalhos devem ser referidos desde já: COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, out./dez 1987 e, mais recentemente, COUTO E SILVA, A., O princípio...

²³ É notável que somente em tempos muito recentes alguns – e somente alguns – livros manuais ou monográficos brasileiros de Direito Administrativo tenham feito referência, direta ou indireta, ao princípio da proteção da confiança.

Em termos comparativos, vários são os trabalhos acadêmicos elaborados em outros países que seguem uma abordagem eminentemente retrospectiva, seja da grande produção doutrinária existente, seja da grande quantidade de decisões judiciais que culminam por reconhecer a aplicabilidade do princípio da proteção da confiança desde há muito tempo. Aliás, países como Alemanha e Espanha, dentre outros, têm o princípio da proteção da confiança como um conceito de gênese eminentemente pretoriana, a qual foi seguida de sérios e aprofundados estudos doutrinários, culminando na positivação de regras jurídicas de concreção do princípio em lume.

No Direito brasileiro, embora não se possa negar a existência de algumas poucas aplicações tópicas e esporádicas do princípio da proteção da confiança, seja no plano jurisprudencial, seja no plano do direito posto, parece que o enfrentamento deste princípio há de se apresentar prospectivamente, para que se alcance, inicialmente, o seu reconhecimento e a sua compreensão, até se atingir requintes teóricos que permitam a análise de sua operatividade, a qual é necessariamente acompanhada dos limites de aplicação que lhe são inerentes.

Não se pode olvidar, outrossim, que todos os possíveis enfrentamentos de temas relacionados com o da “confiança” sempre trazem consigo uma dificuldade sobrelevada, especialmente quando a abordagem se apresenta tematizada na Ciência do Direito²⁴.

²⁴ Ensina FRADA, Manuel A. de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 17 que “*a confiança não é, em Direito, um tema fácil. As dificuldades que ele coloca transcendem em muito a necessidade de delimitação do seu âmbito, já de si problemática. Não existe nenhuma definição legal de confiança a que possa socorrer-se e escasseiam referências normativas explícitas a propósito. O seu conceito apresenta-se fortemente indeterminado pela pluralidade ou vaguidade de empregos comuns que alberga, tornando difícil traçar com ele as fronteiras de uma investigação jurídica. Tanto mais que transporta uma certa ambigüidade de princípio por se poder referir, tanto à causa, como aos efeitos de uma regulação jurídica. É a falta de consciência desta realidade que está na raiz de uma certa*

Com vistas a mitigar a responsabilidade – e, também a dificuldade – intrínseca ao tema proposto é importante que sejam, desde já, balizadas algumas delimitações temáticas. A primeira – e mais relevante – restrição temática diz com a espécie de atividade estatal sobre a qual se pretenderá desenvolver o princípio da proteção da confiança. Com efeito, tal princípio revela-se uma faceta do princípio da segurança jurídica, sendo este uma decorrência do Estado de Direito. Diante disso, mostra-se viável tratar do princípio da proteção da confiança em todas as funções incumbidas ao Estado²⁵.

Há repercussões do princípio da proteção da confiança – e talvez estas ocorram em maior número – na atividade legislativa do Estado, como é o exemplo da irretroatividade de leis; a obediência devida pela lei em relação a atos jurídicos perfeitos, direito adquirido e coisa julgada; a necessidade de regras transitórias quando da alteração significativa do direito posto, bem como a preservação parcial ou total de efeitos de normas supervenientemente julgadas inconstitucionais. Num plano mais moderno, tem-se, inclusive, uma limitação material à atividade legislativa do Estado, denominada de “proibição do retrocesso”, no sentido de serem criados óbices materiais à atuação legislativa tendente a mitigar conquistas sociais já adquiridas pela coletividade no curso do tempo²⁶.

Do mesmo modo, há também repercussões do princípio da proteção da confiança próprias da atividade jurisdicional²⁷, das quais se pode considerar como exemplo primaz o próprio instituto da coisa julgada. Além disso, recentes mudanças constitucionais criadoras –

evanescência da confiança no discurso jurídico e se apresenta – antecipe-se – responsável pelas dificuldades de que se não logrou ainda hoje desembaraçar-se a reflexão dogmática a seu respeito”.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.) **Constituição e segurança jurídica** Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 96.

²⁶ Por todos, vide *Ibidem*,

ou reconhecedoras – de efeitos vinculante das decisões do STF induzem, *ultima ratio*, à previsibilidade da atividade decisória própria da jurisdição.

O presente trabalho, entretanto, não tem por desiderato ocupar-se de todos os modos de incidência do princípio da proteção da confiança nas mais variadas searas do Direito Público. Isso implica afirmar que o estudo pretende-se mais modesto, na medida em que se restringe à função estatal de administração pública²⁸. Dito isso, ainda assim uma outra delimitação temática se impõe, visto que, mesmo se restringindo a proteção da confiança ao Direito Administrativo, o seu espectro de incidência mostra-se multifacetado. A proteção da confiança ou das expectativas legítimas, no que diz com a função administrativa do Estado, segundo Soren Schonberg²⁹, pode ser vislumbrada numa tríplice perspectiva: a) de um lado, tem-se a proteção procedimental da confiança ou das expectativas legítimas³⁰, consubstanciada na necessidade de uma atividade administrativa processualizada, em que se assegure a participação dos destinatários da função administrativa; b) de outro lado, tem-se a proteção compensatória da confiança³¹, compreendida como o dever do Estado de ressarcir os prejuízos decorrentes da frustração de expectativas nele legitimamente depositadas pelos cidadãos; c) por fim, destaca-se a proteção substancial ou material da confiança, cujo significado pode ser sumarizado como sendo um conjunto de normas jurídicas que visam à manutenção e à estabilização das relações jurídicas emergentes da ação administrativa do

²⁷ Primorosas são as idéias vertidas pelo Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, acerca das relações entre a proteção da confiança e a função jurisdicional, em voto – infelizmente – vencido no julgamento. AC nº 70008133027. Relator: Des. Carlos Alberto A. de Oliveira.

²⁸ Tal referência, *per se*, já ocasiona um problema de delimitação temática, em face da dificuldade de se encontrar o elemento definatório nuclear de tal atividade estatal. Tal conceito, todavia, é aqui pressuposto.

²⁹ SCHONBERG, Soren J. **Legitimate expectations in administrative law**. Oxford: Oxford, 2000, passim. Também, nesse sentido, ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. **Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, abr./maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 nov. 2004, p. 2.

³⁰ SCHONBERG, op. cit., p. 31-63.

³¹ *Ibidem*, p. 167-236. Já havia tratado do assunto no Direito pátrio, de forma visionário, como de hábito, COUTO E SILVA, Almiro. Responsabilidade do estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 63, jul./set. 1982.

Estado, em face de expectativas que, por razões especiais, apresentam-se legítimas e, assim, dignas de proteção³².

É a última das perspectivas tão-somente que será destacada no presente trabalho. Por óbvio, as outras duas significações do modelo da proteção da confiança são também relevantes, porém serão referidas de um modo apenas tangencial nesta tese. Afigura-se correto afirmar, ademais, que as três significações mereceriam um tratamento minucioso. Opta-se, entretanto, pelo enfrentamento de somente um dos significados. Tal eleição recai sobre a perspectiva substancial por ser esta, ao que se pensa, um significado precedente cronológica e teoricamente considerado em relação aos demais sentidos.

De outro lado, a escolha feita resulta do fato de que a proteção substancial da confiança no Direito Administrativo é – inegavelmente – o seu principal modo de concretização, porquanto enseja a estabilização de condutas estatais no intuito de não se permitir a abrupta frustração da confiança que nelas os administrados legitimamente depositaram. Essa forma de manifestação do princípio da proteção da confiança, portanto, acompanhará o cerne de todas as preocupações intrínsecas ao presente trabalho, cuja originalidade será encontrada não tanto no ineditismo das conclusões – cada vez mais rarefeitas no atual estágio do Direito –, mas especialmente no modo de sistematização das idéias inerentes ao enfrentamento do assunto. Propor-se-á, nesse sentido, a proteção substancial da confiança como um princípio perfeitamente ponderável com noções nucleares do Direito Administrativo, tais como a legalidade e o interesse público, as quais até não há muito tempo, eram considerados valores incontrastáveis – e, portanto, impossíveis de serem ponderados – no Direito Público.

³² SCHONBERG, *Legitimate...*, p. 64-166.

Por fim, ainda a título de delimitação temática, tem-se que o foco da compreensão e da aplicabilidade do princípio da proteção da confiança na presente tese restringir-se-á ao Direito Administrativo brasileiro. Por certo, não se pode desconsiderar a importância da análise comparativa, sobretudo em relação a um princípio cujo enfrentamento é, no Brasil, bastante recente. Todavia, o estudo do princípio da proteção da confiança no Direito Comparado será feito de forma parcial e instrumental, para que dele se extraiam tão-só os elementos aptos a possibilitarem a compreensão de tal princípio no Direito pátrio.

C. Plano de exposição

O trabalho está dividido em duas grandes partes. Na primeira, busca-se a compreensão do conteúdo dogmático do princípio da proteção da confiança. Emprega-se, como faz José Guilherme Giacomuzzi, lastreado por Robert Alexy³³, a expressão “conteúdo dogmático” no sentido de “conteúdo jurídico”³⁴. Esta parte é dividida em três capítulos. No capítulo 1, trata-se de fundamentos teóricos que embasam o princípio da proteção da confiança com vistas ao reconhecimento de seu *status* de princípio constitucional. Busca-se ainda, na análise de tais fundamentos teóricos, a delimitação conceitual do princípio em foco, especialmente no cotejo com a noção de boa-fé objetiva, além da compreensão das relações de ponderação que devem ser reconhecidas entre a proteção da confiança, de um lado, e a legalidade administrativa e o interesse público, de outro.

³³ ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, *passim*.

No capítulo 2, analisam-se alguns sistemas jurídicos estrangeiros – Alemanha, Espanha e França – para que, como já afirmado, deles se possam extrair elementos de compreensão do princípio. A justificativa para a escolha de tais ordenamentos jurídicos será oportunamente esposada, porém pode-se adiantar que se deve, *grosso modo*, à proximidade do fenômeno de recepção e aplicação do princípio da proteção substancial da confiança ocorrido naqueles países e que, pelo que se sustenta, vem ocorrendo no Brasil.

O capítulo 3 é destinado à análise do modo como vem sendo recebido o princípio da proteção substancial da confiança em solo pátrio. Para tal, abordam-se algumas decisões encontradas em tribunais brasileiros, especialmente os tribunais superiores (STF e STJ), bem como regras positivadas que têm como fundamento material o princípio em destaque.

A segunda parte do trabalho, por seu turno, trata da operatividade do princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro e está dividida em dois capítulos. No capítulo 4, as atenções voltam-se à aplicabilidade do princípio da proteção substancial da confiança em relação a condutas administrativas inválidas, ou seja, perpetradas à revelia da ordem jurídica e, no capítulo 5, analisa-se a aplicabilidade do princípio no que tange a condutas administrativas válidas.

³⁴ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29.

PRIMEIRA PARTE: CONTEÚDO DOGMÁTICO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SUBSTANCIAL DA CONFIANÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Capítulo 1: Fundamentos teóricos do princípio da proteção substancial da confiança

A. Considerações gerais – teoria dos princípios

A presente tese visa à compreensão do princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo em sua feição substancial, bem como sua operatividade segundo os padrões normativos presentes na ordem jurídico-constitucional vigente no Brasil. Neste primeiro capítulo busca-se, ao menos em termos aproximados, a fundamentação teórica e a compreensão do conteúdo jurídico do princípio da proteção substancial da confiança. Diz-se uma noção “avizinhada” pelo fato de que a tarefa de conceituar uma norma de natureza principiológica somente é permitida numa perspectiva de aproximação, visto que conceitos estanques ou herméticos são estranhos aos princípios.

Demais disso, a definição de um determinado princípio não prescinde da compreensão do que deva ser considerado propriamente por “princípio”. Mesmo numa perspectiva jurídica, coexistem diferentes conceitos atribuíveis ao vocábulo “princípio”, de modo que a eleição de um desses significados produzirá conseqüências marcantes na tarefa hermenêutica de sua compreensão. Por essa razão, o primeiro degrau a ser galgado, em nível de premissa teórica, consiste na delimitação do que se está aqui denominando como “princípio”.

Não se pode olvidar que, hodiernamente, se sobreleva a importância do estudo dos princípios, na medida em que não mais se admite qualquer tarefa interpretativa que não tenha em tal espécie de norma seu embasamento³⁵. Nesse sentido, é inegável que a “afirmación y desarrollo de esta jurisprudencia de principios domina avasalladoramente el momento actual de la ciencia jurídica”³⁶. Justamente por isso não há, nem pode haver, trabalhos científicos sobre o Direito Público que, nos dias de hoje, não tratem de tal assunto, mesmo que não o façam de forma expressa.

De outro lado, surge a necessidade de que sejam os princípios analisados com um mínimo de responsabilidade científica, para que não se os empregue indevidamente. Em casos em que não se atenta para tal cautela – e isso deve ser terminantemente refutado por qualquer interpretação que se pretenda séria –, os princípios são utilizados como instrumentos erroneamente justificadores de interpretações decisionistas e absolutamente carentes de racionalidade; são, por vezes, empregados como elementos mágicos, míticos, como se deles tudo se pudesse extrair. Utilizá-los desse modo afigura-se pernicioso e, por certo, as consequências de um mau emprego serão tão prejudiciais quanto seria uma – atualmente impensável – interpretação jurídica imunizada da influência principiológica. Daí a importância de uma correta compreensão do que seja um princípio jurídico. Tal empreitada, e, também, a própria tarefa de se compreender o princípio da proteção substancial da confiança, objeto do presente capítulo, terão por pressupostas algumas conclusões esposadas com o brilhantismo peculiar de Humberto Ávila³⁷.

³⁵ Importante leitura acerca do papel dos princípios no Direito, especialmente no Direito Administrativo é encontrada em GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 11. ed. Madrid: Civitas, 2002, v. 1, esp. p. 83-90.

³⁶ GONZÁLES PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3. ed. Madrid: Civitas, 1999, p. 21.

³⁷ O itinerário da produção doutrinária de Humberto Ávila acerca das espécies de normas jurídicas pode ser sumarizado com a menção as seguintes publicações: ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: v. 215, p. 151-179, jan./mar 1999; ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios

Com efeito, parte o autor da premissa de que não há correspondência biunívoca entre texto (dispositivo legal) e norma, na medida em que os dispositivos legais ou constitucionais correspondem ao objeto da interpretação, ao passo que as normas significam justamente o resultado do seu itinerário interpretativo³⁸. De tal premissa decorrem algumas conclusões imediatas, dentre as quais se podem destacar: a) existem normas sem que haja dispositivos que lhes sejam correspondentes; b) existem dispositivos sem que deles se extraiam quaisquer normas; c) mostra-se possível depreender de um único dispositivo várias normas jurídicas; d) existem normas que são depreendidas da conjugação de vários dispositivos. Para o presente trabalho, a última das conclusões afigura-se especialmente importante na medida em que, como será minudenciado oportunamente, os princípios da segurança jurídica, em termos mais amplos, e da proteção da confiança, em termos mais estritos, não são expressamente previstos no texto constitucional, embora a condição de princípios de nível constitucional não lhes possa ser negada, em virtude de uma necessária conjugação de vários dispositivos inseridos no texto da Carta Política.

Ainda com base no pensamento desenvolvido por Humberto Ávila – e essa é uma das virtudes mais marcantes de sua obra – tem-se que de um dispositivo ou de um conjunto de dispositivos é possível extrair, de modo não exclusivo, várias espécies de normas³⁹, e cada uma delas é dotada de características normativo-estruturais diversas, bem como de misteres

jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. A partir da terceira edição de tal obra (2004), o autor inseriu importante compartimento destinado à análise da eficácia dos princípios; e ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004, esp. p. 17-71.

³⁸ ÁVILA, **Teoria dos...**, p. 23. Vide, ainda, GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 80-85.

³⁹ Segundo o referido professor, “a proposta aqui defendida diferencia-se das demais porque admite a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo. Um ou mais dispositivos podem funcionar como ponto de referência para construção de regras, princípios ou postulados. Ao invés de alternativas exclusivas entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie excluiria a existências das demais, propõe-se uma classificação que alberga alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrentes, pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)” (ÁVILA, op. cit., p. 60).

diversos na tarefa de orientação ao fenômeno da interpretação e aplicação do Direito. O tema da classificação das espécies de normas jurídicas revela-se central nas hodiernas discussões acerca da hermenêutica jurídica. Utiliza-se, pois, a classificação tripartite desenvolvida por Humberto Ávila, segundo a qual as normas jurídicas poderiam ser divididas em postulados, regras e princípios⁴⁰.

Os postulados normativos aplicativos, espécie normativa original e racionalmente desenvolvida para suprir a lacuna conceitual deixada pela clássica dicotomia dominante (normas como regras ou como princípios), seriam “normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios”⁴¹. Seriam exemplos de tal espécie de normas a proporcionalidade e a razoabilidade, costumeiramente tratadas como princípios.

As regras, por seu turno, consistiriam em:

normas imediatamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos⁴².

Já os princípios jurídicos, categoria normativa que merece maior relevo nesta primeira parte do trabalho, consistiriam em:

⁴⁰ Acredita-se que a tripartição de espécies normativas propostas por Humberto Ávila, com o acréscimo da categoria dos postulados normativos aplicativos, corresponda a uma verdadeira evolução em relação à clássica divisão das normas jurídicas em duas espécies (regras e princípios), especialmente desenvolvida em duas frentes por ALEXY, **Teoria de...**, esp. p. 81-170 e por DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁴¹ ÁVILA, **Teoria dos...**, p. 120.

⁴² *Ibidem*, p. 119.

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁴³

O elemento nuclear do conceito de princípio jurídico, ao que parece, encontra-se no aspecto finalístico, isto é, a estipulação de fins a serem buscados – muito mais do que os meios empregados para o alcance de tais fins, normalmente afetos às regras – com vistas à obtenção de um estado protetivo de valores que, por razões jurídicas, se fazem merecedores de assegurar. Não se nega, na esteira do conceito exposto, um caráter mediatamente indutor de certos deveres comportamentais, o qual, todavia, afigura-se secundário em face da inclinação diretamente teleológica dos princípios. Nas palavras de Humberto Ávila, “os princípios, ao estabelecerem fins a serem atingidos, exigem a promoção de um estado de coisas – bem jurídicos – que impõem condutas necessárias à sua preservação ou realização”⁴⁴.

Paralelamente às espécies normativas referidas (postulados, regras e princípios), uma outra categoria – não autônoma ou diversa –acompanhará o presente trabalho. Trata-se do conceito de *sobreprincípio*, que, em certa medida, consiste numa noção peculiar de alguns princípios, caracterizando-se pela maior amplitude dos fins (estado de coisas almejado) para os quais existem⁴⁵. Nessa espécie de princípio, inquestionável é a conjugação hermenêutica de vários outros subprincípios que são conformados e, ao mesmo tempo, dão conformação ao sobreprincípio que se posta sobre eles. Assim, forma-se uma espécie de reenvio de significação que se opera necessariamente em duas mãos, de forma virtuosamente circular, no sentido de que um determinado princípio (ou subprincípio) será necessário para, ao lado de

⁴³ ÁVILA, **Teoria dos...**, p. 119.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 63.

⁴⁵ “*Há princípios que se caracterizam justamente por impor a realização de um ideal mais amplo, que engloba outros ideais mais restritos. Esses princípios podem ser denominados de sobreprincípios.[...] Exatamente por isso, o princípio mais amplo exerce influência na interpretação e aplicação do princípio mais restrito*” (ÁVILA, **Sistema...**, p. 39).

outros, culminar na compreensão do fim mais amplo justificador do sobreprincípio. Do mesmo modo, o sobreprincípio terá um significado que proporcionará a possibilidade de melhor compreensão dos fins menos amplos peculiares a cada um dos subprincípios que lhes são correlatos. Possuem, pois, os sobreprincípios uma função de amalgamação dos vários subprincípios que lhe dão conformação.

Assim, os sobreprincípios (fins mais amplos) são formados pela conjugação de outros subprincípios (fins mais restrito), além de determinarem a especificação de cada um dos subprincípios e de proporcionarem a articulação entre as várias finalidades mais restritas pertinentes a cada um deles. Trata-se do que Humberto Ávila denomina de “função eficaz rearticuladora”⁴⁶.

Feitas essas considerações preliminares a propósito das diversas categorias de normas jurídicas, em relação às quais foram colocados em destacada posição os princípios e os sobreprincípios, porém sem que sejam desconsideradas as demais categorias normativas (regras e postulados), passa-se a percorrer um itinerário necessário ao foco do presente trabalho: parte-se do Estado de Direito, passando pela segurança jurídica, até ser alcançada a proteção da confiança.

⁴⁶ ÁVILA, **Sistema...**, p. 39. Do mesmo autor, tem-se, em relação aos sobreprincípios, que “*cada subprincípio incorpora o sentido dos outros subprincípios o sentido dos outros subprincípios. Daí se dizer que o resultado interpretativo do conjunto é maior do que a soma das partes! Pode-se paradoxalmente também dizer o oposto: como o sobreprincípio é uma idéia mais ampla decorrente dos próprios subprincípios, ele pode ser resultado deles e se opor a eles individualmente. ... Pode-se, então, afirmar que o resultado interpretativo do conjunto é menor do que a soma das suas partes*” (Ibidem, p. 46-47).

B. Do Estado de Direito à proteção da confiança e função mediatizadora da segurança jurídica

i. Do Estado de Direito à segurança jurídica

O conceito do que seja o Estado de Direito – ou suas variantes histórico-filosóficas “Estado Liberal de Direito”, “Estado Social de Direito”, “Estado Democrático de Direito”, “Estado de Justiça de Direito”⁴⁷ – não é apreensível de forma singela.

Já numa perspectiva meramente terminológica, a expressão “Estado de Direito” não se permite definir facilmente. Tal dificuldade é ampliada se a abordagem for realizada com concomitantes preocupações históricas, sociológicas e, sobretudo, jurídicas. Definir Estado de Direito significa definir tudo o quanto se relaciona com a recente história das instituições jurídico-constitucionais. Embora tarefa hercúlea, há de ser enfrentada satisfatoriamente num trabalho que tem por objeto o estudo do princípio da proteção da confiança, porquanto, como será oportunamente minudenciado, esse princípio deflui, mesmo que por intermédio de instrumentos de mediatização, do sobreprincípio do Estado de Direito⁴⁸.

⁴⁷ Para uma interessante abordagem de tais variações históricas e filosóficas do Estado de Direito, vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Sociedade, estado e administração pública**: perspectivas visando ao realinhamento constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.

⁴⁸ “*Une approche du concept s’avère donc nécessaire afin de cerner sa signification et de s’interroger ultérieurement sur le lien qui peut unir l’État du droit à la protection de la confiance légitime; mais cette approche est complexe, qu’elle se place sur le terrain terminologique, historique ou juridique*” (CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 63). Também, nesse sentido, HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Safe, 1995, p. 186.

Aliás, como primeira premissa teórica, há de ser considerado que o Estado de Direito corresponde à norma expressa do texto constitucional⁴⁹, de índole principiológica, ou seja, possui um caráter imediatamente finalístico. O Estado de Direito, todavia, deve ser compreendido como um sobreprincípio, dada a amplitude das suas finalidades, bem como pelo fato de que coliga e é fundamentado por uma variada gama de outros princípios (subprincípios), dotados de fins menos amplos.

Fazendo-se a análise de algumas das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal que mencionam como fundamento o sobreprincípio do Estado de Direito, é possível chegar a algumas conclusões aproximadas do que seja seu conteúdo jurídico. A primeira delas, de resto surpreendente, consiste no fato de que não são muitas as decisões que, de forma direta, são fundamentadas com argumentos pertinentes ao Estado de Direito⁵⁰. A outra conclusão que se afigura perceptível é a de que Estado de Direito é um conceito que, como não poderia deixar de ser, é utilizado em diversos sentidos e para o deslinde de variadas questões.

Desta forma, para que se faça uma aproximação do que vem a ser o Estado de Direito, torna-se imperioso que sejam colocadas em evidência as principais decisões exaradas pelo STF, sob o argumento de aplicação direta do referido sobreprincípio. Antes de tudo, entretanto, deve-se considerar que existem inúmeras outras decisões que também seriam fundamentadas na noção de Estado de Direito, que não as referidas neste estudo, porquanto não o fazem de modo direto, mas reflexamente.

⁴⁹ Art. 1º da Constituição Federal (“a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...”).

⁵⁰ Em pesquisa ao banco de dados acessível no site oficial do STF, o qual pode ser atualmente considerada um dos mais completos, realizada em 31.08.2005, encontraram-se somente 17 ocorrências da expressão “Estado de Direito”, bem assim outras 31 em relação à expressão “Estado Democrático de Direito”, sendo que, em muitos casos, havia coincidência.

Num primeiro grupo de julgados, o Estado de Direito é utilizado no sentido de que todo o Estado, em qualquer de suas feições ou funções, deve submissão à ordem jurídica – constitucional e infraconstitucional – por ele mesmo criada⁵¹. Relaciona-se, assim, o Estado de Direito com uma noção ampla de legalidade. Nesse sentido, por exemplo, o sobreprincípio do Estado de Direito foi utilizado como fundamento para a ampliação dos temas constitucionais sindicáveis pelo próprio STF. Além disso, também no sentido de submissão de todo o aparato estatal à ordem jurídico-constitucional, o Supremo Tribunal Federal aplainou os poderes instrutórios e investigatórios de Comissões Parlamentares de Inquérito, dada a sua necessária sujeição aos preceitos constitucionais⁵². Do mesmo modo, decidiu-se, em sede de *habeas corpus*, que ninguém poderia ser obrigado ao cumprimento de ordens ilegais, mesmo quando oriundas de autoridades judiciais, com o conseqüente dever de oposição a ordens ilegais, sob pena de ferimento ao Estado de Direito⁵³.

Em razão de tal submissão do Estado à ordem jurídica, é possível vislumbrar um segundo grupo de decisões exaradas pelo STF, o qual, é importante salientar, guarda óbvia imanência com as decisões referidas. Consistem em julgados pelos quais se decidiu, em razão da noção de Estado de Direito, pela submissão dos órgãos estatais aos mais variados modos de controle, seja no que tange ao dever de submissão ao controle jurisdicional das atividades estatais⁵⁴, seja no que tange ao dever de responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros⁵⁵.

⁵¹ RE 158.215, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.04.1996; RE 154.159, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.06.1996; RE 158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20.08.1996; RE 162.309, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.1996; RE 198.016, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01.04.1997; RE 170.463, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.12.1997; RE 223.230, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01.06.1999; RE 215.624, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.12.1999; RE 194.295, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.11.2000; RE 252.245, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 14.11.2000; RE 242.064, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14.11.2000; RE 247.262, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 13.02.2001.

⁵² MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.99; MS 23.851, Rel. Min. Celso de Mello, j. 26.09.2001.

⁵³ HC 73.454, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 22.04.1996.

⁵⁴ RE 102.413, Rel. Min. Carlos Madeira, j. 20.05.1986; MS 20.999, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21.03.1990; SS 1.149 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 03.04.1997.

⁵⁵ RE 176.564, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14.12.1988.

Demais disso, o STF também se valeu do sobreprincípio do Estado de Direito como fundamento da divisão dos poderes (funções estatais), quando julgou inconstitucional lei estadual que atribuía a membro de Assembléia Legislativa poderes individuais de controle sobre a Administração Pública estadual, dada a natureza colegiada do controle legislativo da Administração Pública, tal como preconizada pelo texto da Constituição Federal⁵⁶.

Também se encontram julgados na jurisprudência da Corte Constitucional que relacionam o conceito de Estado de Direito com a previsão e a efetivação de direitos e garantias fundamentais⁵⁷. Isso ocorreu, por exemplo, em decisão que, com fundamento no direito fundamental à igualdade⁵⁸, julgou inconstitucional regra que concedia privilégios processuais descabidos em favor da Fazenda Pública. Também se decidiu que o Estado de Direito induziria à garantia fundamental do juiz natural⁵⁹. Além disso, entendeu-se que o Estado de Direito prestar-se-ia de fundamento para a liberdade de associação e de dissociação, com a observância da área de um município como base territorial mínima⁶⁰.

Por fim, num quinto grupo de casos julgados pelo STF, estes mais relevantes ao presente trabalho, encontram-se decisões que relacionam diretamente o sobreprincípio do Estado de Direito com o princípio da segurança jurídica⁶¹. Tais casos, cumpre salientar, serão estudados de forma destacada e com mais cuidados em momento oportuno, sendo aqui

⁵⁶ ADIn 3.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15.04.2004.

⁵⁷ HC 82.424, Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, j.17.09.2003. Extrai-se do voto – vencido – exarado pelo Min. Marco Aurélio que “o sistema de direitos fundamentais, como elemento constitutivo do Estado de Direito, é imprescindível na concretização do princípio democrático”.

⁵⁸ ADIn 1.910 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 22.04.2004.

⁵⁹ AI 177.313 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.04.1996.

⁶⁰ RMS 24.069, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.03.2005.

⁶¹ Pet 2.900 QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2003; RMS 23.383, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.06.2003; MS 24.268, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 05.02.2004; MS 22.357, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2004; RE 341732 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 14.06.2005; RE 434.222 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 14.06.2005.

importante a noção de que o STF decidiu em várias passagens, perfazendo a relação direta entre o sobreprincípio do Estado de Direito e o princípio da segurança jurídica⁶².

Assim, as decisões do STF que fazem referência direta ao sobreprincípio do Estado de Direito podem ser sistematizadas com a concreção dos seguintes princípios (ou subprincípios) constitucionais: a) legalidade ou juridicidade, no sentido de que o Estado se encontra submetido à ordem jurídica que lhe é inerente; b) submissão do Estado a mecanismos de controle e de responsabilização; c) separação das funções estatais; d) submissão do Estado aos direitos e garantias fundamentais; e) segurança jurídica.

Percebe-se, outrossim, a proximidade havida entre a orientação dada pelo STF quanto à operatividade do Estado de Direito e os visionários ensinamentos oferecidos por Almiro do Couto e Silva. Com efeito, segundo o professor gaúcho, o Estado de Direito seria apoiado, num aspecto material, nas idéias de “justiça” e de “segurança jurídica”, ao passo que, sob o ângulo formal, o Estado de Direito seria composto por uma gama de elementos, dos quais se destacariam: a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão das funções do Estado; c) a legalidade da Administração Pública; e d) a proteção da confiança⁶³.

Em outra interessante abordagem⁶⁴, Sylvia Calmes⁶⁵ assevera que as características do Estado de Direito poderiam ser divididas em três categorias. A primeira delas corresponderia

⁶² Num dos precedentes acima referidos (MS 24.268), o Min. Nelson Jobim faz referência, com indelicado sarcasmo, a uma “*hiperinflação de princípio e subprincípios do Min. Gilmar Mendes*”. Quiçá um dia todos os integrantes do Pretório Excelso manejem, com a percuciência peculiar ao Min. Gilmar Mendes, toda a vasta gama de princípios e subprincípios que norteiam – ou deveriam nortear – o Direito Público brasileiro.

⁶³ COUTO E SILVA, A. Princípios da..., p. 46. Em sentido aproximado, vide: FIGUEIREDO, Lucia Valle. Estado de direito e devido processo legal. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, 1996, p. 35.

⁶⁴ Tal abordagem, segundo a autora, refere-se ao Direito Alemão, com considerações extensíveis ao Direito Francês e ao Direito Comunitário (CALMES, **Du principe...**, p. 89).

⁶⁵ *Ibidem*, p. 89-92.

aos “elementos constitutivos”⁶⁶ do Estado de Direito, portadores de uma função de determinação⁶⁷, dos quais se poderiam destacar: a) vinculação do Estado à Constituição, à lei e ao Direito; b) a divisão das funções estatais; c) a proteção jurisdicional contra os poderes públicos; d) a paz jurídica; e) a obrigação de motivação das decisões estatais. A segunda categoria das características do Estado de Direito consistiria nos seus “elementos nomocráticos”⁶⁸, dotados de uma função de regulação⁶⁹, quais sejam: a) a vinculação geral à lei; b) a interdição do arbítrio; c) restituição da conformidade com o Direito; d) a segurança jurídica; e) a submissão geral às decisões judiciais; f) a imparcialidade, dentre outros. Por fim, Sylvia Calmes cita como terceira categoria de características do Estado de Direito, aqueles denominados “elementos relativizadores”⁷⁰, pertinentes à função de adequação⁷¹.

De qualquer forma, em qualquer das perspectivas pelas quais se possa analisar o sobreprincípio do Estado de Direito, afigura-se uma constante a menção ao princípio da segurança jurídica⁷², no sentido de que este (o princípio da segurança jurídica) decorre, dedutivamente, daquele (o sobreprincípio do Estado de Direito)⁷³.

Nesse compasso, portanto, há de se fazer uma advertência que, de um lado, representa uma das conclusões propostas na tese e, de outro, visa à definição do verdadeiro elo de ligação entre o Estado de Direito e o princípio da proteção da confiança.

⁶⁶ *Konstitutionselemente.*

⁶⁷ *Massgebung.*

⁶⁸ *Nomokratie-Elemente.*

⁶⁹ *Regelmass.*

⁷⁰ *Relationselemente.*

⁷¹ *Angemessenheit.*

⁷² “O princípio da segurança jurídica é construído de duas formas. Em primeiro lugar, pela interpretação dedutiva do princípio maior do Estado de Direito” (ÁVILA, *Sistema...*, p. 295).

⁷³ SARLET, A eficácia..., p. 91.

Com efeito, deve-se compreender no Estado de Direito a justificação ao princípio da proteção da confiança. Todavia, tal justificação mostra-se indireta, reflexa, mediata. A pretensão de se justificar diretamente o princípio da proteção da confiança numa fórmula finalisticamente tão ampla como a que qualifica o sobreprincípio do Estado de Direito corresponderia ao esvaziamento, pela vagueza, do próprio conteúdo dogmático do princípio da proteção da confiança.

Pretende-se, no curso do presente trabalho, o desenvolvimento do princípio da proteção da confiança no sentido de se atribuir tutela jurídica às expectativas que, por razões jurídicas, afiguram-se legítimas. Conferir-lhe, entretanto, significado deveras vago induziria à inviliabilização da definição e da compreensão de quais expectativas depositadas nos atos estatais deveriam merecer tal proteção. Daí por que se deve ter em mente que a proteção da confiança encontra, somente numa perspectiva mediata, o seu fundamento no Estado de Direito. Nesse sentido, ensina Sylvia Calmes que “tout lien direct entre le lointain principe d’État de droit et la protection de la confiance légitime, bien que séduisant, nous paraît dès lors exclu, car hasardeux”⁷⁴.

Surge, portanto, a necessidade de se compreender o instrumento de mediatização que culmina por coligar o sobreprincípio do Estado de Direito e a proteção da confiança. Numa aproximação desde já factível, quer parecer que tal “função mediatizadora”⁷⁵ é cumprida não de forma isolada ou absoluta, mas, essencialmente, pelo princípio (ou sobreprincípio) da segurança jurídica.

⁷⁴ CALMES, **Du principe....**, p. 107.

⁷⁵ Sobre o conceito jurídico e filosófico da categoria lógica da “mediatização”, vide ótimo excurso feito por KNIJNIK, Danilo. **A exceção de pré-executividade**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 184-189.

Sobre a idéia de segurança jurídica, já se disse que consiste num anseio antropológico do ser humano (na feição mais ampla de segurança); que é um elemento justificador e imanente do Estado e do próprio Direito; que configura um dos elementos do aspecto material do Estado de Direito, como ensina Almiro do Couto e Silva; que é um elemento (característica) nomocrático do Estado de Direito, como ensina Sylvia Calmes; que é constantemente relacionado com o Estado de Direito nas parcas referências expressas deste sobreprincípio encontradas na jurisprudência do STF.

Todas essas informações são proveitosas. Afiguram-se, entretanto, insuficientes seja para a apreensão do conteúdo do princípio da segurança jurídica, seja para a compreensão de como se presta à intermediação teórica entre o Estado de Direito e o princípio da proteção da confiança.

Assim, revela-se imperioso buscar o sentido (ou sentidos) finalístico do princípio da segurança jurídica, o qual informará, pois, a sua definição normativa e operativa. Quanto à sua dimensão normativa, Humberto Ávila, além de considerar que a segurança jurídica decorre dedutivamente do sobreprincípio do Estado de Direito⁷⁶, entende que é também decorrente de uma interpretação indutiva de várias outras normas constitucionais⁷⁷ e, como se entende igualmente relevante, de várias outras normas infraconstitucionais. Assim, pode-se afirmar que a segurança jurídica tem uma dimensão multifacetada, o que, aliás, não pode ser considerado nenhuma novidade, porque a segurança jurídica, embora possa ser considerada subprincípio do Estado de Direito, em relação a outros princípios ainda mais específicos,

⁷⁶ Vide nota 72.

⁷⁷ ÁVILA, **Sistema...**, p. 295.

caracteriza um sobreprincípio⁷⁸. Tal ambigüidade, aliás, confirma a sua função mediatizadora que aqui pretende ser enfatizada.

Resta compreender, pois, qual o estado de coisas que pode ser utilizado como elemento de definição do princípio (ou sobreprincípio) da segurança jurídica. Uma coisa é certa: “segurança jurídica” é uma expressão que não traduz um único significado, sendo-lhe inerente e natural a condição de plurissignificação⁷⁹.

ii. Da segurança jurídica à proteção da confiança

Em interessante análise da segurança jurídica, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, realizada em agosto de 2003, Judith Martins Costa⁸⁰ sistematiza os pronunciamentos paradigmáticos do Pretório Excelso acerca do referido princípio do seguinte modo: a) num viés positivo, a segurança jurídica operaria como fundamento para os seguintes institutos: decadência⁸¹, prescrição⁸², preclusão⁸³, coisa julgada⁸⁴, direito adquirido⁸⁵, ato

⁷⁸ No mesmo sentido proposto, CASTILLO BLANCO, **La protección...**, p. 79 prefere a utilização da expressão “macroprincípio”.

⁷⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle da constitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.) **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 214.

⁸⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. In: ÁVILA, Humberto (org.) **Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 120-148. O levantamento feito não teve alterações significativas nos tribunais superiores, ressalvados alguns arestos mais especificamente relacionados com o princípio da proteção da confiança, os quais serão oportunamente objeto de análise (Capítulo 3, infra).

⁸¹ AR 1.323 QO, Rel. Min. Moreira Alves, j. 03.11.1989.

⁸² AI 140.751 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.06.1992.

⁸³ AI 249.470 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.10.2000.

⁸⁴ AR 1.461, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21.06.2001.

⁸⁵ EDCIRE 367.166, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 22.04.2003; RE 168.046, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.04.1998; RE 186.264, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.12.1997.

jurídico perfeito⁸⁶, inalterabilidade administrativa unilateral de situações subjetivas previamente definidas por atos administrativos⁸⁷, adstrição a formas processuais⁸⁸ e, por fim, irretroatividade de lei que propicia desvantagens⁸⁹; b) num viés negativo, a segurança jurídica não seria afrontada diante do rigor probatório para fins de concessão de benefícios⁹⁰, bem como não impediria que ato estatal legal importasse supervenientemente nova conformação a situações jurídicas⁹¹.

Percebe-se, pois, que o princípio da segurança jurídica, em verdade, decorre de uma confluência qualificada das noções de certeza, estabilidade, previsibilidade, de confiança, o que necessariamente se dá em face da conjugação de várias normas jurídicas, dentre os quais se poderiam mencionar a própria legalidade administrativa, a irretroatividade, a proibição de arbitrariedade, a proteção da confiança, dentre outras tantas (regras, princípios e postulados) que dão conformação ao sobreprincípio da segurança jurídica, sendo, todavia, mais do que a simples conjugação de tais subprincípios para alcançar uma noção de instrumento de justiça social.

Nesse sentido, elucidativa é a célebre decisão do Tribunal Constitucional da Espanha, na Sentença 27/1981, de 20 de julho⁹², pela qual se decidiu que a regra expressa referida no artigo 9.3 da Constituição espanhola⁹³ deveria ser interpretada no sentido de que a segurança

⁸⁶ RE 194.662, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18.09.2001; AI 210.678 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18.12.1998.

⁸⁷ RE 118.927 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.02.1995; MS 21.791, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 25.03.1994.

⁸⁸ HC 69.906, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 15.12.1992.

⁸⁹ ADIn 605 MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23.10.1991; RE 193.124, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 16.12.1997.

⁹⁰ ADIn 2.555, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 03.04.2003.

⁹¹ RMS 23.543, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 27.06.2000; AI 151.787, Rel. Min. Celso de Mello, j. 11.12.1995; AR 1.056, Rel. Min. Octávio Galotti, j. 26.11.1997.

⁹² Citada por NOVOA, César García. Seguridad jurídica y derecho tributario. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (Org.) **Estudios em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997, v. 1: Direito tributário, p. 50.

⁹³ “Artigo 9.3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos

jurídica, embora seja a soma de certeza, legalidade, hierarquia, publicidade normativa, irretroatividade do desfavorável, interdição da arbitrariedade, não se esgotaria na simples adição de tais princípios, porquanto devem os mesmos serem equilibrados “de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad”.

Assim, tem-se a já referida plurissignificação típica da idéia de segurança jurídica. Tem-se, ademais, que a segurança jurídica possui, em termos precípuos, a função de mediatizar o sobreprincípio do Estado de Direito e o princípio da proteção da confiança⁹⁴. Impõe-se, assim, seja realizado o itinerário argumentativo pelo qual será possível deduzir do princípio da segurança jurídica o princípio da proteção da confiança, perfazendo, em termos mais amplos, a dedução “Estado de Direito/Segurança Jurídica/Proteção da Confiança”.

Não é singela a tarefa de se sistematizar o princípio da segurança jurídica em relação às suas proposições teóricas. Para se chegar à dedução pretendida (segurança jurídica-proteção da confiança), serão utilizados dois níveis de abordagem: o primeiro consiste na sistematização dos vários significados atribuíveis à segurança jurídica e, com base em tal compreensão, num segundo momento, faz-se a relação entre segurança jurídica e proteção da confiança.

Em relação à sistematização dos significados teóricos pertinentes à segurança jurídica, quer parecer que tal análise recairá sobre uma tríplice dimensão, não aquela proposta por Leghina Villa, pela qual a segurança jurídica seria compreendida nos seguintes termos: a)

individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

⁹⁴ Mostra-se, atualmente, superada a idéia de que o princípio da proteção da confiança teria como fundamento imediato um determinado direito fundamental em especial, ou então um grupo deles, embora não se possam negar completamente tais relações. Nesse sentido, vide: GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de**

conhecimento e certeza do Direito positivo; b) confiança dos cidadãos nas instituições públicas e na ordem jurídica em geral, porquanto garantidores da paz social; c) previsibilidade das conseqüências jurídicas derivadas das próprias ações ou das condutas de terceiros⁹⁵.

Embora se concorde com uma compreensão tripartite de significados do princípio da segurança jurídica, a sistematização mais precisa é a proposta por Sylvia Calmes. Segundo a autora, a aproximação do conceito de segurança jurídica deve ser declinada em três proposições.

Num primeiro aspecto, segurança jurídica induz à idéia de “previsibilidade” (*Voraussehbarkeit*) ou, em outros termos, de possibilidade de “cálculo prévio” (*Vorausberechenbarkeit*) acerca das medidas ou comportamentos do Poder Público em qualquer de suas funções (legislação, jurisdição e administração pública)⁹⁶. Nesse primeiro significado, necessariamente reenviado ao futuro, a segurança jurídica possui uma faceta *ex ante*⁹⁷, ou seja, o estado de coisas pretendido pelo princípio em lume conduz à necessidade de que os destinatários das funções estatais tenham condição de conhecê-las antes de sua concretização. Em tal sentido, a segurança jurídica justificará – e estará conformada – pela legalidade, especialmente na sua feição de reserva legal, pela irretroatividade legal de preceitos mais gravosos, pela necessidade de regras de transição, pela anterioridade de previsão de algumas matérias⁹⁸ e, ainda, pela proteção da confiança legítima em relação às

protección de la confianza en el derecho administrativo. Madrid: Civitas, 2002, esp. p. 161-183 e CALMES, Sylvia. **Du principe...**, esp. p. 185-223.

⁹⁵ VILLA, Leghina. apud CASTILLO BLANCO, **La protección...**, p. 63.

⁹⁶ CALMES, op. cit., p. 158-159

⁹⁷ Vide GARCIA LUENGO, **El principio...**, p. 199.

⁹⁸ Exemplo disso é a anterioridade tributária estipulada, no direito brasileiro, pelo Artigo 150, III, “b” e “c”, da CF/88.

regras legais, dentre outros instrumentos de previsibilidade (*ex ante*) dos modos de ação estatal. Esta primeira proposição do princípio da segurança jurídica é considerada por Humberto Ávila como uma “dimensão formal-temporal da segurança jurídica”, a qual “pode ser descrita sem consideração ao conteúdo da lei”, no sentido de que “a segurança jurídica diz respeito à possibilidade do ‘cálculo prévio’ independente do conteúdo da lei”⁹⁹.

Numa segunda dimensão, o princípio da segurança jurídica conduziria à noção de “acessibilidade” (*Vermittelbarkeit*), muito mais relacionada com o “saber”¹⁰⁰ (conhecer) as ações estatais do que com a sua previsibilidade propriamente dita. Em termos mais amplos, tal dimensão da segurança jurídica aproxima-se, ao menos no que tange ao Direito Administrativo, da noção de transparência administrativa¹⁰¹ e possui dois aspectos, um formal e outro material: no que tange ao aspecto formal da noção de acessibilidade, relaciona-se com a publicidade efetiva, adequada e suficiente; já, na perspectiva material, a segurança jurídica, enquanto acessibilidade, produz a necessidade de que os atos advindos do Poder Público tragam consigo a necessidade de motivação¹⁰², de coerência, de clareza e de precisão, seja no que tange às ações propriamente ditas, seja no que toca às razões que os determinaram.

Por fim, numa terceira acepção, a qual se faz mais importante no presente trabalho, a segurança jurídica tem novamente uma feição de previsibilidade, porém agora *ex post*, ou seja, no sentido de “estabilidade” (*Beständigkeit*), de continuidade, permanência, regularidade das situações e relações jurídicas (sejam atos, sejam comportamentos do Poder Público) vigentes¹⁰³. Por certo, tal noção de estabilidade não se permite absoluta, porquanto não se faz

⁹⁹ ÁVILA, *Sistema...*, p. 296-297.

¹⁰⁰ CALMES, Sylvia. *Du príncipe...*, p. 160-161.

¹⁰¹ Vide: MARTINS FILHO, Wallace Paiva. **Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁰² FREITAS, *O controle...*, p. 62-63.

¹⁰³ CALMES, *Du príncipe...*, p. 161.

cabível qualquer pretensão de petrificação na ordem jurídica. Todavia, a segurança jurídica, enquanto indutora de estabilidade, cria mecanismos para um mínimo de continuidade dos efeitos advindos das relações jurídicas. Em tal sentido, o princípio da segurança jurídica justifica, conforma – e é conformado – por institutos tais como a coisa julgada, regras de preclusão, decadência, usucapião, o direito adquirido, e, ao que aqui mais interessa, a proteção da confiança.

É importante ser salientado que, na sistematização proposta, quanto ao significado do princípio segurança jurídica, falou-se em proteção da confiança em duas passagens. Em efeito, fez-se referência ao princípio da proteção da confiança, como decorrência do princípio da segurança jurídica, em primeiro lugar, quando se tratou da noção de previsibilidade, em relação à ordem jurídica, ou seja, com um viés *ex ante*. Em tal relação havida entre a segurança jurídica e a proteção da confiança, esse princípio aproxima-se, para fins de concreção do princípio da segurança jurídica, das noções de legalidade, de irretroatividade de normas, de anterioridade de tipificação, etc. Por dever de delimitação temática, há de ser considerado que tal feição do princípio da proteção da confiança, embora seja deveras relevante, não se faz objeto do presente trabalho, senão de modo tangencial, como já se fez referência nas considerações introdutórias. Isso porque tal significado do princípio da proteção da confiança, relacionada com a ordem jurídica propriamente dita, ou seja, numa feição objetiva, apresenta-se exorbitante do Direito Administrativo, embora seja relevante a outras searas do Direito Público (Direito Constitucional, Direito Tributário, etc)¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Por certo, nem é dado cogitar a inexistência de relações entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, uma vez que tal segregação seria obviamente teratológica. Vide, nesse sentido, MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002, bem como MAFFINI, Rafael Da Cás. O direito administrativo nos quinze anos da Constituição Federal. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 94, jun. 2004. Todavia, em razão da delimitação temática proposta, esta noção de proteção da confiança, em relação com a ordem jurídica propriamente dita não se relaciona, em termos imediatos, com o Direito Administrativo, mas de forma indireta, por intermediação do Direito Constitucional.

De outro lado, fez-se menção ao princípio da proteção da confiança quando se tratou da segurança jurídica na sua dimensão de estabilidade (*Beständigkeit*), continuidade, permanência, regularidade das situações e relações jurídicas pertinentes a ações e comportamentos concretos, oriundos das ações estatais, ou seja, numa acepção *ex post*. Em tal sentido, em nome da segurança jurídica, a proteção substancial da confiança proporciona a tutela de pretensões ou direitos subjetivos, com vistas à preservação de atos, ou de seus efeitos, mesmo quando perpetrados de modo contrário ao Direito, ou, ainda, à imposição de comportamentos ao Poder Público. Tal é o sentido do princípio da proteção da confiança que há de ser analisado na presente tese, porquanto diretamente relacionado com os institutos de Direito Administrativo que lhe dão concreção. Trata-se, pois, de uma feição substancial da proteção da confiança diretamente relacionada com a estabilização das relações jurídicas decorrentes da ação estatal.

iii. Proteção da segurança como feição subjetiva da segurança jurídica

Ainda no mister de se compreender a relação entre segurança jurídica e proteção da confiança, bem como a apreensão do conteúdo dogmático desse princípio, faz-se necessário uma outra depuração conceitual. Não raro, é possível encontrar uma diferenciação entre os conteúdos respectivos de segurança jurídica e de proteção da confiança. Tal disjunção, embora tenha fundamento relacionado ao aprimoramento técnico e terminológico da Ciência Jurídica – e justamente por tal razão mereça atenção¹⁰⁵ –, não deixa de reconhecer a relação havida entre tais princípios, como acima referido.

¹⁰⁵ Recordar-se, neste passo, a advertência feita por Norberto Bobbio, no sentido de que dar a cada coisa o seu nome não é um preciosismo formalista, mas uma preocupação com a construção de uma ciência (BOBBIO,

Em relação a tal diferenciação – entre segurança jurídica e proteção da confiança – Almiro do Couto e Silva¹⁰⁶ ensina que o princípio da segurança jurídica ramifica-se em dois principais sentidos, um *objetivo* e outro *subjetivo*. Essa é também a opinião de J. J. Gomes Canotilho¹⁰⁷.

No sentido objetivo, a segurança jurídica relaciona-se com a previsibilidade e a irretroatividade dos atos estatais, além de todos aqueles institutos previstos no artigo 5º, XXXVI, da CF/88 (ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada), ou na sistematização acima proposta, no primeiro dos significados referidos, qual seja o de previsibilidade. Por sua vez, no sentido subjetivo, a segurança jurídica se relacionaria com a proteção da confiança depositada pelos cidadãos em relação aos atos, procedimentos e condutas estatais (estabilidade) através de duas principais áreas de incidência, que poderiam ser sumarizadas, ainda segundo Almiro do Couto e Silva, do seguinte modo: a) impondo limites ao Estado em relação à prerrogativa de alteração de condutas ou modificação de atos produtores de efeitos favoráveis aos seus destinatários, ainda quando praticados à revelia da ordem jurídica; b) determinando “conseqüências patrimoniais por essas alterações sempre que

Norberto. **Teoria della scienza giuridica**. Turim: Giappichelli, 1950, p. 217). Demais disso, denotando a importância do correto emprego dos conceitos jurídicos dada a repercussão necessária quanto ao regime jurídico aplicável, lembra-se a passagem de Enzo Roppo, pela qual se tem que um “conceito jurídico” consiste em uma “*construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa*” (ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 7).

¹⁰⁶ COUTO E SILVA, A., O princípio..., esp. p. 272-276.

¹⁰⁷ É célebre, em relação ao tema, a passagem do publicista português, pela qual “*o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conforma autônoma e responsabilmente 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 da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica [posição defendida neste trabalho, considerada um noção mais ampla da segurança jurídica]. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conxionada 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*

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”¹⁰⁸. Nesse sentido, valendo-se das sempre primorosas palavras exaradas por Judith Martins-Costa, a proteção da confiança, ao menos nessas plagas, deve ser considerada uma verdadeira re-significação do princípio da segurança jurídica¹⁰⁹.

Diante disso, tendo por premissa que o princípio da proteção da confiança surge de uma dedução do princípio da segurança jurídica, poder-se-ia, para fins de previsão até mesmo terminológica, tratar da questão do seguinte modo: o gênero “princípio da segurança jurídica” *lato sensu*, tal como compreendido e sistematizado acima, ou seja, como resultante da confluência das três dimensões referidas (previsibilidade, acessibilidade e estabilidade), poderia ser dividido, sem o esgotamento ou compartimentalização de suas concepções, em duas principais formas de incidência: a) o sentido objetivo, aqui designada de segurança jurídica *stricto sensu*, cujo campo de incidência seria a ordem jurídica, objetivamente considerada; b) o sentido subjetivo, assim considerado a proteção da confiança depositada legitimamente pelos cidadãos nos atos e promessas feitas pelo Estado, em suas mais variadas espécies de atuação¹¹⁰.

Portanto, a proteção da confiança deve ser considerada como um princípio deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio

indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 256).

¹⁰⁸ COUTO E SILVA, A., O princípio..., p. 274.

¹⁰⁹ Para uma compreensão geral do que seja o fenômeno da re-significação, bem como no que tange ao especial sentido empregado no texto, vide MARTINS-COSTA, Almiro do Couto e Silva..., p. 120-148. A autora, com a peculiar propriedade, já havia tratado do tema em outro ensaio (MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, p. 228-255, set. 2002).

¹¹⁰ “*La sécurité juridique couvre en effet deux dimensions qui sont liées et qui renvoient toutes deux à cette idée générale de sécurité juridique comme garantie nécessaire au respect d’autres exigences, c’est-à-dire comme*

do Estado de Direito, com precípua finalidade voltada à obtenção de um estado de coisas que enseje de estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos.

A proteção da confiança tem, assim, a dimensão normativa precípua de um princípio jurídico¹¹¹, na medida em que possui por dever imediato a “promoção de um estado ideal de coisas”, embora tal conformação não lhe retire o dever mediato de “adoção da conduta necessária” para os fins almejados¹¹².

C. Da necessária delimitação conceitual – proteção da confiança e boa-fé

Afigura-se freqüente o emprego das expressões “segurança jurídica”, “proteção da confiança” e “boa-fé” sem distinção de significados. Ensina Almiro do Couto e Silva que “não é assim ou não é mais assim. Por certo, boa-fé, segurança jurídica e proteção da 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, se que, no entanto, umas se afastem completamente das outras”¹¹³.

principe-cadre ou principe ‘matriciel’. Une dimension est objective, l’autre subjective, cette seconde dimension englobant la logique de protection de la confiance légitime” (CALMES, Du principe..., p. 169).

¹¹¹ “[...] a confiança, adjetivada como ‘legítima’, é um verdadeiro princípio, isto é, uma norma imediatamente finalística, que estabelece o dever de atingir um ‘estado de coisas’ (o estado de confiança) a partir da adoção de determinados comportamentos” (MARTINS-COSTA, Almiro do Couto e Silva..., p. 137). Vide, também MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 2001, p. 85.

¹¹² ÁVILA, **Teoria dos...**, p. 70.

¹¹³ COUTO E SILVA, A., O princípio..., p. 272.

Das peculiaridades e dos intercâmbios existentes entre os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança ocupou-se o item supra. Percebeu-se, em suma, que a proteção da confiança decorre imediatamente do princípio da segurança jurídica, por representar a face subjetiva dessa.

Remanesce, entretanto, a necessidade de compreensão das relações porventura existentes entre o princípio da proteção da confiança e da boa-fé no Direito Administrativo. Tal abordagem não se afigura singela. As dificuldades de se discernir, na seara do Direito Administrativo, boa-fé e proteção da confiança já surgem do simples fato – já referido, nas palavras de Almiro do Couto e Silva – de que são valores de uma mesma constelação. Não raro, percebe-se uma absoluta despreocupação no que tange à diferença aqui tratada. Usa-se como justificação de uma mesma situação jurídica – por exemplo, para a preservação de atos ou de efeitos de atos sobre os quais os destinatários depositaram suas legítimas expectativas – ora a proteção da confiança, ora a boa-fé, ora, por fim, a própria segurança jurídica.

Nesse sentido, é importante enfatizar que aqui não se pretende tratar de uma questão meramente terminológica¹¹⁴, ou seja, não se busca saber qual é a melhor denominação a se dar a um fenômeno que alguns designam de proteção da confiança e outros, de boa-fé. A abordagem pretendida coloca-se num plano além do terminológico, qual seja, o de se vislumbrar se haveria diferenças substanciais entre a proteção da confiança e a boa-fé. Acredita-se, portanto, que a tarefa de se compreender corretamente o princípio da proteção da confiança reclama, insofismavelmente, a percepção de sua relação com a boa-fé.

¹¹⁴ Parafrazeando Humberto Ávila, quando de sua brilhante construção teórica acerca dos postulados normativos aplicativos, a “denominação é secundária. O decisivo é constatar e fundamentar sua diferente operacionalidade” (ÁVILA, **Teoria dos...**, p. 82). Isso significa dizer que há vários trabalhos científicos, bem como decisões judiciais que se valem da noção de boa-fé para a justificação de decorrências que, ao que se defende, se originam do princípio da proteção da confiança. Em relação a tal indistinção, a questão afigura-se meramente terminológica e, pois, secundária.

O princípio da boa-fé é noção que deitou raízes e se desenvolveu no Direito Privado¹¹⁵. Nesta seara, chama a atenção o grau de desenvolvimento teórico que tal princípio alçou¹¹⁶, com matizes de evolução teórica especialmente voltadas ao estudo dos negócios jurídicos e das obrigações. A boa-fé, em termos gerais, dicotomiza-se em dois sentidos básicos, um subjetivo e outro objetivo¹¹⁷. No sentido subjetivo (*guter Glaube*, no alemão), significa um verdadeiro estado anímico, residente no campo das intenções, qualificado pelo sentimento pessoal (daí a qualificação de “subjetiva”) de atuação conforme a ordem jurídica. No sentido objetivo (*Treu und Glauben*), a boa-fé enseja imposições de natureza comportamental, sem agressão nem frustração às expectativas legitimamente criadas, qualificando, pois, “uma norma de comportamento leal”¹¹⁸, da qual decorrem conseqüências hermenêuticas, bem como a imposição de deveres jurídicos ou limites à fruição de direitos subjetivos¹¹⁹.

No sentido objetivo ou comportamental, indutor de conseqüências jurídicas igualmente objetivas, a boa-fé aproxima-se – quase a ponto da identidade – do princípio da proteção da confiança. Talvez por tal razão já se tenha afirmado, embora em contexto pouco diverso, que a confiança representaria um subprincípio da boa-fé objetiva¹²⁰.

¹¹⁵ COUTO E SILVA, A., O princípio..., p. 272.

¹¹⁶ Em solo pátrio, pouco resta a ser dito sobre o princípio da boa-fé nas relações de índole contratual e obrigacional após a obra MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Também COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. Para o aprofundamento do tema, leitura também recomendável é MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

¹¹⁷ Vide DE LOS MOZOS, Jose Luis. **El principio de la buena fe**. Barcelona: Bosch, 1965, esp. p. 39 et seq.. Quanto à diferenciação referida no texto, especialmente no Direito Público, vide GARCIA LUENGO, **El principio...**, esp. p. 121-128.

¹¹⁸ MARTINS-COSTA, **A boa-fé...**, p. 412.

¹¹⁹ Ibidem, p. 427-472.

¹²⁰ SANTOLIM, César Viterbo Matos. **A aplicação dos princípios de proteção do consumidor ao comércio eletrônico no direito brasileiro**. 2003. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, p. 83 et seq..

Em alguns países, inclusive, como é o caso da Espanha¹²¹, não seria exagerado afirmar que o princípio da proteção da confiança surgiu e tomou forma – ora pela identificação, ora dotado de sentido próprio – pelas mãos do princípio da boa-fé objetiva¹²². Por certo, a doutrina produzida naquele país no final da década de 70 e no início da década de 80 contribuiu para tal realidade. Dois trabalhos, nesse sentido, merecem destaque: o artigo “La buena fe en las relaciones de la Administración con los administrados”, de Fernando Sainz Moreno¹²³ e, com maior amplitude, a obra de Jesús Gonzáles Péres, intitulada “El principio general de la buena fé em el Derecho Administrativo”¹²⁴. No Brasil, do mesmo modo, há bons trabalhos sobre a boa-fé em sentido objetivo, com um significado muito próximo, senão sinónimo, àquele que, ao que se pensa, há de ser destinado ao princípio da proteção da confiança. Dentre tais trabalhos não se podem deixar de mencionar os seguintes: “A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública”, de José Guilherme Giacomuzzi¹²⁵, e “O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo Brasileiro”, de Edílson Pereira Nobre Júnior¹²⁶.

Entretanto, ao que parece, a identidade entre o princípio da proteção da confiança e da boa-fé objetiva não se afigura como a solução mais adequada, embora, desde já, sejam

¹²¹ A análise do princípio da proteção da confiança no Direito Comparado merecerá tratamento destacado, justificando a superficialidade, nesse momento, da afirmação contida no texto.

¹²² CASTILLO BLANCO, **La protección...**, esp. p. 255-276. Em relação à situação atual, o autor (Ibidem, p. 271) assevera que “*En fin, nuestros tribunales de justicia proclaman con igual celo, según venimos exponiendo, el principio de protección de confianza legítima y el de buena fé. Conjunta o separadamente, ambos son recogidos para, al fin y a la postre, proteger situaciones jurídicas legítimas en que la actuación de la Administración no ha respondido a lo que de ella se esperaría, donde ésta se ha contradicho en su relación con los ciudadanos o infringido la confianza que en ella se había depositado. Sin embargo, hay que reiterar que dicha aplicación se ha realizado, en la mayoría de las ocasiones, con sumo desconcierto, con una aplicación simultánea de ambos conceptos a situaciones fácticas idénticas y sin deslindar suficientemente el campo de acción de cada uno de ellos*”.

¹²³ SAINZ MORENO, Fernando. La buena fe en las relaciones de la administración con los administrados. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 89, p. 293-314, 1979.

¹²⁴ GONZÁLES PÉREZ, **El principio...** A primeira edição é de 1983.

¹²⁵ GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹²⁶ NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no Direito Administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Safe, 2002.

reconhecidas as suas óbvias conexões¹²⁷. Nessa senda, assume-se o risco de se transformar a preocupação com a precisão técnica em preciosismo estéril. A busca pelo conteúdo dogmático do princípio da proteção da confiança, todavia, justifica o risco assumido.

Com efeito, tomando-se a noção de boa-fé objetiva como imposição de conduta leal, inegável é a sua proximidade com o princípio da proteção da confiança, o qual visa, *ultima ratio*, a estabelecer um estado de tutela jurídica – direta ou indireta, positiva ou negativa – das expectativas legitimamente depositadas pelos administrados em relação às condutas, procedimentos, promessas, atos perpetrados pelo Estado em sua atividade administrativa. Nesse sentido, tendo-se por foco a necessidade de lealdade de conduta, garantidora (*ex post*) da estabilidade das relações jurídicas, os conceitos dos princípios em tela muito se aproximam.

Outrossim, a contribuir ainda mais para a proximidade de sentidos, deve-se considerar que a boa-fé objetiva se torna operativa com vistas à produção de um estado de confiança mútua. São, realmente, valores de uma mesma constelação. Há, contudo, empecilhos ao reconhecimento da identidade de tais princípios.

Na tarefa de diferenciá-los não se pode admitir, por superficial, a segregação que assevera, simplesmente, que a boa-fé seria um princípio aplicável tão-somente no âmbito do Direito Privado, restando uma outra construção teórica – proteção da confiança – para quando se tratasse de relações jurídicas em que o Estado se faz presente.

¹²⁷ Não se concorda inteiramente, assim, com a passagem de GONZÁLES PÉREZ, Jesús **El principio...**, p. 55, para quem “*Y así lo pone de manifiesto el resumen que se ofrece a continuación del régimen jurídico del principio de la confianza legítima. Los requisitos para que opere el principio y los efectos no difieren sustancialmente de los que constituyen el régimen jurídico del principio de la buena fe*”.

Do mesmo modo, não procede a afirmação de que a boa-fé objetiva seria, em termos absolutos, aplicável somente quando as relações jurídicas fossem de natureza paritária, afastando-se, assim, dos casos em que as relações jurídicas não estivessem amoldadas em termos de absoluta igualdade, como é o caso das relações de Administração Pública¹²⁸, qualificadas por responsabilidades e prerrogativas públicas biunívocas. Isso porque, embora seja correto afirmar que a boa-fé objetiva requer um plano de igualdade em maior sentido do que em relação ao princípio da proteção da confiança legítima¹²⁹, tal problema, se assim se entendesse, poderia ser superado com a simples adaptação a tal posição de prerrogativas¹³⁰. Não é essa, contudo, a questão.

Do mesmo modo, não parece ser totalmente adequada a relação havida entre boa-fé e proteção da confiança, tal como noticiado por Humberto Ávila. Segundo o autor, ocorreria a incidência do princípio da proteção da confiança quando “um ato normativo, com validade presumida, cria, na esfera jurídica do particular, uma razoável expectativa quanto ao seu cumprimento”¹³¹, ao passo que o princípio da boa-fé objetiva teria espaço para a proteção daquelas expectativas ensejadas por atos jurídicos de cunho individual, pessoal e concreto¹³².

A interconexão entre a boa-fé objetiva e a proteção da confiança deve ser, segundo se entende correto, colocada de outro modo. Sendo a boa-fé objetiva um princípio que almeja um estado de coisas qualificado pela busca a condutas leais e, em relações bilaterais, pela busca de comportamentos reciprocamente leais, tal imposição se apresenta nas relações de Direito Administrativo numa via de duas mãos, tanto impondo um comportamento franco da

¹²⁸ CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, esp. p. 51-60

¹²⁹ CASTILLO BLANCO, **La protección...**, p. 273.

¹³⁰ Tal é a solução, de resto criativa, proposta por GONZÁLES PÉREZ, **El principio...**, p. 101.

¹³¹ ÁVILA, **Benefícios...**, p. 6.

Administração Pública para com o administrado, como impondo a reciprocidade de tal dever de lealdade, ou seja, uma conduta reta do administrado em relação à Administração Pública.

A proteção da confiança, por seu turno, afigura-se uma feição mais ampla, deduzida, imediatamente, da imposição de segurança jurídica e, mediatamente, do Estado de Direito, que visa à obtenção de um estado de estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos das atividades estatais. Ocorre que nem sempre tal proteção estará diretamente condicionada à boa-fé do administrado¹³³. Não se trata, portanto, de uma relação necessária.

Tal afirmação merece esclarecimentos. Com efeito, quando a confiança for depositada – pelos administrados – por conta de atos inválidos praticados pela Administração Pública de natureza concreta, individual e pessoal, a incidência do princípio da proteção da confiança, por óbvio, restará condicionada à boa-fé do administrado, sendo essa, pois, pressuposto da incidência do princípio da proteção da confiança. Daí por que já se afirmou que “la buena fe incorpora el valor ético de la confianza”¹³⁴.

Naqueles atos normativos de validade presumida, criadores de razoáveis expectativas em face dos administrados, que, a partir de sua concretização, lograrão algum benefício, o princípio da proteção da confiança atuará, *per se*, prescindindo de qualquer manifestação

¹³² Ibidem, p. 6. Tal diferença também é encontrada em ÁVILA, **Sistema...**, p. 311. Bem como em OSSENBÜHL, *apud* GARCIA LUENGO, **El principio...**, p. 149.

¹³³ Tratando da questão no Direito Privado, ensina Gerson Luiz Carlos Branco que “O âmbito de atuação do princípio da confiança é maior que o da boa-fé, mas a boa-fé objetiva atua para tornar concreta a proteção da confiança e, portanto, para proteger o bem confiança. Quem age conforme os deveres que nascem pela incidência do princípio da boa-fé, também age conforme os deveres que derivam do princípio da confiança. Os limites exatos entre o âmbito de atuação de ambos é nebuloso” (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, out./dez. 2002, p. 185).

explícita de boa-fé dos destinatários do ato, restando essa exigência substituída, em grande medida, pela presunção de validade de tal ato administrativo.

Portanto, nos atos de natureza concreta, quando praticados de modo contrário à ordem jurídica, os destinatários da função estatal de administração pública somente poderão se valer do princípio da proteção substancial da confiança se portarem, de sua parte, um comportamento que, segundo parâmetros objetivos e subjetivos, poderia ser qualificado como de boa-fé. Tal pressuposto, por seu turno, não se apresentaria imprescindível, por exemplo, no que tange aos atos estatais de índole normativa ou em relação aos precedentes administrativos.

Assim, em termos de conclusão, poder-se-ia afirmar que o princípio da proteção da confiança e o princípio da boa-fé imbricam-se, numa necessária confluência para um estado de lealdade a se exigir tanto da Administração Pública quanto daqueles que são os destinatários de sua função. Entretanto, tais princípios não são portadores de um sentido absolutamente idêntico. A relação havida entre eles consiste no fato de que a proteção da confiança, sobretudo em relação a atos administrativos concretos, individuais e pessoais, terá a boa-fé do administrado como pressuposto¹³⁵, não como fonte (sobreprincípio) ou como resultado (subprincípio). Nesse sentido, lembra-se da passagem de Judith Martins-Costa, pela qual “a confiança (cum fides) adjetiva-se na boa-fé (bona fides)”¹³⁶.

¹³⁴ GONZÁLES PÉREZ, **El principio...**, p. 53. Conviniente recordar que esse mesmo autor entende não serem convincentes nem úteis as preocupações que tendem a um discernimento entre proteção da confiança e boa-fé (Ibidem, p. 54-55).

¹³⁵ “... *la bonne foi se révélant être, dans tous les cas, une condition centrale du mécanisme g[énéral de protection de la confiance légitime*” (CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 240-245).

¹³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a Administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, vol. 22. Porto Alegre: UFRGS, set. 2002, p. 236.

Essa, ao que parece, é a relação havida entre a boa-fé objetiva e a proteção da confiança legítima.

D. Dos falsos óbices à incidência do princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo

Os princípios jurídicos, como já se disse, encontram-se em posição de destaque no atual estágio da ciência jurídica. Como também já se afirmou, desconsiderá-los representaria absoluta pobreza hermenêutica, do mesmo modo que utilizá-los de forma desmedida levaria à desordem jurídica. *Virtus est in medio*.

O termo médio de realidade hermenêutica que se pretende é dado pelos próprios princípios, que, em busca de uma visão de coerência do Direito, conformam-se através de mecanismos de ponderação. Nenhum princípio, *a priori*, terá o condão de esgotar o conteúdo dos demais princípios presentes no sistema jurídico. Por certo, existirão colisões, em termos concretos, entre princípios, as quais deverão ser solvidas através de outros instrumentos hermenêuticos. Essa análise, entretanto, revela-se eminentemente casuística. Mesmo assim, é conveniente, ainda num plano abstrato, o cotejo do princípio da proteção da confiança com outras normas jurídicas, quais sejam, a legalidade e o interesse público, para que se vislumbre se tais princípios representam – como pronunciam algumas vozes resistentes ou misoneístas – algum óbice à incidência do princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo.

Por premissa teórica, há de se ter que a proteção da confiança pode conviver harmonicamente com a legalidade e com o interesse público, especialmente porquanto pode representar ela mesma a proteção da confiança, formas de concreção da legalidade e do próprio interesse público. Ademais, mesmo em situações que, numa análise aparente, poderiam representar uma contenda hermenêutica entre a proteção da confiança, de um lado, e a legalidade e o interesse público, de outro, tal aparente contrariedade há de ser solvida de forma a garantir a máxima efetividade de todos os valores em jogo.

i. Legalidade administrativa

A legalidade, por razões óbvias, é colocada em posição destacada nos estudos de Direito Administrativo¹³⁷ desde o reconhecimento da autonomia científica de tal disciplina, o que coincide com o surgimento do próprio Estado de Direito em sua feição liberal¹³⁸. Ocorre que, após o reconhecimento da legalidade administrativa enquanto valor nuclear do Direito Administrativo, seguiram-se momentos de delimitação científica, de compreensão de sua operatividade, bem como de uma hipertrofiada utilização deste princípio como valor absoluto no Direito Administrativo.

¹³⁷ Diz Celso Antônio Bandeira de Mello que “*este [a legalidade] é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo*” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 90). Também nesse sentido, “*o Direito Administrativo é determinado por toda uma série de princípios. O mais importante é, seguramente, o princípio da legalidade da administração pública*” (MAURER, **Elementos...**, p. 45). Concorde-se com os ilustres autores – e este ao que parece é o contexto unicamente cabível – quanto ao fato de que o princípio da legalidade é o mais tratado doutrinariamente e mais diretamente relacionado com a atividade concreta ou normativa da Administração Pública. Uma hierarquização *a priori* e abstrata que coloca a legalidade em posição de maior importância em relação aos demais princípios, como se poderia depreender das passagens isoladamente consideradas não se apresenta, todavia, adequada. Para um aprofundamento acerca da legalidade administrativa, vide, por todos, RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In: ÁVILA, Humberto (Org.) **Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54-89.

Ora, não é dado olvidar que “princípio absoluto”, consoante os hodiernos estudos de hermenêutica jurídica, consiste numa contradição em termos, porque se algo é princípio jurídico não pode ser considerado absoluto e, sendo absoluto, não se lhe pode reconhecer a feição de princípio¹³⁹. Justamente por isso, adiantando-se a conclusão do item ora desenvolvido, é que não se afigura adequado afirmar que o princípio da proteção da confiança não teria aplicabilidade no Direito Administrativo em face do princípio da legalidade.

Com efeito, seja no que tange à manutenção de atos administrativos inválidos sobre os quais o destinatário depositara legitimamente sua confiança, seja no que tange à preservação de efeitos benéficos a destinatários ou terceiros que não concorreram para o motivo ensejador da necessidade de extinção de atos ou procedimentos da Administração Pública, seja, por fim, quanto à concessão de efeitos patrimoniais às expectativas criadas em face de condutas administrativas, frequentes são as resistências endereçadas à incidência do princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo, as quais, geralmente são acompanhadas da utilização, por vezes falaciosa, no princípio da legalidade¹⁴⁰. Por tal razão, não parece ser exagerado afirmar que o princípio da proteção da confiança representa um verdadeiro choque

¹³⁸ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 19.

¹³⁹ Para uma crítica à perspectiva totalizante e absoluta do princípio da legalidade, contrária, pois, ao seu próprio mister axiológico, vide OHLWEILER, Leonel. **Direito administrativo em perspectiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

¹⁴⁰ Almiro do Couto e Silva ensina ainda que “A Administração Pública brasileira, na quase totalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e a jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica” (COUTO E SILVA, A., *Princípios...*, p. 62). Tais resistências ao princípio da segurança jurídica, bem assim ao princípio da proteção da confiança, como será tratado em momento oportuno, persistem mesmo que, em relação a algumas de suas aplicações concretas, já tenham passado do estado “*de lege ferenda*” para uma realidade “*de lege lata*”. Tal é o que sucede como o prazo decadencial para a Administração Pública invalidar seus próprios atos administrativos inválidos.

em face da tradicional cultura jurídico-administrativa, normalmente indutora de uma aplicação hipertrofiada do princípio da legalidade¹⁴¹.

Assim, importante – e, como já se afirmou, ainda num plano abstrato – ser analisado se e como a legalidade e a proteção da confiança cotejam-se através de instrumentos hermenêuticos de ponderação. Para tanto, mesmo que não seja esse o objeto central de análise, fazem-se convenientes algumas considerações acerca da legalidade administrativa.

Costuma-se sintetizar a legalidade administrativa através de uma frase celebrizada por Hely Lopes Meirelles segundo a qual “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”¹⁴². Essa frase pode ser utilizada para se expressar didaticamente o significado da legalidade administrativa. Todavia, numa perspectiva em que se pretenda vislumbrar o seu verdadeiro significado jurídico, bem assim suas relações com o princípio da proteção da confiança, devem-se compreender os sentidos que se pode atribuir à expressão “legalidade administrativa”, reconhecendo, de plano, que se desdobra em várias espécies normativas¹⁴³.

¹⁴¹ “[...] *el principio de protección de la confianza legítima tiene un contenido realmente chocante para nuestra mentalidad jurídico-administrativa, formada en el respeto absoluto de la legalidad de la actuación administrativa, respeto que actúa como límite al juego de otros principios utilizados por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa como el de la buena fe o el de los actos propios, ya que permite mantener los efectos de determinadas situaciones ilegales, mantenimiento que se justifica por la protección que merece el particular que confió legítimamente en la estabilidad de la situación jurídica creada por la Administración. En tales supuestos, la seguridad jurídica prima sobre el principio de legalidad de la actuación administrativa e impide a la Administración remover la situación favorable al Administrado por muy ilegal que sea*” (MARIN RIAÑO apud CASTILLO BLANCO, **La protección...**, p. 99).

¹⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88. Importante salientar que tal frase, com pequenas variações, já era encontrada em obra de João Barbalho Uchôa Cavalcanti datada de 1903. Dizia-se, naquela oportunidade, que “*ao individuo é reconhecido o direito de fazer tudo quanto a lei não tem prohibido, e não pôde elle ser obrigado sinão ao que elle lhe impõe. [...] Com a autoridade, porém, com os funcionarios públicos, dá-se justamento o contrario, - só podem fazer, nessa qualidade, o que a lei autorisa, como n’outra parte já expozemos*” (CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira (1891)**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editoria, 2002, p. 302).

¹⁴³ Tais idéias, agora com alguns aprimoramentos (ao que se espera), já foram externadas em MAFFINI, Rafael Da Cás. Em torno do prazo decadencial de invalidação de atos administrativos no exercício da autotutela administrativa. In: ÁVILA, Humberto (Org.) **Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 293-315. Importante salientar que as considerações ora vertidas quanto à condição normativa multifacetada da legalidade administrativa subjazem à

A legalidade administrativa – relevante não somente ao Direito Administrativo, mas também ao Direito Constitucional¹⁴⁴ – consiste, em verdade, ora numa regra, ora em princípio e ora num postulado, muito embora normalmente seja considerada norma da espécie “princípio”, o que se faz, na maior parte das ocasiões, de forma descuidada do ponto de vista terminológico.

Por vezes se denomina “legalidade administrativa” a norma tipicamente comportamental, endereçada ao Poder Público ou a quem lhe faça as vezes, pela qual a Administração Pública somente poderia agir se houvesse permissivo legal que precedesse e estabelecesse os meios de atuação. Tal reserva legal¹⁴⁵ – *Vorbehalt des Gesetzes* –, mitigada recentemente sobretudo em relação à edição de atos normativos com a promulgação da Emenda Constitucional n° 32/01, corresponderia à legalidade administrativa como “regra jurídica”, no sentido de que é proibido a atuação do Poder Público sem lei que credencie tal forma de atuação.

Numa segunda acepção normativa, é possível utilizar-se da legalidade administrativa como instrumento para a consecução da finalidade consubstanciada na promoção do controle do Poder Público, num verdadeiro fato sociológico, prestando-se como princípio regulador da conduta dos órgãos de mando¹⁴⁶. No que tange a direitos e garantias fundamentais, o princípio

concordância com a classificação tripartite de normas jurídicas propostas por ÁVILA, **Teoria dos...**, esp. p. 60-61.

¹⁴⁴ “À face da CRP [o que também é aplicável à Constituição brasileira] a questão da legalidade não é apenas de direito administrativo, ou seja, de legalidade da actividade da administração, mas também de direito constitucional [...]” (MONCADA, Luís S. Carbral de. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 1141).

¹⁴⁵ Costuma-se atribuir tal expressão a MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Traducción Horacio H. Heredia, Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 95. Tal obra é a tradução da edição francesa de 1903 (*Le droit administratif allemand*). Todavia, as idéias nela contidas já se apresentavam na edição alemã de 1895 (*Deutsches Verwaltungsrecht*).

¹⁴⁶ “A legalidade é, desde logo, um facto sociológico: qualquer que seja o modelo de sua estruturação política, toda a sociedade controla em certo grau o poder estadual, isto é, gera e tende a institucionalizar factores

da legalidade administrativa tem por principal desiderato dimensionar com significativa previsibilidade os meios de atuação estatal que, nas mais variadas formas, podem restringir liberdades outorgadas aos cidadãos e, *contrario sensu*, aquelas outras em que a ingerência estatal seria vedada. Nesse sentido, intimamente coligada à noção de segurança jurídica, encontra-se a legalidade administrativa enquanto princípio. A tênue relação entre legalidade e segurança jurídica (na sua feição *ex ante*) afigura-se mais clara quando é vislumbrada na perspectiva de “previsibilidade” (*Voraussehbarkeit*) ou, em outros termos, de possibilidade de “cálculo prévio” (*Vorausberechenbarkeit*) acerca das medidas ou comportamentos do Poder Público¹⁴⁷.

Por fim, a legalidade administrativa pode ser considerada como uma norma da espécie “postulado”¹⁴⁸. Nesse sentido, costuma-se apontar como um dos significados da legalidade, a denominada “primazia da lei”, expressão essa também cunhada por Otto Mayer – *Vorrang des Gesetzes* – segundo o qual “cuando la voluntad del Estado tiene ese origen [a lei e, como se verá, o Direito como um todo], no puede ser validamente anulada, modificada o privada de sus efectos por ninguna otra via; por otro lado, ella anula todos los actos ya emitidos en nombre del Estado, que le sean contrarios”¹⁴⁹.

Tal significado, originalmente coligado à estrita legalidade, ampliou-se para submeter, sob pena de invalidade, a atividade de administração pública não somente à lei, mas também a todo Direito, consoante determinado, em âmbito federal, pelo artigo 2º, parágrafo único, I, da

*sócio-éticos de pressão sobre as autoridades. Nos Estados cuja matriz emerge das ideais e instituições consagradas pela Revolução Francesa, a limitação do poder inspira, como categoria filosófico-jurídica, os poderes constituintes, determinando a afirmação – expressa ou implícita – da legalidade nos textos constitucionais, como princípio regulador da conduta dos órgãos de mando” (SÉRVULO CORREIA, **Legalidade...**, p. 17).*

¹⁴⁷ Vide item B, neste capítulo 1, *supra*.

¹⁴⁸ Postulados aqui compreendidos como “normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios” (ÁVILA, **Teoria dos...**, p. 120).

Lei n° 9.784/99¹⁵⁰, ou seja, tal significado, verdadeiro vetor hermenêutico, impõe seja considerada inválida e se oriente, em princípio, à sua desconstituição toda e qualquer forma de atuação administrativa do Estado que se desgarre da lei que a embasa e do Direito como um todo, sobretudo em relação aos demais princípios que lhe sejam norteadores, tais como moralidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica etc¹⁵¹.

Com esse significado mais amplo de legalidade administrativa¹⁵², tem-se que os atos não devem ser praticados somente em conformidade com as regras legais que lhe sejam aplicáveis. Devem, ao mesmo tempo, ser praticados de forma compatibilizada com as demais normas jurídicas (regras, princípios e postulados) de Direito Administrativo. Trata-se de um imperativo que impõe seja a Administração Pública colocada em face da lei e do Direito através daquilo que José Carlos Vieira de Andrade denominou de “heteronomia imperfeita”, ou seja, “cada acto administrativo está em parte determinado por normas abstractas que tem de respeitar e de executar, em parte correspondente a momentos autónomos de ‘concretização’, de ‘desenvolvimento’ ou de ‘criação’ de órgão administrativo”¹⁵³. Assim, inobservadas tais normas abstratas – regras, princípios e postulados –, padecerá a conduta concreta em questão de um vício de invalidade, ou seja, havendo tensão entre o que, de um

¹⁴⁹ MAYER, *Derecho...*, p. 95.

¹⁵⁰ Lei n° 9.784/99, Artigo 2°. “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. ... Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: ... I - atuação conforme a lei e o Direito”. É notável a influência do artigo 20.3, da Constituição da Alemanha (“*Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*”).

¹⁵¹ Decisão extremamente didática nesse sentido, cristalizando recentemente uma orientação que já vinha sendo construída há certo tempo pelo STF, consiste no RMS 24.699, Rel. Min. Eros Grau, j. 30.11.2004.

¹⁵² Várias são as denominações pelas quais a doutrina tem batizado tal significado: legalidade *lato sensu*, bloco de legalidade e, mais recentemente, e com mais razão, “*juridicidade*”. Vide, nesse sentido, MERKL, Adolf. **Teoria general del derecho administrativo**. México: Nacional, 1980. Também NOVOA, Seguridad..., p. 48. Na doutrina brasileira, vide ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 69-70; HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 107; FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 83; ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 51-64, abr./jun. 2004.

lado, a lei e o Direito prevêm e, de outro, o que realmente se levou a efeito quando da atividade concreta do Estado, ter-se-á que aqueles – lei e Direito – mostram-se primazes em relação a esse – o ato praticado –, atribuindo-se-lhe, pois, a condição de inválido. Tal é a legalidade administrativa como postulado normativo aplicativo, significado esse que, por óbvio, apresenta-se intimamente relacionado com os demais sentidos normativos da legalidade – tanto na legalidade enquanto princípio como na legalidade enquanto regra.

Justamente nesse sentido de uma legalidade mais ampla (*juridicidade*), que impõe uma necessária interação entre, de um lado, a legalidade, considerada numa perspectiva estrita e formal e, de outro, todos os demais princípios norteadores do Direito Administrativo, é que se permite colocar em cotejo a legalidade administrativa e a proteção da confiança. Em palavras que se pretendem mais claras, resta singela a tarefa de se conciliar o princípio da proteção da confiança com a legalidade administrativa, na medida em que se deve ter que a segurança jurídica – e, assim, a proteção da confiança – não fica postada sob a lei, mas acima, ou, pelo menos, ao lado dela. Como sustenta Javier García Luengo, “la seguridad jurídica no es solamente seguridad en legalidad sino también, seguridad en el Derecho”¹⁵⁴.

Deve-se considerar, ainda, uma questão mais importante, que se situa na própria fundamentação material da legalidade administrativa. A legalidade, como já asseverado acima, é um dos elementos constitutivos da aceção formal do Estado de Direito, além de ser verdadeiro instrumento de consecução da segurança jurídica, no seu sentido de previsibilidade (*ex ante*) do Direito. Ora, na maior parte das situações que envolvem a atuação estatal, a legalidade irá ao encontro das noções que lhe são finalisticamente relevantes. Nesses casos, a aplicação da legalidade administrativa deverá ser inteiramente incentivada e protegida.

¹⁵³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1992, p. 15.

Ocorre que, em situações que são, por definição, paradoxais, a aplicação absoluta e acrítica das soluções determinadas pela lei, *in casu* aplicada de modo formal e estrito (o que se poderia denominar “legalismo”) poder-se-ia ensejar – e aí o paradoxo – justamente uma agressão aos ditames de segurança jurídica e, assim, ao próprio Estado de Direito. Em tais circunstâncias extremas, impõe-se seja a legalidade concretamente ponderada ou temperada¹⁵⁵ com outros valores, os quais não são, num abstrato, nem mais nem menos importantes à ciência jurídica. Dentre tais valores destaca-se, no presente ensaio, o princípio da proteção da confiança. Assim, se é verdade que a legalidade administrativa é um dos indutores da segurança jurídica, não menos verdadeiro é afirmar que não é o único¹⁵⁶, devendo ser ponderado num fenômeno que culmina por produzir também um estado de coisas correspondente ao princípio da proteção da confiança¹⁵⁷.

Ademais, em termos mais diretos, a relação entre legalidade administrativa e proteção da confiança fica deveras nítida quando a incidência do princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo se dá por meio de instrumentos positivados em textos legais¹⁵⁸. Ou seja, a legalidade administrativa, em qualquer de seus inúmeros significados, não deve ser utilizada, *ex abstrato* e *per se*, como um obstáculo absoluto e, pois, intransponível à incidência do princípio da proteção da confiança, com o qual, aliás, deve conviver harmonicamente numa situação de ponderação.

¹⁵⁴ GARCÍA LUENGO, **El principio...**, p. 198.

¹⁵⁵ O emprego da expressão “temperar a legalidade com outros cânones da estabilidade das relações jurídicas” deve-se a uma remissão a precedentes de lavra do eminente Min. Humberto Gomes de Barros, no Superior Tribunal de Justiça, dos quais se destacam o REsp 6.518, Rel. Min. Gomes de Barros, j. 19.08.1991 e o REsp 45.522, Rel. Min. Gomes de Barros, j. 14.09.1994.

¹⁵⁶ MARTINS-COSTA, A proteção..., p. 232.

¹⁵⁷ CASTILLO BLANCO, **La protección...**, p. 375.

¹⁵⁸ Como ocorre com o Artigo 54, da Lei nº 9.784/99 e com o Artigo 103-A, da Lei nº 8.213/91, preceitos estes que serão devidamente analisados na segunda parte deste trabalho.

ii Interesse público

Costuma-se apontar o princípio da supremacia do interesse público como um dos pilares básicos do Direito Administrativo. Em solo pátrio, um dos principais – senão o principal – propagador de tal ideário é Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a supremacia do interesse público sobre o privado consiste num “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”¹⁵⁹.

Recentemente, surgiram novas reflexões sobre a referida supremacia do interesse público sobre interesses privados, inclusive quanto à sua condição de princípio, como em relação ao modo de sua aplicabilidade no Direito Administrativo¹⁶⁰. Essas reflexões, por certo, decorreram da própria vagueza e imprecisão do que se deva – ou se possa – compreender por interesse público, o que, dependendo da interpretação pugnada, poderia, inclusive, ensejar conseqüências totalmente contrapostas ao próprio princípio.

¹⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, C., *Curso de...*, p. 60.

¹⁶⁰ Alguns trabalhos devem ser aqui destacados: ÁVILA, Humberto. Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998; JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a ‘personalização’ do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999; OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1998; SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 4, p. 167-185, jan./mar. 2004; ARAGÃO, Alexandre Santos de. A ‘supremacia do interesse público’ no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 8, p. 7-21, jan./mar. 2005; BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 8, p. 77-113, jan./mar. 2005.

Não se pode desconsiderar que, em nome do interesse público – noção, de resto, facilmente manipulável por administradores nocivos – não poucas arbitrariedades foram e são cometidas¹⁶¹. O presente enfrentamento não possui a pretensão de analisar mais detidamente a definição de interesse público. Tal conceito, aliás, afigura-se carente de uma determinação semântica, o que põe em dúvida, até mesmo, se é possível a elaboração de um conceito *a priori* do que seja o interesse público.

Ademais, como já foi afirmado, em incitante trabalho já se chegou a questionar a condição de princípio, que, como dogma ou axioma, vem sendo reconhecido à noção de uma supremacia do interesse público sobre o particular¹⁶², o que foi contraditado em outro oportuno artigo de doutrina¹⁶³.

Entretanto, algumas considerações acerca da noção de interesse público são especialmente importantes para seu cotejo com o princípio da proteção da confiança. Com efeito, independentemente de a supremacia do interesse público ser considerada um princípio ou não, quer parecer que uma outra conclusão se mostra inquestionável. Trata-se do fato de que o interesse público, finalidade que é da ação administrativa (essa é a sua verdadeira funcionalidade do Direito Administrativo), não tem o condão de, senão mediatizado por regras legais e constitucionais de atribuição de competência (legalidade enquanto regra da reserva legal), outorgar poderes ilimitados ao Poder Público.

¹⁶¹ Há quem sustente que a “supremacia do interesse público sobre o privado”, embora acompanhe os estudos de Direito Administrativo já quando da noção de Estado de Direito, seria, na verdade, uma reminiscência do período autoritário típico do Antigo Regime. Nesse sentido, BINENBOJM, op. cit., p. 79; OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública:** o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 275;

¹⁶² ÁVILA, Repensando..., p. 159-180.

¹⁶³ OSÓRIO, Existe uma supremacia...

Portanto, é bem verdade que o interesse público representa uma verdadeira finalidade – conceitual, aliás – do Direito Administrativo. Do mesmo modo, afigura-se apropriado reconhecer a existência de inúmeras técnicas e instrumentos de prerrogativas públicas outorgados em favor da Administração Pública, o que, por certo, contribui sobremaneira para o próprio desempenho concreto de tal espécie de atividade estatal. Num exame superficial, é possível relacionar vários exemplos em que o interesse público, devidamente mediatizado por regras legais de atribuição de competência, culmina por outorgar posições de superioridade em favor da Administração Pública nas relações travadas com particulares ou, até mesmo, com outros entes públicos. Nesse sentido, podem ser arrolados os mecanismos de intervenção estatal na propriedade alheia – supressiva (ex. desapropriação) ou restritiva (ex. tombamento, servidão administrativa, requisição administrativa)¹⁶⁴ –, bem como o exercício do Poder de Polícia e, em geral, todas as prerrogativas sancionatórias¹⁶⁵ da Administração Pública; as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos; os atributos dos atos e decisões administrativas; dentre tantas outras prerrogativas públicas previstas na ordem jurídica.

Esse, aliás, é um aspecto que merece ser enfatizado no tocante a tais prerrogativas públicas. Ocorre que, mesmo quando existentes, não são diretamente decorrentes do interesse público, mas, como já referido, devem, sob pena de contrariedade à ordem jurídica, sofrer um fenômeno de mediatização advindo da necessidade de regras expressas contidas em leis em sentido formal. Ou seja, quando houver a previsão de uma determinada prerrogativa pública, essa deve ser considerada como um resultado que, somente de forma mediata, tenha fundamento na noção de interesse público, sendo necessário uma fundamentação imediata em regras de atribuição de competência. Nesse sentido, a legalidade funciona, de um lado, como

¹⁶⁴ A classificação das formas de intervenção estatal na propriedade alheia, dividindo-as em supressivas e restritivas, é encontrada, por exemplo, em CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 495.

instrumento de previsibilidade, tal como entendido quando da análise do princípio da segurança jurídica e, de outro, como verdadeiro direito fundamental de contenção de poder.

Não se pode, entretanto, reconhecer ao interesse público uma feição relacional única e invariável, da qual resultaria incontrastável e absolutamente recorrente a predileção dos interesses públicos – o emprego no plural é proposital –, quaisquer que fossem, em detrimento de toda e qualquer manifestação de interesses privados¹⁶⁶. Outrossim, a existência de algumas prerrogativas públicas não pode induzir à conclusão de que a Administração Pública sempre teria uma posição vantajosa em prejuízo dos interesses privados. Não se pode, pois, desconsiderar o extenso rol de direitos e garantias fundamentais propositalmente colocados no início do texto da Constituição Federal¹⁶⁷, que não permitiriam fossem os interesses dos cidadãos simples e aprioristicamente preteridos por um abstrato interesse público¹⁶⁸.

Assim, embora não se possa deixar de reconhecer que o interesse público seja realmente a finalidade da ação do Estado, quer parecer que o equívoco teórico de se considerar o interesse público invariavelmente privilegiado em relação aos interesses privados corresponderia ao mesmo absurdo de se considerar estes sempre privilegiados em relação àqueles. Para que não ocorram tais equívocos, deve-se concluir que “interesses (ou direitos) públicos e privados equiparam-se. Os interesses públicos não são superiores aos privados. Os

¹⁶⁵ Para a compreensão, no Brasil, do que se pode denominar “Direito Administrativo Sancionador”, tema bastante desenvolvido na Espanha, vide a precursora obra OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁶⁶ Nesse sentido, há plena convergência nos trabalhos elaborados pelos notáveis publicistas gaúchos (ÁVILA, Repensando... e OSÓRIO, Existe uma supremacia...). Também, ARAGÃO, A ‘supremacia...’, p. 9.

¹⁶⁷ Ensina SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 72 que “os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva interna”.

¹⁶⁸ SCHIER, Ensaio...

privados não são superiores aos públicos. Ambos são reconhecidos na Constituição em condição de igualdade”¹⁶⁹.

Diante de tais considerações, que não alcançaram, por óbvio, a profundidade que a importância do assunto (interesse público) exige, não há de se falar, em termos relacionais, em supremacia seja dos interesses públicos, seja dos interesses privados, impondo-se em relação a tais interesses necessário exercício de ponderação, tal como já se referiu em relação à legalidade administrativa.

De tal ponderação entre os interesses públicos e interesses privados, poderão resultar conclusões favoráveis a estes, sendo o princípio da proteção da confiança um exemplo disso, na medida em que, para fins de obtenção de um estado de estabilidade das relações jurídicas (o que, *per se*, configura manifestação de interesse público), tal princípio induz a soluções que, acidentalmente, protegem interesses privados. Não pode haver, portanto, qualquer constrangimento em se afirmar que o princípio da proteção da confiança constitui norma imediatamente finalística (princípio) que induz mediamente a normas comportamentais (regras), as quais visam a garantir, através de um mecanismo de ponderação, que o interesse público caracterizado pela segurança jurídica (num sentido amplo) resulte na tutela de interesses privados consubstanciados na proteção de expectativas legitimamente depositadas pelos cidadãos nos atos ou procedimentos da Administração Pública¹⁷⁰. Não se pode afirmar, contudo, que a proteção da confiança satisfaça exclusivamente aos interesses privados daquele que se apresenta como o confiante da ação estatal. Sendo instrumental da segurança jurídica e, assim, do próprio Estado de Direito, a proteção da confiança satisfaz, ao lado dos

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 178.

¹⁷⁰ “A *Lei Fundamental concede aos direitos e interesses do cidadão uma alta hierarquia e põe as pessoas no centro da ordenação jurídica estatal. Disso resulta por si a proteção do cidadão confiante na existência do*

interesses do particular confiante, a interesses públicos consubstanciados na consecução da própria noção de Estado de Direito¹⁷¹.

Em outras palavras, deve-se entender que o princípio da proteção da confiança, ao tutelar interesses privados decorrentes de expectativas legítimas dos destinatários da função administrativa, proporciona a plena satisfação do interesse público consistente na obtenção de um estado de segurança jurídica. Não seria exagerado afirmar, nesse sentido, que a proteção da confiança realiza, a um só tempo, a interesses privados (de proteção substancial das expectativas legítimas) e a interesses públicos (de obtenção de um estado de coisas pertinente à segurança jurídica e ao Estado de Direito).

Assim, à guisa de conclusão, deve-se entender que os princípios da legalidade e do interesse público são inquestionavelmente importantes para o Direito Administrativo, mas não são absolutos¹⁷², razão pela qual se impõe que sejam ponderados com os demais princípios, resultando justamente dessa ponderação a incidência do princípio da proteção da confiança.

E. Proteção da confiança como princípio constitucional

Não são poucos os trabalhos doutrinários que tratam dos princípios constitucionais¹⁷³. Tal tema, embora tenha a sua relevância necessariamente relacionada com todo e qualquer

direito estatal. Os direitos fundamentais e o princípio do estado de direito respaldam isso” (MAURER, **Elementos...**, p. 68).

¹⁷¹ GARCIA LUENGO, **El principio...**, p. 398-399.

¹⁷² “*Legality and administration in the public interest are extremely valuable principles. But they are not absolute*” (SCHONBERG, **Legitimate...**, p. 7).

¹⁷³ Na doutrina pátria, põe-se em destaque, sem que a menção esgote os inúmeros bons trabalhos sobre o assunto: BARROSO, Luís Roberto. Princípios constitucionais brasileiros. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 1, p. 165-185, 1993; ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2. ed. atual. por

estudo acerca do Direito Constitucional, assume ainda maior relevo quando a base empírica¹⁷⁴ do constitucionalista é um texto tamanhamente analítico como é o caso da Constituição Federal vigente¹⁷⁵.

Além disso, a qualificação de um princípio como constitucional culmina por determinar relevantes conseqüências, como são as questões pertinentes ao controle de constitucionalidade de toda a legislação infraconstitucional, bem como a orientação interpretativa típica dos princípios constitucionais, além de servirem de instrumento de sindicabilidade de toda a atuação concreta do Poder Público. É inegável, pois, que um princípio de índole constitucional possui um *status* privilegiado na hermenêutica jurídica¹⁷⁶. Cumpre saber, de início, se é possível qualificar como constitucional o princípio da proteção da confiança.

Não há menção explícita de tal princípio no texto constitucional, o que, aliás, não responde à indagação. Com efeito, embora seja mais singela a empreitada de se reconhecer a condição de princípio constitucional quando o texto expressa tal *status*, mitigando-se as dúvidas sobre a matéria, não se pode considerar que a positivação expressa de um princípio seja condição indispensável para o reconhecimento de sua posição de princípio constitucional¹⁷⁷.

Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004; BORGES, José Souto Maior. Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 1, p. 140-146, 1993; DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995; HARGER, **Princípios...**

¹⁷⁴ A expressão “base empírica” é extraída de BORGES, op. cit., p. 143.

¹⁷⁵ Sobre o caráter analítico do texto constitucional, MAFFINI, O direito..., p. 251.

¹⁷⁶ GARCIA LUENGO, **El principio...**, p. 115.

¹⁷⁷ “*El hecho de su consagración en una norma legal no suponía que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa hubiera perdido tal carácter. Pues si los principios generales del Derecho, por su propia naturaleza, existen con independencia de su consagración en una norma jurídica positiva, como tales subsistirán cuando en un Ordenamiento jurídico se recogen en un precepto positivo, con objeto de que no queda duda su pleno reconocimiento*” (GONZÁLES PÉREZ, **El principio...**, p. 22).

Com efeito, independentemente da inexistência de um preceito constitucional que expressamente o reconheça, o princípio da proteção da confiança há de ser reconhecido como um princípio constitucional.

Tal conclusão se revela imperiosa até mesmo em face da dedução que vem sendo aqui defendida (“Estado de Direito/Segurança Jurídica/Proteção da Confiança”), razão pela qual não seria equivocada utilizar o próprio artigo 1º, da Constituição Federal para servir, em termos mediatos, de fundamento ao princípio em tela. Numa via inversa, de indução, portanto, seria possível dizer que o estado de coisa que é almejado pela proteção da segurança, consubstanciada na estabilidade das relações jurídicas, em face de condutas ou promessas advindas da atividade de Administração Pública, compõe a noção de segurança jurídica, a qual, por seu turno, é um dos elementos conformadores do Estado de Direito¹⁷⁸, cuja posição constitucional não se pode colocar em dúvidas. Esse é o itinerário pelo qual se reconhece, numa visão de sistema aberto do Direito¹⁷⁹, a proteção da confiança como princípio constitucional, sendo possuidor, assim, de todas as características¹⁸⁰, eficácias¹⁸¹ e instrumentos de operatividade típicas de um princípio constitucional.

¹⁷⁸ Tal conclusão, cumpre salientar, é a mais freqüente dentre os caminhos utilizados para a justificação da condição de princípio constitucional da proteção da confiança. Por todos vide, MAURER, **Elementos...**, p. 84-85.

¹⁷⁹ Para uma visão sistêmica do Direito, bem como para uma definição de “sistema aberto”, vide CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Introdução e tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste, 1996.

¹⁸⁰ Não é o momento oportuno de serem analisadas as características dos princípios constitucionais. Tal enfrentamento mereceria um trabalho em especial. Todavia, quer parecer que uma boa abordagem sobre as principais características dos princípios constitucionais é feita por ROCHA, **Princípios...**, esp. p. 29-43. Para a referida autora os princípios constitucionais teriam as seguintes características: generalidade, primariedade, dimensão axiológica, objetividade, transcendência, atualidade, poliformia, vinculabilidade, aderência, informatividade, complementariedade, e normatividade jurídica. Tais características peculiarizam o princípio da proteção da confiança.

¹⁸¹ Para a análise da eficácia dos princípios, vide ÁVILA, **Sistema...**, esp. p. 45-51. O autor propõe uma classificação de eficácias atribuíveis a um princípio que poderia ser sumarizada da seguinte forma: os princípios possuem (a) eficácias internas e (b) eficácias externas. As eficácias internas (a) são divididas em (a.1) eficácia interna direta, com função eficaz integrativa, e (a.2) eficácias internas indiretas, as quais teriam as funções eficaciais definitória, interpretativa, bloqueadora e rearticuladora. Já as eficácias externas (b)

Dessa forma, é possível considerar que, como princípio constitucional, a proteção da confiança terá funções que se multiplicam, servindo ora como fundamento do ordenamento jurídico, ora como instrumento informador de interpretação, ora como instrumento de integração jurídica e ora como instrumento de estipulação de normas de conduta e de limitação a exercícios de poder¹⁸². O modo pelo qual a proteção da confiança concretiza tais modos de atuação, ou seja, a sua operatividade, é objeto da presente tese.

seriam divididas em (b.1) eficácias externas objetivas, com funções eficaciais seletiva, valorativa e valorativa e argumentativa, e em (b.2) eficácias externas subjetivas, estas com funções de defesa e protetora.

¹⁸² Embora tratando especialmente do princípio da boa-fé, recomenda-se para uma análise de tais perspectivas funcionais dos princípios gerais do Direito Administrativo, vide GONZÁLES PÉREZ, **El principio...**, p. 77-88.

Capítulo 2. O princípio da proteção substancial da confiança no Direito Comparado

A. Considerações gerais

A análise de qualquer tema pertinente à ciência jurídica tende a ser mais qualificada quando desenvolvida com a perspectiva de comparação com outros ordenamentos jurídicos. É inegável, pois, a importância do Direito Comparado para o desenvolvimento dos institutos jurídicos. Dentre as várias razões para se colocar em destaque tal perspectiva de comparação, uma há de ser enfatizada nesta parte do trabalho.

Além de servir para uma justificação mais abrangente dos institutos jurídicos, seja na sua compreensão histórica, seja na sua análise conceitual, o Direito Comparado oferece instrumentos para que, a partir de experiências havidas em outros países, sob a égide de outros regimes jurídicos, se possa desenvolver tal instituto internamente. O Direito Administrativo brasileiro, seja pela ausência de uma legislação sistematizada, seja pela sua tardia sistematização científica, não prescinde da utilização de tal perspectiva comparativa¹⁸³.

Em relação ao princípio da proteção da confiança, sua análise na perspectiva do Direito Comparado apresenta-se especialmente relevante. Trata-se de um princípio que, no

¹⁸³ Sobre a importância e, especialmente, sobre o método de estudo comparativo no Direito Administrativo, vide RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. 2. ed. Tradução José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Direito Administrativo pátrio, encontra-se em fase inicial de desenvolvimento¹⁸⁴. Justamente por isso, ainda carece de delimitações conceituais e de compreensão quanto a sua operatividade. Além disso, como já referido, as conseqüências que lhe são decorrentes encontram não poucas resistências¹⁸⁵, seja na seara doutrinária, seja no que tange ao seu reconhecimento em sede jurisprudencial. Dessa forma, é de grande valia que se compreenda como o princípio em comento surgiu e se desenvolveu em outros países em que a sua evolução já atingiu patamares mais adiantados.

É importante, nessa senda, uma advertência. A proteção da confiança no Direito Comparado é assunto que mereceria uma abordagem específica, ou seja, não seria equivocado nem pouco proveitoso colocá-lo em termos de finalidade precípua num determinado trabalho acadêmico.

Na presente tese, entretanto, na percepção comparativa do tema assume-se uma postura diversa, de índole meramente instrumental, ou seja, este capítulo tem o despretenso desiderato de compreender como o princípio da proteção da confiança surgiu e se desenvolveu em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, que, por razões diferentes, devem ser considerados paradigmáticos, sempre com vistas à obtenção de informações aptas a serem contextualizadas no desenvolvimento do tema no Direito Administrativo brasileiro.

¹⁸⁴ “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” (COUTO E SILVA, A., O princípio..., p. 278).

¹⁸⁵ Tais resistências, consoante tratado no capítulo 1, são decorrentes de muito tempo de aplicação totalizante de princípios como o da legalidade e do interesse público. Tais resistências, espera-se, tendem a se reduzir em face da evolução da própria compreensão dos princípios na hermenêutica jurídica.

Faz-se a opção por ser analisada a proteção da confiança na Alemanha, na Espanha e na França. Tal eleição decorre do fato de serem países que, pelo seu itinerário histórico, oferecem elementos e informações propícios para a compreensão do instituto no Brasil¹⁸⁶ e ao menos até o presente momento, o reconhecimento e o desenvolvimento da proteção da confiança em solo pátrio aproxima-se dos itinerários que, em termos gerais, foram e são encontrados naqueles países europeus.

B. Princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo alemão:

Não se apresenta equivocado afirmar que o princípio da proteção substancial da confiança surgiu e se desenvolveu com maior profundidade há poucos decênios no Direito Alemão¹⁸⁷.

Tendo origem jurisprudencial e não legislativa, costuma-se apontar como marco do surgimento da noção de proteção da confiança naquele país, denominado *Vertrauensschutz*, um conjunto de decisões exaradas em meados da década de 50 do século XX, no sentido de se

¹⁸⁶ Deixa-se de tratar de outros regimes jurídicos dos quais também se pode encontrar a incidência da proteção da confiança, como é o caso do Direito Comunitário Europeu, que, sob influências notadamente germânicas, desenvolveu o princípio da proteção da confiança. Todavia, até mesmo em face da inexistência, no Direito pátrio, de um sistema transnacional que, efetivamente, repercuta internamente, afigura-se preferível uma análise de ordenamentos nacionais. De qualquer sorte, recomenda-se a leitura de CALMES, **Du principe...**, passim; CASTILLO BLANCO, **La protección...**, p. 163-199; SCHONBERG, **Legitimate...**, passim; COUTO E SILVA, A., **O princípio...**, p. 277.

¹⁸⁷ Afirma CASTILLO BLANCO, op. cit., p. 115 que “*el principio de protección de la confianza, aun cuando se pueden extraer manifestaciones del mismo en otros ordenamientos europeos, se ha desarrollado doctrinal y jurisprudencialmente dentro del Derecho alemán como un sistema de defensa del ciudadano contra intervenciones administrativas, legislativas e, incluso, judiciales*”. Também nesse sentido, MAURER, **Elementos...**, p. 67. Espera-se que o enfrentamento aqui almejado em relação ao Direito alemão não reste

impor limites à retratabilidade de atos administrativos praticados em benefício de seus destinatários.

Dentre tais decisões, uma é especialmente destacada como marco do surgimento do princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutzprinzip*)¹⁸⁸. Trata-se de caso em que uma viúva de funcionário público recebeu, através de um ato administrativo, a promessa de que faria jus a rendimentos de uma pensão caso se transferisse de Berlim Oriental, na então República Democrática Alemã, onde residia, para Berlim Ocidental. Após ter a destinatária de tal promessa se transferido e gozado da percepção de tais rendimentos prometidos pelo ato estatal por aproximadamente um ano, a Administração Pública constatou que não teriam sido implementados os pressupostos legais para a concessão do referido ato de pensionamento, com o que se determinou a extinção do ato de concessão do benefício, a suspensão da sua percepção, bem como a devolução dos valores que indevidamente haviam sido pagos com fundamento naquele ato administrativo. Provocada a apreciação judicial da questão, o Superior Tribunal Administrativo (*Oberverwaltungsgericht*) de Berlim, em decisão de 14 de novembro de 1956, confirmada posteriormente pelo Tribunal Administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*), determinou, em nome da proteção da confiança, que o ato benéfico praticado em favor da referida viúva não fosse desconstituído.

comprometido pela barreira lingüística. O risco de não se enfrentar diretamente as fontes doutrinárias e jurisprudenciais alemãs, mas, ao contrário, se as tratar indiretamente, é acentuado.

¹⁸⁸ Nesse sentido, COUTO E SILVA, A., *O princípio...*, p. 276; GARCÍA LUENGO, *El principio...*, p. 29; MAURER, *Elementos...*, p. 70; CALMES, *Du principe...*, p. 11.

Já nessa decisão, tida como precursora¹⁸⁹, é possível encontrar a argumentação jurídica que, em termos teóricos, fundamenta o princípio da proteção da confiança. Pressupondo-se que a beneficiária do ato administrativo nele depositara legitimamente sua confiança, em razão do que alterara suas próprias condições de sobrevivência, os órgãos judiciais que se pronunciaram sobre a questão entenderam que, embora a extinção do ato fosse um imperativo do princípio da legalidade, esse não seria o único primado a ser empregado no deslinde do caso.

Entendeu-se, assim, que em situações como a que se discutiu, ou seja, em circunstâncias em que se apreciam os limites da prerrogativa relativa à extinção de atos praticados pela Administração Pública, dever-se-ia ponderar casuisticamente o princípio da legalidade, o qual determina a desconstituição de condutas perpetradas com afronta à ordem jurídica, com o princípio da proteção da confiança, o qual, por seu turno, justificaria a preservação de tais atos¹⁹⁰.

A partir de tal decisão, seguiram-se outras tantas no mesmo sentido de estabilização de atos estatais, mesmo quando originariamente contrários ao Direito, resultante da ponderação concreta dos princípios da legalidade e da proteção da confiança, no que chegou a ser referir

¹⁸⁹ Embora reconheça ter o princípio evoluído de forma mais destacada no pós-guerra, bem como quando se lhe conferiu uma interpretação dotada de uma perspectiva constitucional, GARCÍA LUENGO, op. cit., p. 29-30, assevera que “*La alusión a esta sentencia es, sin embargo, como Piüttner ha senälado, bastante convencional, pues el término venía siendo detectable em la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Prusia desde bastantes años antes de la guerra*”. Refere CALMES, **Du principe...**, p. 10, a existência da percepção do princípio da proteção da confiança, no Direito alemão, ainda sob o regime da República de Weimar.

¹⁹⁰ “*Como ambos os princípios requerem validez, mas também estão em conflito um com outro, deve, segundo a opinião do Tribunal Administrativo Federal, ser ponderado e examinado, no caso particular, a qual interesse – ao interesse público na retratação ou ao interesse individual na existência do ato administrativo – é devido a primazia. Nisso também são possíveis soluções que diferenciam, por exemplo, uma retratação limitada objetiva ou temporalmente. Para a fundamentação da proteção à confiança o Tribunal Administrativo Federal refere-se, em parte, ao princípio da lealdade e boa-fé e, em parte, ao princípio da certeza jurídica. Iria contradizer lealdade e boa-fé se a autoridade fosse apoiar-se na antijuridicidade de um ato administrativo por ela mesa publicado em prejuízo do cidadão*” (MAURER, **Elementos...**, p. 70-71).

como sendo a “marcha triunfal do princípio da proteção da confiança” (*Siegeszug des Vertrauensschutzprinzips*)¹⁹¹. Segundo Ossenbühl, o número de decisões judiciais e de trabalhos científicos pertinentes aos limites de extinção administrativa dos atos administrativa determinou que fossem “tan previsibles las resoluciones de los Tribunales como si estuviésemos ante Derecho de origen parlamentario”¹⁹². Justamente por tal razão é que se chegou a considerar o princípio da proteção da confiança, naquele período histórico, como sendo o “tema central do Direito Administrativo germânico”¹⁹³.

Já na década de 70, a par de ter sido a proteção da confiança reconhecida como princípio constitucional¹⁹⁴, como marco deveras significativo naquele país, houve a edição, em 25 de maio de 1976, da Lei Federal de Processo Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), na qual dois preceitos legais – o § 48, relacionado com a extinção de atos administrativos inválidos (*Rückname*), e o § 49, relacionado com a extinção de atos administrativos válidos (*Widerruf*) – foram especialmente editados no intuito de se dar concreção ao princípio da proteção da confiança, agregando, pois, ainda maior entusiasmo na produção doutrinária germânica sobre o assunto. Como ensina Almiro do Couto e Silva, o surgimento de tais regras legais “eliminou muitas das controvérsias existentes, embora tenha dado lugar a muitas outras, em face da complexidade do seu texto”¹⁹⁵.

¹⁹¹ GARCIA LUENGO, *El principio...*, p. 30.

¹⁹² OSSENBÜHL apud GARCIA LUENGO, *El principio...*, p. 30.

¹⁹³ COUTO E SILVA, A., *O princípio...*, p. 277. Em outro trabalho, COUTO E SILVA, A., *Princípios...*, p. 55 ensina que Otto Bachof afirmou que “*nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50, na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à boa fé e à segurança jurídica. Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido*”.

¹⁹⁴ CALMES, *Du principe...*, p. 16.

¹⁹⁵ COUTO E SILVA, A., *O princípio...*, p. 277.

Assim, pode-se afirmar que a compreensão do princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo alemão corresponde, em grande medida, à análise dos §§ 48 e 49 da Lei Federal de Processo Administrativo. Embora existam outros preceitos legais que, naquele país, tratem da proteção da confiança¹⁹⁶, as regras contidas na *Verwaltungsverfahrensgesetz* são “las que pueden ofrecer un enfoque más sistemático de la normativa referida a esta institución jurídica que analizamos”¹⁹⁷.

O § 48.1 trata da anulação de atos administrativos que estabelecem efeitos desfavoráveis aos seus destinatários ou, simplesmente, atos administrativos ablativos. Quanto à prerrogativa extintiva da Administração Pública que se prevê em relação a tal espécie de atos administrativos, tem-se a regra geral de que é possível, sem maiores limitações, com retroeficácia (*ex tunc*) ou não (*ex nunc*), a sua invalidação parcial ou total.

Por sua vez, o § 48.2 se refere aos atos administrativos que estabelecem benefícios aos seus destinatários (atos ampliativos), em relação aos quais não são poucos os limites à prerrogativa anulatória da Administração Pública que decorrem do princípio da proteção da confiança. Segundo tal preceito – § 48.2 –, a Lei Federal de Processo Administrativo alemã prevê como situação ordinária a impossibilidade de anulação de atos administrativos concessórios de vantagens correspondentes a prestações pecuniárias ou outras prestações divisíveis (bônus de refeição, roupas, etc.). Assim, tem-se, em nome da confiança depositada pelo destinatário do ato, que não se afigura possível a sua extinção, ou seja, resta obstada a anulação do ato de tal espécie, em razão do fato de que “existe uma confianza en la

¹⁹⁶ Pode-se citar, nesse sentido, a Lei Geral Tributária (*Abgabenordnung*), em cujo artigo 176 é tratado o princípio da proteção da confiança para os casos de extinção ou modificação dos atos de liquidação.

¹⁹⁷ CASTILLO BLANCO, **La protección...**, p. 122.

perdurabilidad del acto administrativo y esta confianza se considera digna de protección”¹⁹⁸.

Ainda em relação a tais atos administrativos, ressalvam-se, da proteção consubstancia na preservação do ato, como aqui analisado, casos em que o destinatário de um ato administrativo benéfico houver obtido a vantagem que é lhe intrínseca a partir de fraude, ameaça ou coação; ou nos casos em que houver o beneficiário do ato o obtido mediante a apresentação de informações inexatas ou incompletas acerca de elementos essenciais ao exercício subjacente ao ato; ou, por fim, nos casos em que o administrado destinatário sabia da origem inválida do ato, ou deveria dela ter conhecimento, não a possuindo por razões de grave negligência.

Em relação aos atos administrativos inválidos concessórios de vantagens não referidas na regra referida, que, em termos gerais, não são passíveis de garantias quanto à estabilidade de sua manutenção, como é o caso de licenças e autorizações possuidoras de caráter geral ou de concessão de nacionalidade, o § 48.3, da Lei Federal de Processo Administrativo alemã prevê instrumentos de proteção de natureza indenizatória para o fim de reparação dos danos sofridos pelo destinatário em razão de ter confiado no ato administrativo que lhe criara benefícios cuja preservação não seria possível. Em casos como esses, embora a invalidação do ato fosse cabível, a proteção da confiança depositada pelo administrado seria levada a efeito através de uma tutela de natureza indenizatória, cuja pretensão perdura pelo prazo de um ano. Como ensina Castillo Blanco, a anulação em tais casos seria sempre possível, “pero el perjuicio pecuniario que sufre el beneficiario en razón de su confianza en el mantenimiento del acto debe ser reparado en la medida en que esta confianza se considera digna de protección después, eso sí, del examen comparativo de los intereses que concurren el caso concreto”¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Ibidem, p. 123.

¹⁹⁹ CASTILLO BLANCO, **La protección...**, p. 125.

Por fim, o § 48.4 da *Verwaltungsverfahrensgesetz* prevê que, a partir do conhecimento da irregularidade, nos casos em que, respeitados o § 48.2 e o § 48.3, o ato administrativo deve ser extinto num prazo máximo de um ano, findo o qual não mais poderá a Administração Pública exercer sua prerrogativa, salvo nos casos em que o beneficiário conhecia a irregularidade do ato ou, ainda, nos caso em que o ato houvesse sido praticado com má-fé.

Após destinar o § 48 da *Verwaltungsverfahrensgesetz* à concreção do princípio da proteção da confiança em relação a atos praticados à revelia do Direito aplicável, o § 49 de tal Diploma Legal é destinado ao regramento da aplicação do princípio da proteção da confiança em relação a atos válidos, os quais, *a fortiori*, merecem ainda maior proteção. No § 49.1, da Lei Federal de Processo Administrativo alemã é tratada a questão da revogação de atos administrativos válidos desfavoráveis aos destinatários. Em tais hipóteses, a possibilidade de extinção do ato é a regra, embora possa essa ser excepcionada, desde que casuisticamente haja algum fundamento para tanto²⁰⁰. Em relação aos atos administrativos válidos que produzem efeitos benéficos aos seus destinatários, o § 49.2 da lei alemã em comento estabelece como regra geral a impossibilidade de revogação, prevendo textualmente as exceções à tal regra, das quais se destacam as seguintes: a) quando a revogabilidade já se encontrava prevista na lei, no próprio ato ou em qualquer outra norma jurídica, porquanto sua instabilidade lhe é, desde sua prática, imanente; b) quando a manutenção do ato esteja submetida a condições que não são implementadas ou implementadas serodidamente pelo destinatário; c) quando da superveniência de fatos determinantes de maior prejuízo na manutenção do ato do que em

²⁰⁰ CASTILLO BLANCO, **La protección...**, p. 126 cita, como exceção à regra, por exemplos, “*quando se há dado garantía a uma tercera persona de que el acto no sería revocado*”.

face de sua revogação; d) quando da superveniência de situações normativas, em face das quais atos que poderiam nem mesmo ser praticados concedem vantagens não utilizadas pelos destinatários e cuja manutenção poderia ocasionar perigo ao interesse público; e) nos casos em que a revogação se presta a eliminar graves prejuízos ao bem comum, o que deve ser interpretado restritivamente.

Para finalizar o quadro da extinção de atos válidos, em 1996 editou-se lei que previu a possibilidade excepcional – e tal excepcionalidade pode ser considerada uma decorrência do princípio da proteção da confiança – de revogação de atos administrativos válidos, com efeitos retroativos quando tenha havido, em casos especiais, o descumprimento de condições atribuíveis ao beneficiário do ato²⁰¹.

Em face de tais preceitos legais, os quais, como já se afirmou, mesmo não sendo os únicos dispositivos legais que, na Alemanha, dão concreção ao princípio da proteção da confiança, representam, por certo, os mais importantes, é possível sistematizar a incidência de tal princípio em variados níveis de intensidade de proteção (*die intensität des Vertrauensschutzes*), que podem ser sumarizados da seguinte forma: a) casos de proteção plena da confiança (*vollständigen Vertrauensschutz*), pelos quais a extinção de atos é simplesmente impossibilitada, como nos casos de atos viciados concessórios de prestações pecuniárias ou de prestações divisíveis e, com maior razão, no caso de atos benéficos válidos, cuja extinção, em princípio, não é viável em quase a totalidade de casos (exceto o § 49.3, da

²⁰¹ Em tradução livre, tal regra assim dispõe: “§ 49.3. Um ato administrativo legal que reconhece uma prestação pecuniária ou em espécie e divisível para o cumprimento de uma determinada finalidade, seja esta única ou periódica, ou condição para o seu reconhecimento, pode ser total ou parcialmente revogado, inclusive quando se tornada definitiva, e também com efeitos retroativos: 1. Se a prestação não houver sido implementada, ou não o foi prontamente à obtenção, ou não mais será na finalidade para a qual o ato foi

Lei de Processo Administrativo), mesmo assim não tendo efeitos senão para o futuro; b) proteção compensatória da confiança (*Kompensatorischen Vertrauensschutz*), nos casos em que a invalidação de atos benéficos é possível, embora determine normalmente a pretensão de indenizabilidade dos prejuízos dignos de proteção em face da confiança depositada pelo seu destinatário; c) proteção aberta da confiança (*offenen Vertrauensschutz*), que se dá quando relacionada com atos determinantes de efeitos desfavoráveis aos seus destinatários, o que se justifica em razão de a proteção da confiança ser princípio que tende à manutenção de efeitos favoráveis aos administrados.

Tal panorama, confessadamente não exaustivo, demonstra como, após o reconhecimento jurisprudencial, o Direito Administrativo alemão passou a tratar, no plano positivado, do princípio da proteção da confiança como instrumento digno de ponderação com a legalidade quando da extinção de atos administrativos.

C. Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo espanhol

Além da Alemanha, em que a aplicação do princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo teve sua gênese e seu maior aprofundamento, pode-se citar a Espanha como outro país onde tal princípio recebeu importante desenvolvimento.

praticado; 2. Se o ato se submetia a uma condição e o destinatário não a cumpre ou não a cumpre no prazo fixado”.

A par da questão da recepção pela ordem jurídica espanhola dos princípios gerais do Direito Comunitário Europeu²⁰², que chancelou a aplicabilidade do princípio da proteção da confiança naquele país, assim também a utilização indistinta do princípio da boa-fé, que determinava conseqüências similares àquelas ensejadas pela proteção da confiança²⁰³, costuma-se apontar como precursora decisão junto ao Tribunal Supremo²⁰⁴ a sentença de 28 de fevereiro de 1989.

Em verdade, tal decisão tratou da denegação de subvenção pública a um centro privado de formação profissional para o curso realizado nos anos de 1983-1984, a que, cumpre salientar, não fazia jus²⁰⁵. O fundamento básico da pretensão consistia no fato de que tal centro havia implementado para tal ano letivo exatamente as mesmas condições que tinham ensejado a obtenção da subvenção pública no ano letivo anterior (1982-1983). Assim, decidiu-se pelo reconhecimento do direito à subvenção, em favor do referido centro de formação profissional, uma vez que o ato de concessão do benefício no ano anterior teria gerado uma “razoável esperança” de que, implementadas as mesmas condições, seria reconhecida a pretensão à subvenção. Tal decisão, é importante salientar, não trouxe sólida fundamentação relativa ao princípio em comento, mas considerando o fato de que se utilizou da teoria dos atos próprios, bem como foi feita referência à confiança depositada pelo

²⁰² Para uma interessante visão comparativa entre, de um lado, a sistemática de relação entre o Direito Comunitário e os países que integram a Comunidade Européia e, de outro, a falta de uma ordem jurídica comunitária primaz no Mercosul, vide VENTURA, Deisy. **As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia: os desafios de uma associação inter-regional**. Barueri: Manole, 2003.

²⁰³ Vide, nesse sentido, CASTILLO BLANCO, **La protección...**, p. 253-276.

²⁰⁴ Deixa-se, propositalmente, de analisar a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, porquanto tal Corte costuma se valer do princípio da proteção da confiança especialmente quando da análise da retroatividade de leis, o que, por razões já expostas, exorbita do enfrentamento proposto.

²⁰⁵ CASTILLO BLANCO, op. cit., p. 287.

administrativo, conduziu a que se considerasse tal decisão como aquela que recebeu no ordenamento jurídico espanhol tal princípio²⁰⁶.

Essa condição de precursora não ficou imune a críticas, mas houve um certo consenso, e aí reside a sua importância, no sentido de que, a partir de tal decisão e da sua repercussão doutrinária, seguiram-se sentenças do Tribunal Superior em que houve o aprimoramento da argumentação para a decisão de casos similares, chegando-se à aplicação explícita do princípio da proteção da confiança²⁰⁷.

Das decisões posteriores, Javier García Luengo considera como verdadeiro *leading case*, não pela menção expressa do princípio, mas por sua adequada aplicação, a sentença do Tribunal Superior de 01 de fevereiro de 1990²⁰⁸. Em tal decisão, apreciou-se novamente a questão das subvenções públicas a centros docentes para determinar que, no conflito entre a legalidade e a segurança jurídica, a confiança depositada pelos administrados, em face de um ato estatal apto à geração de tais expectativas, deveria ser protegida pela ordem jurídica²⁰⁹. No caso, atribuiu-se efeitos a uma promessa que não era especificamente endereçada a um

²⁰⁶ MARÍN RIAÑO, Fernando. La recepción del principio de protección de la confianza legítima en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la STS (Sala 3ª, Secc. 3ª) de 28 de febrero de 1989. **La Ley**, 1989, p. 606.

²⁰⁷ GARCÍA LUENGO, **El principio...**, p. 45-46.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 47.

²⁰⁹ Extraí-se da referida sentença a seguinte passagem: “*En el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraño a los que informan nuestro Ordenamiento jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala, que ahora enjuicia en su sentencia de 28 de febrero de 1989 y reproducida después en su última de enero de 1990, y cuyo principio si bien fue acuñado en el Ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la jurisprudencia de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España, y que consiste en el ‘principio de protección de la confianza legítima’ que ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de intereses en juego – interés individual e interés general –, la revocación o la dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por*”

determinado centro docente, mas que foi objeto de um comunicado redigido em termos imprecisos, fazendo gerar a expectativa de que faria jus a tal espécie de subvenção.

Após uma sucessão de decisões²¹⁰, ora tecnicamente elogiáveis, ora aplicando indevida e casuisticamente o princípio em comento²¹¹, produziu-se uma sistematização para fins de aplicação concreta do princípio da proteção da confiança, a qual condicionava a sua incidência à implementação de uma série de características e condições, as quais são assim sumarizadas por Federico Castillo Blanco: a) a incidência da proteção da confiança exige, de início, uma situação de quebra de previsibilidade, em relação à atuação estatal apta a gerar expectativas dignas de proteção; b) tal situação de quebra de expectativa não pode estar justificada por motivos ou princípios superiores; c) deve resultar da ponderação, necessariamente casuística, do interesse público e do interesse privado, com vistas à obtenção de um grau de estabilidade e previsibilidade das ações estatais; d) mudanças normativas, ainda quando decorrentes da atividade de administração pública, devem trazer consigo a existência de meios e tempo razoável para a sua imposição em face das situações individuais que possam vir a ser alcançadas; e) há a necessidade de “signos externos” produzidos pela Administração Pública aptos a ensejar a confiança digna de proteção; f) deve existir uma situação contrária à ordem jurídica que ponha a legalidade em ponderação com o princípio da proteção da confiança²¹².

qué suportar derivados de unos gastos o inversiones que sólo pueden serle restituidos con graves perjuicios para su patrimonio, al no ser todos ellos de simple naturaleza económica”.

²¹⁰ Interessante relato de tais decisões é encontrado em CASTILLO BLANCO, **La protección...**, p. 286-306.

²¹¹ GARCÍA LUENGO, **El principio...**, p. 87.

²¹² CASTILLO BLANCO, op. cit., p. 307-318.

Após tal delimitação jurisprudencial deu-se, tal como na Alemanha, o fenômeno da positivação de preceitos tendentes à concretização do princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo espanhol. Embora já houvesse preceitos pertinentes à atividade decisória da Administração Pública desde a década de 50 (*Ley de Procedimiento Administrativo*, de 17 de junho de 1958), foi com o advento da *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, de 26 de novembro de 1992 (Ley 30/1992), que se deu previsão de regras legais relacionadas com o princípio da proteção da confiança.

Das regras contidas no referido Diploma Legal, destaca-se no sentido de conferir o reconhecimento positivado do princípio da proteção da confiança²¹³, o seu artigo 106, pelo qual “las facultades de revisión no podrán ser ejercidas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fé, al derecho de los particulares o a las leyes”. Embora tal regra legal faça referência expressa ao princípio da boa-fé, não ao princípio da proteção da confiança, entendeu-se ter sido esse princípio reconhecido em razão, de um lado, da tradicional confusão, ou, ao menos, vinculação havida entre boa-fé e proteção da confiança e, de outro, da condição de pressuposto que a boa-fé, especialmente em sua feição objetiva, possui para que a proteção da confiança venha a incidir.

Demais disso, a Ley 4/1999 promoveu significativa reforma na *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, de modo que, eliminando qualquer espécie de dúvida, acrescentou expressamente o princípio da proteção da confiança em seu texto. De efeito, o seu artigo 3.1, após estabelecer que a

²¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, *Curso de...*, p. 661-662.

Administração Pública deve servir com objetividade aos interesses gerais, de acordo com os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, além de ser submetida à Constituição, à lei e ao Direito, devendo, igualmente, “respetar em su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”.

D. Princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo francês

Na França, a aplicabilidade do princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo encontra, como ocorre nos dois ordenamentos antes referidos, dois focos principais de incidência, como de resto ocorre nos demais ordenamentos jurídicos. De um lado, a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima repercute na estabilidade e na previsibilidade de situações jurídicas geradas por condutas da Administração Pública; de outro, justifica a responsabilidade do Estado em função da frustração de expectativas criadas em favor dos administrados.

No que tange ao primeiro dos aspectos, ou seja, quanto à estabilidade e previsibilidade dos atos praticados pela Administração Pública, apresenta-se bastante interessante a sistematização proposta por Sylvia Calmes. Com efeito, inicia a referida autora mencionando que já na formação dos atos administrativos, especialmente no que toca às regras de competência, ocorre a incidência do princípio da proteção da confiança, embora, no mais das vezes, não se lhe refira expressamente. Isso ocorre, em especial, na preservação de efeitos dos atos praticados por quem, embora não possuísse atribuição legal, portasse a aparência

razoável de tê-la. Trata-se do princípio da proteção da confiança como justificativa para a “*théorie des fonctionnaires de fait*”²¹⁴.

Demais disso, já no tocante ao início da vigência dos atos administrativos unilaterais, refere a autora que tanto a exigência de adequação dos meios de publicidade quanto a irretroatividade dos efeitos dos atos administrativos, a qual não dista significativamente da irretroatividade legal, seriam modos indiretos de concreção do princípio da proteção da confiança, embora fossem mais relacionados com o aspecto objetivo do princípio da segurança jurídica²¹⁵.

Entretanto, no tocante à aplicação do princípio da proteção da confiança em relação a atos administrativos de efeitos concretos, Sylvia Calmes deixa claro que, nos moldes do que ocorre no Direito alemão, a principal forma de incidência se dá no que diz respeito às restrições quanto à extinção de atos administrativos, sendo relevante para a análise a diferenciação, de um lado, entre os atos válidos e os inválidos e, de outro, entre os atos que geram direitos e os que não o fazem.

Assim, em relação aos atos administrativos válidos ou inválidos que não geram direitos aos administrados, não haveria maiores limitações quanto à extinção, ressalvados os casos de atos válidos em relação aos seus efeitos já produzidos²¹⁶. Além disso, noticia Jean

²¹⁴ CALMES, *Du principe...*, p. 631-634.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 635-636.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 642.

Rivero que a jurisprudência interpreta muito amplamente a noção de ato que não cria direitos aos seus destinatários²¹⁷.

Já no que tange aos atos administrativos geradores de direitos aos seus destinatários, quando válidos, a regra geral consistiria na impossibilidade de sua retratação²¹⁸, o que ocorreria, indiretamente, em função da proteção da confiança. Quando inválidos, a questão da retratabilidade dos atos administrativos geradores de direitos é considerada inserida “dans le conflit entre la protection subjective de la confiance au maintien de l’acte et le principe objectif de légalité”²¹⁹.

Traduzindo-se a ponderação a ser realizada entre a proteção da confiança e a legalidade, costuma-se apontar como caso paradigmático o *arrêt Dame Cachet*, apreciado pelo Conselho de Estado em 03 de novembro de 1922²²⁰. Como ensina Jean Rivero, essa decisão partiu de um pressuposto lógico dotado de grande coerência. Com efeito, reconheceu-se que a Administração Pública, tal como o órgão jurisdicional competente, poderia reconhecer a irregularidade de seus próprios atos administrativos, quando irregulares. Todavia, não poderia fazê-lo através de um poder de autotutela que fosse superior àquele contido no controle judicial da Administração Pública²²¹. Assim, a extinção administrativa de ato por vício de invalidade somente seria “possível enquanto um recurso contencioso pode ser interposto, isto é, durante dois meses a contar da decisão e, se um recurso foi efectivamente interposto, até que o juiz tenha decidido. Para além disso a revogação é irregular: a decisão,

²¹⁷ RIVERO, *Direito...*, p. 124.

²¹⁸ CALMES, *Du principe...*, p. 640; RIVERO, *op. cit.*, p. 124.

²¹⁹ CALMES, *op. cit.*, p. 643.

²²⁰ COUTO E SILVA, A., *Princípios...*, p. 56.

²²¹ Tal argumento, embora originado num sistema de jurisdição dúplice, afigura-se aproveitável, ainda com maior razão, nos países que adotam a jurisdição una, como é o caso do Direito brasileiro.

mesmo ilegal, está definitivamente adquirida”²²². Importante ser mencionado que a passagem referida coloca às claras uma realidade que em geral ocorre na França, quanto ao princípio da proteção da confiança. Trata-se do fato de que tal princípio normalmente é tratado sob a feição de “direito adquirido”, embora tenha características próprias em relação a tal instituto²²³. De qualquer modo, afirma com razão Jean Rivero que, no que tange à extinção de atos por vício, após transcorrido um exíguo prazo de dois meses, “a jurisprudência considera a segurança jurídica mais importante que a própria legalidade”²²⁴.

Já no que tange à incidência do princípio da proteção da confiança como instrumento de limitação ao Estado contra a frustração de legítimas expectativas depositadas pelos administrados, pode-se afirmar que a jurisprudência francesa ainda é tímida²²⁵, mas também em razão da influência e da imperatividade do Direito Comunitário, a tendência é cada vez maior de reconhecimento de sua operatividade nessa seara, seja na valoração dos danos causados, seja na própria configuração da responsabilidade, seja na repercussão indenizatória quanto à frustração de promessas formais e práticas reiteradas da Administração Pública, aptas a proporcionarem uma expectativa legítima, cuja frustração há de ser combatida, inclusive, com o ressarcimento dos prejuízos causados²²⁶.

Nesse aspecto de justificação da responsabilidade estatal de natureza indenizatória, um exemplo paradigmático deve ser destacado na jurisprudência francesa. Trata-se do *arêt Freymuth*²²⁷. Em tal caso, um ato normativo (Decreto “Ségolène Royal”, de 18 de agosto de 1992) simplesmente proibiu a importação de determinados produtos sem qualquer menção a

²²² RIVERO, *Direito...*, p. 124.

²²³ CALMES, *Du principe...*, p. 652.

²²⁴ RIVERO, *op. cit.*, p. 124.

²²⁵ CASTILLO BLANCO, *La protección...*, p. 148.

²²⁶ CALMES, *op. cit.*, p. 615-634.

²²⁷ CASTILLO BLANCO, *op. cit.*, p. 148-149, nota 75; CALMES, *op. cit.*, p. 616-617.

regras transitórias, ou seja, de modo abrupto, determinou-se a extinção da possibilidade de importação de determinados produtos, com total prejuízo aos operadores da cadeia econômica respectiva, sem qualquer regra transitória que pudesse reduzir seus prejuízos ou, ao menos, determinar a possibilidade de um novo planejamento empresarial. Então, uma das empresas prejudicadas – Enterprise Transports Freymuth – buscou a reparação de prejuízos decorrentes de tal alteração abrupta das regras relacionadas com sua atividade empresarial. O Tribunal Administrativo de Estrasburgo, em 08 de dezembro de 1994, reconheceu que alterações como tais não poderiam ocorrer sem que houvesse regras transitórias, determinando-se a reparação estatal dos prejuízos que, em face da frustração de legítimas expectativas depositadas por tal empresa, ocorreram em razão do ato estatal acima referido. O cerne de fundamentação da referida decisão foi, inequivocamente, o princípio da proteção da confiança²²⁸.

²²⁸ Dos fundamentos decisórios, extrai-se, em tradução livre, a seguinte passagem: “... considerando que, na concretização de sua atividade, a Administração deve velar para não produzir um prejuízo anormal a terceiros, devido a uma modificação inesperada das regras que esta edita ou adota, se o caráter repentino desta mudança não se fazia necessário pelo objeto da medida ou pelas finalidades buscadas; que, em especial, as autoridades administrativas podem modificar a regulamentação editada por elas em função da evolução de seus objetivos ou de situações de fato e de direito que condicionam sua intervenção, tendo de tomar as providências prévias para que as pessoas interessadas disponham de uma informação prévia, ou que sejam acompanhadas de medidas transitórias, uma vez que a modificação pretendida não deve, por sua natureza ou por razões de urgência, ter efeito imediato, suscetível de provocar, de forma substancial, efeitos negativos sobre o exercício de uma atividade profissional ou de uma liberdade pública; que, ao desrespeitar o princípio da proteção da confiança legítima na clareza e previsibilidade das regras jurídicas e da ação administrativa, a Administração fundamenta sua responsabilidade em razão do prejuízo anormal, resultante de uma modificação inutilmente abrupta de tais regras e comportamentos...”. Tal decisão, contudo, restou reformada na Corte de Apelação de Nancy, em 1999.

Capítulo 3: Recepção do princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro

A. Considerações gerais

Após a análise dos fundamentos teóricos do princípio da proteção da confiança (capítulo 1), em que se buscou enfatizar o *status* constitucional de tal norma jurídica, sobretudo a partir da dedução “Estado de Direito/segurança jurídica/proteção da confiança”, e após ter sido feita, mesmo que sem a pretensão de aprofundamento, a análise do princípio da proteção da confiança em alguns sistemas alienígenas que guardam semelhanças com a realidade brasileira em relação ao princípio em análise (capítulo 2), a partir do que se buscou compreender, num plano abstrato, o conteúdo jurídico-dogmático do princípio da proteção substancial da confiança, procura-se, neste Capítulo, a compreensão de como tal princípio foi – ou está sendo - recebido no Direito Administrativo brasileiro.

No mister de se compreender, com maiores detalhamentos, como o princípio da proteção da confiança se apresenta no Direito brasileiro, num plano concreto extremamente diversificado, há de se ter como premissa teórica, confirmada pelas experiências estrangeiras já abordadas, que o princípio em comento teve, invariavelmente, sua gênese no labor jurisprudencial, num itinerário que, a partir dos tribunais, passou pela doutrina, culminando, no mais das vezes, na positivação seja do princípio propriamente dito, seja de regras que, direta ou indiretamente, estabelecem mandamentos imediatamente comportamentais que concretizam o estado de coisas que a proteção da confiança busca alcançar.

Assim, imperiosa se afigura a constatação de que o princípio da proteção da confiança pode ser considerado, também no que pertine ao Direito Administrativo brasileiro, um produto da atividade jurisprudencial²²⁹, embora possa ser encontrado também no direito posto, mesmo que de forma incipiente.

Diante disso, a análise de arestos de alguns tribunais quanto à aplicabilidade do princípio da proteção da confiança contribuirá sobremaneira para a sua compreensão²³⁰. O que se pretende, num primeiro momento, é a percepção de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que, direta ou indiretamente, implícita ou explicitamente, dão concreção ao princípio da proteção da confiança.

Cumprе salientar que, na maior parte das decisões ora descritas, o princípio da proteção da confiança resta concretizado sem que os tribunais superiores pátrios o refiram expressamente, porquanto o fazem ora sob a denominação de “segurança jurídica”, ora sob a denominação de “boa-fé”, ora, ainda, sob argumentos que, lateralmente, dizem respeito ao princípio em comento²³¹.

²²⁹ “É digno de atenção que a proteção à confiança foi concebida e formada não pelo dador de leis [essa expressão é a fiel tradução para “Gesetzgeber”, que também poderia ser traduzido como legislador], mas pela jurisprudência. O dador de leis seguiu-a em alguns âmbitos parciais; de resto, porém, domina, em grande medida, a jurisprudência” (MAURER, **Elementos...**, p. 67). Ademais, mesmo que a origem do princípio em comento não fosse eminentemente pretoriana, não parece ser apropriado um enfrentamento teórico de qualquer tema afeto ao Direito que não seja analisado de uma perspectiva voltada para os tribunais. Nesse sentido, não deixa de ser uma manifestação de soberba imbuir-se num excuro teórico sobre temas jurídicos sem que as atenções estejam voltadas para o que os tribunais decidem, por mais aprofundada e abstrata que seja tal abordagem. Deve-se conhecer, com o maior cuidado possível, o que se encontra na jurisprudência de nossos tribunais, mesmo que seja para lançar severas críticas ao que se decide. O que não se admite é que se pretenda um estudo postado acima do que as vozes dos tribunais enunciam.

²³⁰ “Como toda a noción jurídica construída fundamentalmente a través de la labor jurisprudencial, la confianza legítima no es fácil de definir en términos abstractos. Sólo un examen del conjunto de los pronunciamientos de los tribunales nos podrá permitir, por ello, delimitar los elementos que caracterizan una violación del principio de la confianza legítima” (CASTILLO BLANCO, **La protección...**, p. 108).

²³¹ Já se disse em outra oportunidade que a denominação é secundária, razão pela qual não chega a comprometer a análise aqui proposta o fato de que os tribunais superiores empregam, em especial, o princípio da segurança jurídica e o da boa-fé para dar concreção ao que, como se sustenta, consiste em verdade, no princípio da proteção da confiança. Recordar-se, nesse passo, que são todos esses princípios muito próximos, na medida em que a proteção da confiança, de um lado, representa o aspecto subjetivo da segurança jurídica e, de outro, tem, nos atos concretos, a boa-fé como pressuposto.

A partir de tal análise jurisprudencial, será menos árdua a sistematização da operatividade do princípio da proteção da confiança tanto na sua eficácia negativa quanto na sua eficácia positiva. Num segundo momento, serão analisados alguns institutos positivados no Direito pátrio que, em certa medida, podem ser considerados como instrumentos de concreção do princípio da proteção da confiança.

Com isso, num panorama quase que retrospectivo, aborda-se a recepção do princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo brasileiro, a qual se iniciou no plano pretoriano, com iniciais momentos de positivação na ordem vigente, para que então, num plano de índole prospectiva, mais relevante ao presente trabalho, sejam construídas considerações mais científicas quanto à eficácia concreta de tal princípio.

B. O princípio da proteção substancial da confiança no Supremo Tribunal Federal

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, as decisões que trataram, mesmo que implicitamente, do princípio da proteção da confiança são poucas. Não ocorreu no Pretório Excelso, nos moldes da história alemã, a dita “marcha triunfal do princípio da proteção da confiança” (*Siegeszug des Vertrauensschutzprinzips*)²³². Todavia, a marcha já começou e, como toda a marcha, também já sofreu alguns percalços. Pretende-se, pois, nesta seção do trabalho, analisar em que estágio se encontra a caminhada.

²³² GARCÍA LUENGO, *El principio...*, p. 30.

Almiro do Couto e Silva, em recente análise²³³, aponta três precedentes do STF²³⁴, que, a um só tempo, aplicaram o princípio da proteção da confiança (embora com referência expressa ao princípio da segurança jurídica) como fundamento para a preservação de atos estatais, bem como reconheceram a natureza constitucional de tal princípio²³⁵. Pela relevância de tais julgados, são aqui analisados individualmente, buscando-se a compreensão dos casos concretos solucionados a partir da proteção da confiança.

A Questão de Ordem em Petição nº 2.900, recebida como Medida Cautelar pelo Min. Gilmar Mendes, julgou caso em que uma aluna da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas restou aprovada em concurso público para o ingresso no emprego público de “técnico operacional júnior na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafo”, com lotação em Porto Alegre. Diante da alteração de domicílio, a aluna então pleiteou administrativamente a transferência para a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Indeferido o requerimento em sede administrativa, por ser considerado inaplicável o disposto na Lei nº 9.536/97, a aluna então impetrou Mandado de Segurança, do qual resultou decisão de procedência de seus pedidos, para fins de se garantir a transferência para a UFRGS. Quando, em grau de apelo, a 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região apreciou a questão, tal órgão jurisdicional reformou a decisão concessória da segurança. A impetrante,

²³³ COUTO E SILVA, A., O princípio..., p. 283.

²³⁴ Pet 2.900 QO, Rel. Min. Gilmar Mendes; MS 24.268, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 05.02.2004; e MS 22.357, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2004.

²³⁵ “Os três acórdãos do STF, na MC 2.900/RS, no MS nº 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 Estado de Direito (CF, art. 1º), 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” (COUTO E SILVA, op. cit., p. 288.)

então, interpôs Recurso Extraordinário²³⁶. Com o fito de agregar efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário interposto, a recorrente apresentou a Petição nº 2.900, a qual, porquanto isso, foi recebida como Medida Cautelar.

O relator da Medida Cautelar, Min. Gilmar Mendes, que, em sede doutrinária, já havia tratado com a precisão peculiar do princípio da proteção da confiança²³⁷, valeu-se de ensinamentos de Almiro do Couto e Silva²³⁸ para dar efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário, no efeito de preservar a situação da aluna, que, quando da apreciação liminar, já se encontrava quase no final do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Tal decisão liminar restou referendada, por unanimidade, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

O julgado em tela aplicou concretamente o princípio da proteção da confiança no sentido de preservação de um outro ato jurisdicional, que tinha, por seu turno, criado uma expectativa legítima em favor de sua beneficiária, a qual já se encontrava na iminência de gozar dos plenos efeitos da tutela jurisdicional pretendida. Embora se possa dizer que o fundamento intrínseco à decisão seja realmente de aplicação do princípio da proteção da confiança²³⁹, a questão, neste caso particular, diz respeito à estabilização de decisões judiciais,

²³⁶ Trata-se do RE 381.958, Rel. Min. Gilmar Mendes, o qual pende de julgamento, estando concluso com o relator, desde 13.04.2005, com parecer do Procurador-Geral da República pelo não-conhecimento da insurgência.

²³⁷ “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)’” (MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 261).

²³⁸ Há referência expressa, na decisão, a passagens de COUTO E SILVA, A., Princípios...

²³⁹ Extrai-se da decisão em comentário passagem do Min. Gilmar Mendes, no seguinte sentido: “no âmbito da cautelar, a matéria evoca, inevitavelmente, o princípio da segurança jurídica”.

o que, por razões da delimitação temática já referida desde as notas introdutórias, exorbita no foco de aplicabilidade do princípio da proteção da confiança em relação ao Direito Administrativo mais especificamente considerado²⁴⁰. É plenamente aproveitável, contudo, a tese que lhe é intrínseca. Cumpre salientar, como assevera Almiro do Couto e Silva²⁴¹, que a decisão em comento, embora enseje a mesma conclusão, qual seja, a preservação de atos estatais, afigura-se similar a outras decisões que, apesar de por fundamentos diversos, chegaram a tal resultado. No intuito de se determinar a preservação de circunstâncias embasadas em decisões judiciais ulteriormente reformadas, já se utilizou, por exemplo, o fato de que a reversibilidade de situações determinadas judicialmente, mesmo que provisoriamente, ocasionaria prejuízo desproporcional ou injustificado²⁴².

O segundo julgado considerado paradigmático por Almiro do Couto e Silva consiste no Mandado de Segurança nº 24.268. No caso, a impetrante fora adotada por seu bisavô em 1984, uma semana antes do óbito deste, fazendo ensejar ato de pensionamento. Ocorre que o Tribunal de Contas da União determinou o cancelamento do benefício dezoito anos após a sua concessão em face de a adoção não ter sido formalizada através do instrumento cabível. No voto da relatora originária, a Min. Ellen Gracie afastou os argumentos da impetração, asseverando, ainda, que “as circunstâncias evidenciam simulação da adoção com o claro propósito de manutenção da pensão previdenciária”. O Min. Gilmar Mendes, então, abriu a

²⁴⁰ Aqui uma nota explicativa se faz necessária: uma coisa é a proteção da confiança enquanto fundamento da estabilização de decisões judiciais, como é o caso da decisão referida; outra, é a estabilização de atos, condutas, procedimentos, promessas oriundas da função administrativa, que também deve ser observada em sede jurisdicional. Ou, em outras palavras, a proteção da confiança serve tanto para garantir a estabilização das próprias decisões judiciais quanto para a justificação da estabilização dos atos praticados pelo Estado, na função administrativa, a ser observada tanto pela própria Administração Pública, quanto pelo Poder Judiciário. O foco do presente ensaio consiste na segunda forma de incidência do princípio da proteção da confiança.

²⁴¹ COUTO E SILVA, O princípio..., p. 288.

²⁴² Para se ter uma idéia de tal noção, tal como recomendado por Almiro do Couto e Silva, vide interessante rol de decisões inventariadas por ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 50, nota 28. Destaca-se, também nesse sentido, decisão exarada quando do julgamento do RE 85.179, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 04.11.1977, de cuja ementa extrai-se que “*Ato administrativo. Seu tardio desfazimento, já criada situação de fato e de direito que o tempo*

divergência que resultou vencedora, com fundamento na invalidade do ato pela inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa^{243 244}. Ocorre que, embora o núcleo decisório fosse outro, de natureza eminentemente procedimental, a decisão do Min. Gilmar Mendes faz referência ao princípio da proteção da confiança (com a designação de “segurança jurídica”), por conta de a situação desconstituída pelo TCU ter sido benéfica à sua destinatária por aproximadamente mais de duas décadas.

O terceiro dos casos apontados por Almiro do Couto e Silva é o Mandado de Segurança nº 22.357. Em tal caso, empregados públicos da Infraero haviam sido investidos em seus postos funcionais, em 1991, sem o respectivo concurso público. Em casos similares o TCU havia considerado regular procedimento idêntico realizado no ano de 1990, em relação a outros empregados públicos. Isso porque, até um conhecido pronunciamento do STF²⁴⁵, havia severas dúvidas e divergências quanto à necessidade de realização de concurso público como requisito de ingresso em empregos públicos em empresas públicas e sociedades de economia

consolidou. Circunstância excepcional a aconselhar a inalterabilidade da situação decorrente do deferimento da liminar, daí a participação no concurso público, com aprovação, posse e exercício”.

²⁴³ Tal decisão vai ao encontro da feição procedimental da proteção às legítimas expectativas depositadas em atos estatais. Nesse sentido, vide SCHONBERG, **Legitimate...**, p. 31-63; ÁVILA, **Benefícios...**, p. 2-5; e FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da Administração Pública Federal. Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 37, p. 118-139, 2002. Evidente que o contraditório e a ampla defesa prestam-se à obtenção de um modo de proteção às expectativas depositadas em atos estatais, a qual, inclusive, aproxima-se do princípio da participação. Nesse sentido, concorda-se plenamente com os autores acima referidos. Todavia, não se podem confundir ampla defesa e contraditório, que são garantias eminentemente procedimentais às expectativas legítimas, de relevante posição constitucional, com a proteção substancial da confiança, o qual, sendo também princípio constitucional, possui sentido próprio.

²⁴⁴ A decisão comentada aproxima-se de outros dois importantes precedentes do STF nos quais se empregou a presunção de legitimidade inerente aos atos administrativos como fundamento para a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa como requisito formal para a extinção de ato benéficos. São eles: RE 158.543, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.08.1994 e RE 199.733, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.12.1998. Do primeiro julgado depreende-se a seguinte passagem: “*tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum a Administração e ao particular*”. Importante salientar, na esteira da nota anterior, que tanto a proteção da confiança quanto os princípios do contraditório e da ampla defesa possuem, no desiderato de estabilização que os assemelha, como importante fundamento mediato o atributo da presunção de legitimidade. Tal relação havida entre o atributo da presunção de legitimidade e o princípio da proteção da confiança será tratada oportunamente na segunda parte do trabalho.

²⁴⁵ MS 21.322, Rel. Min. Paulo Brossard, j. 03.12.1992.

mista exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito. Ocorre que, consolidado o entendimento de que seria necessário o concurso público também para o provimento de tal espécie de função público, o TCU determinou, após tramitação de Recurso de Revisão, a regularização da situação das nomeações dos impetrantes, o que implicaria, por óbvio, a sua dispensa. Por essa razão, e considerando que a medida liminar fora deferida no curso do Mandado de Segurança em comento, ou seja, estando os impetrantes investidos nos seus empregos há mais de uma década, o Min. Gilmar Mendes valeu-se do princípio da proteção da confiança (referindo-se à “segurança jurídica”, tal como nos paradigmas anteriores) para a estabilização dos atos de nomeação dos impetrantes.

Além dos três arestos referidos por Almiro do Couto e Silva, outros dois devem ser mencionados, porquanto também são portadores de uma argumentação jurídica pertinente ao princípio da proteção da confiança. O primeiro deles que, inclusive antecedeu cronologicamente as duas últimas decisões referidas, consiste no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 23.383²⁴⁶, em que a decisão denegatória restou mantida, por unanimidade, pela 2ª Turma do STF. No caso, uma entidade de classe impetrou Mandado de Segurança junto ao Superior Tribunal de Justiça contra ato praticado pelo Ministro de Estado da Educação e do Desporto, o qual homologara parecer exarado pela Câmara de educação Superior do Conselho Nacional de Educação. Tal parecer, acatado pelo ato impugnado, apontava para a edição de Resolução autorizando o prosseguimento das atividades de cursos da área da saúde por universidades credenciadas, desde que tivessem sido criados no período compreendido entre a vigência da Lei n° 9.394/96 e a publicação do Decreto n° 2.207/97. A Terceira Seção do STJ denegou, por unanimidade, a ordem pleiteada, razão pela qual a entidade de classe impetrante interpôs o referido Recurso Ordinário. Quando do julgamento

²⁴⁶ RMS 23.383, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.06.2003.

do Recurso Ordinário, o Min. Gilmar Mendes o improveu sob o argumento de que a decisão atacada estaria, de fato, homenageando o princípio da segurança jurídica (e, assim, da proteção da confiança, no sentido aqui defendido). Novamente se valendo dos ensinamentos de Almiro do Couto e Silva, concluiu que “se se afigurava pacífico o entendimento autorizativo da criação dos cursos antes do advento da nova disciplina legal, não há porque negar validade à resolução que se limita a reconhecer a plena legitimidade de sua instituição nesse período”.

Outro precedente há de ser aqui referido na compreensão teórica do princípio da proteção da confiança. Trata-se do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 434.222²⁴⁷, em que se apreciou a seguinte questão: um servidor público inativo havia sido aposentado a partir de legislação estadual anterior à CF/88, que concedia uma espécie de vantagem acrescida aos proventos que, já em relação ao texto constitucional então vigente²⁴⁸, apresentava-se inconstitucional. Ocorre que, embora contrária ao texto constitucional, tal legislação ocasionou a prática de atos de efeitos concretos, os quais restaram fruídos pelos seus destinatários por largo período. Ao decidir o Agravo Regimental interposto pela Administração Pública contra decisão que negara seguimento ao Recurso Extraordinário, a 2ª Turma do STF entendeu que, não obstante a lei inconstitucional já nascer morta, sem a possibilidade de ulterior convalidação pela superveniência de novas regras constitucionais, os atos concretos praticados, bem assim seus efeitos, deveriam ser preservados em face da boa-fé dos seus destinatários, que haviam gozado dos mesmos por largo período, com vistas à consecução de um estado de segurança jurídica. Embora se tenha referência expressa à segurança jurídica e à boa-fé, a decisão em comento outorga cristalina concreção ao princípio da proteção da confiança por considerar, segundo palavras do Min. Carlos Velloso, que “os

²⁴⁷ RE 434.222 AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 14.06.2005.

²⁴⁸ EC nº 01/69.

efeitos do ato da administração (...) devem ser mantidos, em obséquio, sobretudo, ao princípio da boa-fé”. Afirmou-se, ainda, que

o princípio da segurança jurídica assenta-se, sobretudo, na boa-fé e na necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. No caso, não custa repetir, o ato administrativo embasa-se no princípio da boa-fé, tanto do órgão administrativo que deferiu a vantagem, como, e principalmente, do servidor, o que recomenda a manutenção dos efeitos do ato (...) ²⁴⁹.

Esses julgados, embora possam ser verdadeiramente apontados como casos paradigmáticos de aplicação, pela Corte Constitucional pátria, do princípio em tela, não são os únicos, havendo outros casos que, indiretamente, também traduzem a aplicação do princípio da proteção da confiança pelo Supremo Tribunal Federal²⁵⁰.

Casos há em que o STF, sob o manto da aplicação, direta ou *a fortiori*, da “teoria do *funcionário de fato*”, manteve os efeitos, perante terceiros, de atos praticados por agentes públicos que tinham tido seus provimentos anteriormente invalidados²⁵¹. Tais decisões, embora não tenham feito referência expressa e direta, concretizam o princípio da proteção da confiança na idéia de estabilização das situações jurídicas decorrentes de atos estatais. De

²⁴⁹ Conveniente trasladar outra parte do julgado em comento: “... os efeitos porventura produzidos podem incorporar ao patrimônio dos administrados, tendo em vista, sobretudo o princípio da boa-fé. No caso, ao recorrido foi concedida a gratificação quando de sua aposentadoria. Vinha ele percebendo essa gratificação, quando sobreveio a Constituição de 1988, que não contém a proibição que se inscrevia na CF/1967, art. 102, § 2º. Parece evidente que a concessão da gratificação, com a aposentadoria, deu-se com a observância do princípio da boa-fé. Ela tem, por outro lado, caráter alimentar. Ora, retirá-la, a esta altura, quando ela, efeito da lei constitucional estadual, está placitada pela ordem jurídico-constitucional vigente, não teria sentido. Retirá-la, quando a sua concessão viu-se coberta pelo princípio da boa-fé, representaria ofensa a esse princípio, certo, convém registrar, que uma das razões mais relevantes para a existência do direito está na realização do que foi acentuado na Declaração da Independência dos Estados Unidos da América, de 1776, o direito do homem de buscar a felicidade”.

²⁵⁰ Muitos dos julgados que serão aqui tratados foram referidos por Ana Paulo de Oliveira Ávila em seminário realizado no segundo semestre de 2003, no Curso de Doutorado em Direito da UFRGS, em disciplina intitulada “Princípios Fundamentais do Direito do Estado”, ministrada pelo Prof. Humberto Ávila, na qual tive oportunidade de compartilhar o tema que é enfrentado na presente tese.

²⁵¹ RMS 9.757, Rel. Min. Pedro Chaves, j. 17.04.1963; RE 78.209, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 04.06.1974; RE 78.594, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 07.06.1974; RE 78.596, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 20.08.1974; RE 79.628, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 22.10.1974; RE 78.533, Rel. p/ Acórdão Min. Décio Miranda, j. 13.11.1981.

outro lado, o Supremo Tribunal Federal já exarou decisões que, sob o fundamento do princípio da irredutibilidade de vencimentos, concretizou o princípio da proteção da confiança²⁵² ao preservar parcelas remuneratórias, mesmo quando indevidamente concedidas.

Um outro julgado pode ser utilizado como exemplo de aplicação do princípio da proteção da confiança na jurisprudência da Corte Constitucional, embora também não tenha referido expressamente tal princípio. Trata-se do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n° 118.927²⁵³, que, ao inadmitir a insurgência extraordinária, fez valer o princípio da proteção da confiança (segurança jurídica, nas palavras do relator) para os fins de se considerar desrespeitosa alteração de regras de condução de concurso público após esgotadas as fases do certame, e com a aprovação dos candidatos, impondo novas exigências. Da ementa de tal julgado retira-se que “a segurança jurídica, especialmente a ligada à relação cidadão-Estado rechaça a modificação pretendida”. Percebe-se, em precedente como esse, que o princípio da proteção da confiança pode ser relacionado com a idéia de vinculação ao instrumento convocatório, pertinente a todas as formas de seleção pública, como é o caso, por exemplo, dos concursos públicos como requisito de ingresso em cargos e empregos público e dos procedimentos licitatórios como requisito para a obtenção de contratações mais vantajosas à Administração Pública²⁵⁴. Nesse sentido, pode-se afirmar que o dever de vinculação ao instrumento convocatório, além de encontrar supedâneo no próprio princípio da legalidade, presta-se a concretizar o princípio da proteção da confiança, na medida em que impõe seja a Administração Pública proibida de frustrar a expectativa daqueles que confiaram – por não terem razão para não fazê-lo – em regras que a própria Administração estabelecera para fins de regulamentar procedimentos seletivos públicos. Portanto, afigura-se inegável que a ulterior

²⁵² RE 105.789, Rel. Min. Carlos Madeira, j. 15.04.1984; RE 122.202, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 10.08.1993; RE 378.932, Rel. Min. Carlos Britto, j. 30.09.2003.

²⁵³ RE 118.927 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.05.1995

alteração de regras editalícias, bem assim a superveniente imposição de novas normas ou interpretações, sobretudo as de índole restritiva, afronte o princípio em comento.

Após todos os casos acima indicados, é possível afirmar que existem precedentes no Supremo Tribunal Federal que já tenham tido fundamentos no princípio da proteção da confiança, embora sem que esse tenha sido referido de forma expressa. Entretanto, não se pode afirmar que tais decisões sejam amalgamadas por um fio de sistematização. Essa, ao que parece, afigura-se incipiente. O caminho a ser percorrido, como antes referido, já começou, embora esteja inquestionavelmente nos seus primeiros passos.

Feitas tais considerações focalizadas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, deve-se analisar a aplicabilidade de tal princípio no Superior Tribunal de Justiça.

C. O princípio da proteção substancial da confiança no Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça oferece inúmeros precedentes que podem ser utilizados como paradigmas de aplicabilidade do princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo brasileiro. A análise de tais arestos conduz à percepção de que esse princípio é concretizado no STJ de forma mais freqüente e com maior amplitude do que no Supremo Tribunal Federal. Ademais, a positivação de regras infraconstitucionais relacionadas com o tema, do que será oportunamente tratado, ocasionará cada vez mais julgamentos nesta Corte, incumbida constitucionalmente do que se poderia considerar, em termos latos, do Direito

²⁵⁴ No caso das licitações, o dever de vinculação ao instrumento convocatório possui, inclusive, regras positivadas que o impõem, tais como o artigo 3º, *caput*, e o artigo 41, *caput*, ambos da Lei nº 8.666/93.

infraconstitucional. É importante, todavia, a advertência já referida no item supra, no sentido de que inúmeras decisões a seguir comentadas dão concreção à proteção da confiança, mesmo sem que tal princípio seja expresso.

Um interessante julgado que, já nos primórdios do STJ, se valeu do princípio da proteção da confiança foi o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n° 407²⁵⁵. No caso concreto, servidores públicos foram aprovados em concurso público para provimento no cargo de Auxiliar de Receita da Secretaria da Fazenda do Estado do Maranhão. Após terem sido investidos e terem entrado em exercício, o Governador do Estado, através de decreto de efeitos concretos, desconstituiu os atos de investidura, sob o argumento de que o certame padeceria de invalidade. Os servidores públicos, então, impetraram Mandado de Segurança junto ao Tribunal de Justiça do Estado, do qual resultou decisão de denegação da ordem. Interposto o recurso em comento, a 1ª Turma do STJ concedeu a ordem para o efeito de invalidar o ato que havia desconstituído o ato de investidura dos referidos servidores públicos. No cerne da decisão encontra-se o fundamento de que a desconstituição dos atos de investidura dos impetrantes não poderia ter se dado de forma unilateral, sem a observância do contraditório e da ampla defesa²⁵⁶. Ocorre que o Min. Gomes de Barros utilizou-se também de outro argumento, este diretamente relacionado com o princípio em comento. Com efeito, embasou-se em idéias esposadas no parecer do Subprocurador-Geral da República que oficiou no feito, Dr. Gilmar Mendes, hoje Ministro do STF²⁵⁷, no qual se assentou, num primeiro momento, que o princípio da legalidade deveria ser cotejado com outros princípios não menos importantes, tais como a segurança das relações jurídicas e o resguardo da boa-fé.

²⁵⁵ RMS 407, Rel. Min. Gomes de Barros, j. 07.08.1991.

²⁵⁶ Quanto à relação entre o contraditório e a ampla defesa, de um lado, e a proteção da confiança, de outro, todos no sentido de se proteger legítimas expectativas, vide notas 243 e 244, supra.

De outra banda, deixou-se assentar no voto condutor da decisão analisada ser perceptível que “a supremacia do interesse público sobre o privado deixou de ser um valor absoluto”. E, ainda, em relação ao interesse público, disse-se que “tal princípio, muitas vezes prestou-se a deformações, servindo de justificativa para a implantação de regimes ditatoriais, tornou-se necessário temperá-lo com velhas regras do Direito Privado, que homenageiam a boa-fé e a aparência jurídica”. Constatou-se, pois, que o STJ, em tal precedente, considerou a possibilidade de ponderação dos princípios da legalidade e da segurança jurídica para fins de se proteger a expectativa daqueles que depositaram legitimamente a confiança em ato estatal determinante de benefícios.

Tal decisão não se afasta de um outro julgado, costumeiramente considerado um *leading case* sobre o princípio em análise, junto ao STJ. Trata-se do Recurso Especial nº 6.518²⁵⁸. Nesse caso, uma candidata inscreveu-se em concurso público que exigia, para a inscrição, a idade mínima de 18 anos sem ter implementado tal condição. Submetida às provas e aprovada no certame com elogioso aproveitamento, após a homologação do concurso, a candidata se apresentou para a formalização do provimento em seu emprego público, já contando com 19 anos de idade. A Administração Pública negou-lhe a investidura por não ter cumprido o requisito etário quando da inscrição no concurso.

A decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reconheceu a pretensão da candidata sob o argumento – posteriormente cristalizado na Súmula 266, do STJ – de que a idade, bem como outras condições, seria requisito para o ingresso no serviço público, não para a participação no concurso público. Cumpre salientar que o voto condutor da decisão, ao não

²⁵⁷ Não é coincidência, portanto, que o hoje Min. Gilmar Mendes seja, no STF, um dos precursores da aplicação do princípio da proteção substancial da confiança.

²⁵⁸ REsp. 6.518, Rel. Min. Gomes de Barros, j. 19.08.1991. No mesmo sentido, o REsp. 45.522, Rel. Min. Gomes de Barros, j. 14.09.1994.

conhecer do Recurso Especial, fez referência, e aí a sua importância em relação ao princípio da proteção da confiança, à necessidade de serem ponderados a legalidade e o interesse público com o princípio boa-fé e da segurança das relações jurídicas.

A jurisprudência do STJ oferece uma questão relacionada com o princípio da proteção da confiança, sobre matéria de isenção tributária. O Recurso Especial nº 1.073²⁵⁹ apreciou questão em que empresa buscava a manutenção de isenção de ICM outorgada pelo Convênio ICM 9/75, o qual restou alterado (Convênio ICM 11/81) e, posteriormente, revogado (Convênio ICM 26/83). O fundamento nuclear da demanda consistia no fato de que a isenção seria condicionada ao desenvolvimento de um projeto ainda não findado. A decisão de primeiro grau de jurisdição embasou-se no artigo 178 do CTN para concluir que a isenção seria revogável a qualquer tempo. Reformada a decisão no Tribunal de Justiça, o Estado de São Paulo insurgiu-se para fazer valer a decisão de primeiro grau.

Por ocasião do julgamento do Recurso Especial, decidiu-se, por maioria, que não seria possível revogar um incentivo condicionado à implementação de um projeto empresarial se este ainda se encontrava em execução. Disse o Min. Gomes de Barros, nesse sentido, que revogar a isenção “em pleno andamento do plano seria reprovável deslealdade, que não se deve permitir ao Estado”. Salienta-se no referido julgado o dever de o Estado observar, sob pena de configuração de conduta desleal, as expectativas por ele mesmo criadas sobre as quais os administrados legitimamente depositaram sua confiança. Tal é o desiderato precípua do princípio que se faz objeto deste trabalho.

²⁵⁹ REsp. 1.073, Rel. p/ Acórdão Min. Gomes de Barros, j. 18.12.1992.

Nesse mesmo sentido, outros dois precedentes chamam a atenção. O primeiro deles consiste no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 1.694²⁶⁰. Relata no caso que, durante aproximadamente 17 anos, o Estado do Rio Grande do Sul, através dos órgãos competentes, mantinha um programa, intitulado “residência multidisciplinar”, integrando vários profissionais (médicos, enfermeiros, terapeutas ocupacionais etc.). Segundo o programa, os profissionais, selecionados por concurso público, teriam regime de trabalho integral, com dedicação exclusiva, mediante contraprestação pecuniária equivalente ao devido em programas de residência médica. Com a superveniente edição de legislação alterando os critérios de remuneração da residência médica, o Estado do Rio Grande do Sul deixou de cumprir o pactuado em relação aos profissionais que não fossem médicos, os quais, então pleitearam junto ao Tribunal de Justiça que fossem mantidos os critérios pactuados, pretensão essa que não foi tutelada.

O STJ reformou a decisão sob o argumento de que também a Administração Pública, em relação aos contratos que celebra, deveria se sujeitar aos ditames de boa-fé e de lealdade, cumprindo as promessas feitas. Por ocasião do julgamento, inclusive, fez-se referência ao voto vencido no Tribunal de Justiça, de lavra do Desembargador Décio Erpen, que qualificou a ação do Poder Público como uma verdadeira “deslealdade estatal”.

Ainda nessa linha de raciocínio, é possível referir o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6.183²⁶¹. O Banco do Brasil, o Banco Central do Brasil, o Ministério da Fazenda, o Ministério da Agricultura e a Comissão de Agricultura e Política Rural da Câmara dos Deputados firmaram um “memorando de entendimento”, pelo qual o Banco do Brasil reconheceu “a conveniência de suspender os processos” de execução ou de cobrança nos

²⁶⁰ RMS 1.694, Rel. Min. Gomes de Barros, j. 07.03.1994.

casos em que houvesse “ânimo do devedor de acertar as contas”, assumindo publicamente o compromisso de suspensão dos referidos processos pelo prazo de até noventa dias.

Diante disso, um cliente do Banco do Brasil que se enquadrava nas condições acima referidas protocolou requerimento de acerto de contas e almejou a suspensão do processo executório, no qual um bem penhorado já estava com praça designada. Indeferido o pedido administrativo, o agricultor impetrou Mandado de Segurança junto ao Tribunal de Justiça, sendo a decisão de mérito denegatória da segurança pretendida. O fundamento da decisão de improcedência centrou-se no fato de que o referido “memorando de entendimento” não possuiria caráter generalizado e normativo, sendo, pois, inapto a ensejar a configuração de seu direito líquido e certo.

A partir de bem lançadas considerações acerca da responsabilidade pré-contratual e do princípio geral da boa-fé, o Min. Ruy Rosado de Aguiar assentou que “o que vale para a autonomia privada, vale ainda mais para a administração pública e para a direção das empresas cuja capital é predominante público, nas suas relações com os cidadãos”. Demais disso, asseverou-se que o referido ato estatal criara “no devedor a justa expectativa de que, comparecendo ao estabelecimento oficial de crédito a fim de fazer o acerto de contas, teria o prazo de suspensão de 90 dias, para o encontro de uma solução extrajudicial”. Assim, reconheceu-se que a expectativa criada através de ato estatal deveria produzir o efeito de se garantir a observância do comportamento estatal, sobre o qual a confiança dos seus destinatários havia sido legitimamente depositada.

²⁶¹ RMS 6.183, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 14.1.1995. Tal decisão foi primorosamente abordada em MARTINS-COSTA, A proteção...

Numa outra linha de aplicação do princípio da proteção da confiança, tem-se o Mandado de Segurança nº 4.288²⁶², que reconheceu limites à revogação de atos administrativos produtores de efeitos benéficos aos seus destinatários, ou seja, à extinção de atos administrativos por razões de conveniência e oportunidade. Em suma, o Ministro de Estado da Administração Federal e da Reforma do Estado praticou ato administrativo que determinou a prorrogação de concurso público para ingresso no Quadro do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e em outros órgão da Administração Pública federal.

Posteriormente, a mesma autoridade administrativa perpetrou ato de revogação do ato que havia prorrogado o certame. Então, alguns candidatos aprovados no referido certame, impetraram o *writ* em lume. Decidiu-se, pois, que seria inválido o ato administrativo que havia revogado o ato administrativo de prorrogação do concurso público. Partindo da premissa de que a extinção de atos válidos, os quais são objeto da revogação, demanda mais cuidados do que em relação a atos inválidos, reconheceu-se a figura de atos irrevogáveis. Dentre esses casos de atos irrevogáveis situar-se-iam os atos geradores de direitos subjetivos devidamente adquiridos. No caso do concurso público, o STJ considerou que a sua prorrogação consistiria em conduta discricionária, a qual não geraria senão a sua possibilidade, sem haver direito subjetivo dos concursandos. Todavia, uma vez prorrogado o certame, tal circunstância transformaria a expectativa dos candidatos aprovados num direito subjetivo, tutelável jurisdicionalmente, é de ser observado o prazo da prorrogação, razão pela qual tal expectativa seria apta a ensejar óbices à extinção do ato administrativo de prorrogação por questões de conveniência e oportunidade. Nesse sentido, equiparou-se a situação àquela existente quando da nomeação de servidores públicos, visto que os candidatos aprovados em

²⁶² MS 4.288, Rel. Min. William Patterson, j. 12.06.1996.

concurso público não teriam direito subjetivo de serem nomeados, porém uma vez nomeados, surgiria a legítima expectativa, traduzida em direito subjetivo, de serem empossados, razão pela qual não poderia o ato de nomeação ser simplesmente revogado.

Deve-se apontar também como importante precedente no Superior Tribunal de Justiça que conferiu aplicabilidade ao princípio da proteção da confiança, especialmente no sentido de aplicação da teoria dos atos próprios em face da Administração Pública, o Recurso Especial nº 141.879²⁶³. Tratava-se de caso em que um Município, após ter celebrado contratos de promessa de compra e venda de lotes integrantes de uma área de seu domínio, em que se incumbira de formalizar o loteamento, propusera ação ordinária com vistas a invalidar tais negócios jurídicos sob o fundamento de que o loteamento não seria regular, faltando-lhe o registro, o qual, por seu turno, dependeria de atos praticados por outros órgãos públicos. Julgada improcedente a demanda e mantida a decisão de improcedência no Tribunal de Justiça do Estado, o STJ não conheceu do Recurso Especial, sob o fundamento de que o princípio da boa-fé “deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram”. Da decisão, se extrai também um interessante argumento *a fortiori*: trata-se do fato de que o Município deveria regularizar, nos termos do artigo 40 da Lei nº 6.766/79, mesmo quando o loteamento houvesse sido oferecido por terceiros, de forma que, com maior razão, deveria fazê-los nos loteamentos executados pelo próprio Município.

²⁶³ REsp. 141.879, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.03.1998.

O Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgados, ora em nome da vinculação ao instrumento convocatório, ora em nome da impessoalidade, ora em nome da finalidade, ora, ainda, em nome da moralidade, considerou inválida a imposição de regras, interpretações ou restrições aplicáveis a concursos públicos em momento posterior ao momento em que o certame já havia tido as suas regras de condução divulgadas, bem como após a realização de suas fases²⁶⁴.

Em tais casos, não se pode considerar errônea a invocação dos referidos princípios (moralidade, finalidade, impessoalidade, dentre outros). Todavia, quer parecer que se evidencia mais claramente a afronta ao princípio da proteção da confiança, porquanto alterações ou restrições supervenientes ao início do processo seletivo culminam por frustrar expectativas que são legitimamente depositadas nas regras editalícias. Mesmo em relação à supressão de lacunas contidas nos instrumentos convocatórios, não seria equivocado apontar a solução para o princípio da proteção da confiança. Isso porque, sendo o edital o ato normativo

²⁶⁴ RMS 5.437, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 06.04.1999 (“publicado o edital, lei do concurso, e identificadas as provas, a alteração da média, ainda que para diminuir a exigência mínima, fere os princípios da moralidade e da impessoalidade que devem presidir a edição dos atos administrativos”); RMS 10.980, Re. Min. Edson Vidigal, j. 16.12.1999 (“a alteração do critério de cálculo para apuração da média final, nas condições descritas, implica em afronta aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade...”); RMS 12.952, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 27.11.2001 (“silente o Edital do Concurso, quanto ao momento em que deveriam ser apresentados os títulos, não é dado à Comissão Examinadora implementar posteriormente o regramento, alterando-o de forma desigual, em desfavor de uns e outros. Ofensa ao princípio da isonomia que se reconhece”); RMS 12.908, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 02.04.2002 (“silente o Edital do Concurso, quanto ao momento em que deveriam ser apresentados os títulos, não é dado à Comissão Examinadora implementar posteriormente o regramento, alterando-o de forma desigual, em desfavor de uns e outros. Ofensa ao princípio da isonomia que se reconhece”); RMS 16.733, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 16.10.2003 (“O edital do referido certame e a legislação de regência consideram como títulos, para fins de pontuação, a aprovação em concurso público para cargo de carreira jurídica, para cujo exercício é exigido diploma de bacharel em Direito, sem qualquer outra limitação. A Comissão de Concurso não poderia, em fevereiro de 2002, ao convocar os candidatos já aprovados, mudar os critérios antes figurantes na lei e no édito, limitando a aceitação dos ‘títulos’”); RMS 17.875, Rel. Félix Fischer, j. 16.09.2004 (“não tendo o edital do certame definido quais cargos da carreira jurídica serviriam para a pontuação de títulos no concurso para serventia, não poderia a Comissão do Concurso, posteriormente à publicação do edital, alterar os critérios de definição, principalmente se os candidatos já haviam apresentado seus títulos”); RMS 18.420, Rel. Min. Félix Fischer, j. 26.10.2004 (“não tendo o edital do certame definido claramente a data limite para entrega dos títulos, bem como a natureza dos trabalhos jurídicos publicados para fins de pontuação, não poderia a Comissão de Concurso, posteriormente à publicação do edital e após a entrega dos títulos, alterar ou modificar os critérios do concurso, por ofender os princípios da moralidade administrativa e impessoalidade”).

que determinará a condução do certame, toda e qualquer omissão ou silêncio havido em seu conteúdo não poderão credenciar a expedição de regras que venham a criar condições inovadoras, por mais proveitosas que pareçam ser.

Com efeito, uma vez lançado o instrumento convocatório de um concurso público, de uma licitação ou de qualquer outra forma de seleção pública, deve-se criar um ambiente de tutela jurídica das expectativas geradas pelo que tais editais dizem expressamente, bem assim em relação aos seus eventuais “silêncios”. Nesse sentido, extrai-se do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 5.437, quanto à insegurança gerada pela imposição de regras após já ter o concurso iniciado, que “o candidato deve possuir uma perspectiva precisa do concurso a que vai se submeter, e ela influi decisivamente em seu comportamento durante as provas”.

Tal é a razão, inclusive, pela qual não se permite que a Administração Pública se desgarre do contido no instrumento convocatório de um concurso público, por exemplo, em relação à tábua de matérias contidas em seu conteúdo programático. O estudo e a preparação de um concurso público partem de um programa previamente estipulado. O candidato, num concurso, deve ver respeitada a sua confiança depositada no rol de disciplinas previamente estabelecidas, sem que possa haver surpresas, como é o caso de ser argüido sobre assunto não previamente estabelecido no instrumento convocatório.

Tais arestos, em termos sintéticos, traduzem o modo pelo qual, direta ou indiretamente, implícita ou explicitamente, o princípio da proteção da confiança vem sendo aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça.

D. O princípio da proteção substancial da confiança no direito posto brasileiro

i. Direito posto e direito pressuposto

Constatou-se, na análise comparativa feita no capítulo 2 deste trabalho, que os itinerários de consagração do princípio da proteção da confiança em países como a Alemanha, a Espanha e a França guardam em comum²⁶⁵ o fato de que tal princípio teve, invariavelmente, um primeiro momento de aplicação jurisprudencial – por vezes acidental, inclusive – que, após um fluente e vasto desenvolvimento doutrinário, culminou com a positivação de regras legais indutoras do alcance das finalidades subjacentes ao princípio em questão.

Em solo pátrio, o ponto de partida já foi dado pela jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, antes mesmo de um maior desenvolvimento no plano doutrinário, quer parecer que já houve no direito posto o surgimento de algumas regras jurídicas que são supedaneadas – e dão embasamento – pelo princípio da proteção da confiança.

Aqui, é importante esclarecer que se utiliza a expressão “direito posto”, na acepção desenvolvida por Eros Grau²⁶⁶, ou seja, no sentido de direito positivado. Diante disso, aproveitam-se nesse momento algumas interessantes considerações acerca da diferença proposta pelo autor entre o direito posto e o direito pressuposto. Segundo Eros Grau, o direito pressuposto brota de uma determinada sociedade, à margem da atuação cultural dos homens,

²⁶⁵ Pela semelhança de tal fenômeno com o que vem ocorrendo no Brasil é que, como anteriormente referido, tais países foram eleitos na abordagem comparativa contida no corpo deste trabalho.

dentro do qual se insere um conjunto de princípios de direito. Enfatiza Eros Grau que os princípios jurídicos de uma determinada sociedade são, em verdade, resgatados – e não criados – do direito pressuposto, porquanto preexistem à sua própria percepção. Já o direito posto, enquanto positividade de normas, apresenta-se adstrito ao próprio direito pressuposto, sendo, portanto, limitado. Demais disso, depreende-se da construção teórica proposta por Eros Grau que, uma vez posto o direito, esse culminará numa circunstância de transformação do próprio direito pressuposto, numa relação virtuosamente circular. Nas palavras do autor, tais idéias são sumarizadas do seguinte modo:

o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. Em outros termos: o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base. O direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto, mas este modifica o direito pressuposto.²⁶⁷

Tais considerações apresentam-se absolutamente subsumíveis ao princípio da proteção da confiança, especialmente no atual estágio em que o Direito Administrativo brasileiro se encontra quanto à sua aplicação. Por certo, a proteção da confiança é noção que se encontra no direito pressuposto, dada a sua imanência à idéia de segurança, numa feição mais ampla de necessidade antropológica, bem como em face de sua relação com os princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito. Trata-se, pois, de um princípio constitucional e esse, por certo, se coloca em destacada posição na noção de direito pressuposto.

A sua condição pressuposta, a partir de um fenômeno de intermediação jurisprudencial, ensejou, mesmo que de modo incipiente, a positividade de alguns preceitos legais relacionados com o princípio da proteção da confiança, ora de modo mais claro, ora de

²⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 43-93.

²⁶⁷ GRAU, **O direito...**, p. 64.

modo não tão claro assim. Por essa razão, ainda nesta parte do trabalho em que se pretende analisar o modo pelo qual se deu a recepção de tal princípio no Direito Administrativo brasileiro, afigura-se deveras conveniente a menção a alguns desses preceitos legais.

É pertinente salientar que tal abordagem não representa um ponto de chegada no itinerário de construção da significação jurídica da proteção da confiança, seja porque tais preceitos são muito poucos em face da importância científica do tema, seja pela natural transcendência do direito, considerado como ciência, em relação ao que se encontra exclusivamente no direito positivo. A análise de alguns preceitos legais, em verdade, corresponderá tão-somente a uma espécie de passagem obrigatória, postada em meio ao itinerário, que teve seu início no labor jurisprudencial e que tem por fim precípuo a compreensão teórica dos modos de atuação concreto da proteção da confiança.

Portanto, assim como asseverado por Eros Grau, pretende-se aqui justamente consolidar o círculo virtuoso que, de modo constante, há de coligar o direito pressuposto e o direito posto, no sentido de que das noções teóricas fundamentais da proteção da confiança se passe pelas normas positivadas – que, *in casu* são poucas e incipientes – oriundas de tal princípio, para, com isso, se retomar, com a discussão locada num segundo momento de discussão teórica, a preocupação da própria construção teórica do que se lhe apresenta, também, pressuposto. Ademais, mostra-se imperiosa a conclusão, embasada na já referida diferença entre texto e norma, tal como proposta por Humberto Ávila, de que o princípio da proteção da confiança possui conteúdo naturalmente mais amplo do que o encontrado em tais preceitos legais. Trata-se, verdadeiramente, de um mero ponto de partida.

ii. Direito posto e proteção substancial da confiança

Ao se analisar a questão da proteção da substancial da confiança no direito posto, quer parecer que uma regra legal havida na legislação federal, há de ser colocada em posição de destaque, mesmo que não seja a única nem a primeira que tenha cristalizado, em termos positivos, o princípio da proteção da confiança. Trata-se do artigo 54 da Lei nº 9.784/99²⁶⁸, que prevê um prazo decadencial de cinco anos para o exercício do direito de a Administração Pública invalidar seus atos eivados de vícios de legalidade quando concederem efeitos favoráveis aos seus destinatários, desde que não se demonstra a ocorrência de má-fé.

Tal regra tem sua aplicabilidade projetada para toda a atividade administrativa de cunho decisório²⁶⁹ da Administração Pública Federal, não ficando adstrita tão-somente aos atos administrativos internos a um processo administrativo, como poderia sugerir a ementa²⁷⁰ do Diploma Legal referido.

O dispositivo legal citado, que será objeto de enfrentamento específico no próximo capítulo, consiste numa verdadeira limitação à autotutela administrativa, porquanto se presta a obstaculizar o dever-poder invalidatório da Administração Pública desde que implementadas

²⁶⁸ A Lei nº 9.784/99 resulta do Projeto de Lei nº 2.464/96, do Poder Executivo, para cuja elaboração foi constituída comissão composta por Caio Tácito, Odete Medauar, Inocêncio Mártires Coelho, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, José Carlos Barbosa Moreira, Almiro do Couto e Silva e Maria Sylvia Zanela Di Pietro, designados através da Portaria nº 1.404, de 17.10.1995, do Ministério da Justiça, os quais receberam o reforço de Adilson de Abreu Dallari, José Joaquim Calmon de Passos, Carmen Lúcia Antunes Rocha e Paulo Eduardo Garrido Modesto, através da Portaria Conjunta nº 47, de 31 de janeiro de 1996, dos Ministérios de Estado da Justiça e da Administração Federal e Reforma do Estado.

²⁶⁹ “Uma lei geral de processo administrativo não regula apenas os chamados processos administrativos em sentido estrito, mas toda a atividade decisória da Administração, sem exceções, independentemente do modo como ela se expressa” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e procedimento administrativo no Brasil*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Org.) **As leis de processo administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 19).

²⁷⁰ “Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”.

algumas condições. Trata-se, pois, de uma das mais nítidas formas de concreção ao princípio da proteção da confiança, uma vez que determina que uma conduta administrativa, mesmo que perpetrada de modo contrário à ordem jurídica, seja preservada em face de um plexo de circunstâncias (efeito benéficos, boa-fé dos destinatários, lapso temporal significativo) das quais se extrai que a confiança legitimamente depositada pelos destinatários de uma conduta inválida preponderará num juízo de ponderação intrínseco à própria regra em relação à prerrogativa invalidatória da Administração Pública²⁷¹.

Além do disposto no artigo 54 (preceito que traduz, em essência, o princípio da proteção da confiança), a Lei n° 9.784/99 positivou outros preceitos que podem ser mencionados. Pode, nesse sentido, ser referido o artigo 2°, em cujo *caput* se inseriu a segurança jurídica como um dos princípios norteadores da atividade administrativa. Não é redundante recordar que a proteção da confiança guarda importante nexos com a segurança jurídica, notadamente por ser dessa uma verdadeira feição subjetiva.

Ainda no próprio artigo 2° da Lei n° 9.784/99, no seu parágrafo único, mais especialmente, têm-se duas passagens normativas que também tocam ao princípio da proteção da confiança. A primeira delas – contida no inciso IV – refere-se à imposição de que a atuação administrativa seja parametrizada por critérios de boa-fé, o que, como já se afirmou, em alguns casos representa um pressuposto da incidência da proteção da confiança. A outra, também um verdadeiro marco normativo de concreção ao princípio da proteção da confiança, consiste em regra – contida no inciso XIII – pela qual se apresenta vedada a aplicação

²⁷¹ É relevante noticiar que se positivaram na lei federal em comento idéias desde há muito tratadas por Almiro do Couto e Silva, que, aliás, teve participação direta na elaboração do anteprojeto que resultou na Lei n° 9.784/99, sobretudo no que se referiu ao seu capítulo XIV, pertinente à “anulação, revogação e convalidação” dos atos administrativos.

concreta de nova interpretação dada a normas administrativas em relação a fatos passados²⁷², interpretação essa que, aliás, há de se dirigir à melhor forma de atendimento do interesse público. Tal vedação de aplicação retroativa de norma interpretação, assim como na proibição de invalidar atos sobre os quais a legítima confiança já deitou proteção, consiste em obrigação de não-fazer, ou seja, em eficácia negativa, em razão da qual se obsta ao Estado não a edição de novas interpretações, mas a aplicação, em situações pretéritas, de interpretações que lhe são supervenientes.

Além de tais preceitos encontrados na Lei nº 9.784/99, cuja importância ao Direito Administrativo brasileiro não pode ser colocada em dúvida²⁷³, é possível encontrar no direito posto pátrio outros dispositivos legais que, mesmo implicitamente, conferem concreção ao ideário pertinente ao princípio da proteção da confiança.

É o caso, ao que parece, do disposto no artigo 59, § único, da Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações), segundo o qual “a nulidade [do contrato administrativo] não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ele for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que lhe se seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”. Esse dispositivo, ao contrariar a antiga parêmia de que o que é nulo não tem aptidão para a produção de efeitos – de resto, já de há muito mitigada –, produz um estado de coisas pelo

²⁷² Tal preceito, de resto, guarda proximidade com a Formulação nº 66-DASP, publicada no DOU de 27.09.71, pela qual “as modificações na jurisprudência administrativa não alteram os atos administrativos praticados sob a orientação primitiva, salvo flagrante contradição desta com a lei interpretada”.

²⁷³ Na ementa do MS 8.946, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 11.06.2003, a Primeira Seção do STJ deixou assentado que “a Lei 9.784/99 é, certamente, um dos mais importantes instrumentos de controle do relacionamento entre Administração e Cidadania. Seus dispositivos trouxeram para nosso Direito Administrativo, o devido processo legal. Não é exagero dizer que a Lei 9.784/99 instaurou no Brasil, o verdadeiro Estado de Direito”. Tais palavras vão ao encontro do que SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 302-442 assevera acerca da necessidade de se colocar a noção de processo ou procedimento como alternativa aos atos administrativos, isoladamente considerados, enquanto conceito central do Direito Administrativo.

qual o contratado terá protegida a sua expectativa²⁷⁴, mesmo que parcialmente²⁷⁵, em face da aparência de validade do vínculo contratual, bem como do fato de que não contribuiu para a patologia de um contrato administrativo cujo vício restou reconhecido posteriormente à sua celebração e ao início de sua execução.

Trata-se, por certo, de um primado decorrente da própria vedação ao enriquecimento sem causa – imagine-se o contratado perder, em favor da Administração Pública, tudo o quanto já investira no contrato por razões que não lhe seriam imputáveis. Entretanto, além de sê-lo, subjaz, inegavelmente, a índole normativa de proteção ao que se expectou legitimamente da Administração Pública.

A menção a tais preceitos, que não porta qualquer pretensão de exaustividade, deve ser utilizada, como já referido, como um mero ponto de passagem na compreensão do princípio da proteção da confiança. Nem se trata de um ponto de partida, porquanto a recepção ao princípio pela jurisprudência pátria é – implícita ou explicitamente – precedente a sua positivação; nem é seu ponto de chegada, porquanto há uma óbvia transcendência do conteúdo jurídico e da aplicabilidade de um princípio em relação aos preceitos legais que lhe conferem tão-somente um viés de concreção parcial. O que há de ficar esclarecido neste ponto é que tais preceitos, por certo, não esgotam o conteúdo normativo da proteção da confiança. Consoante será demonstrado a seguir, o que se pretende é propor uma teoria acerca do tal

²⁷⁴ Embora empregando a noção de boa-fé ao invés de proteção da confiança, lapidares são os ensinamentos, quanto ao preceito comentado, encontrados em JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 533-536.

²⁷⁵ Pela inconstitucionalidade da limitação indenizatória prevista no dispositivo em comento, vide: *Ibidem*, p. 535. Em sentido oposto, porquanto haveria uma “presunção de concorrência de culpas na geração do vício apenado com nulidade”, PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2002, p. 608. Discorda-se, terminantemente de tal “presunção de concorrência de culpa”. Nem se faz necessário socorrer-se do princípio objeto da tese para se concluir que tal presunção de má-fé não se coaduna com um mínimo de razoabilidade interpretativa.

princípio, que, por lhe atribuir contornos teóricos mínimos, pode ensejar a sua operatividade de forma, inclusive, em alguns casos, a prescindir da necessidade de positivação.

Compreendidas as bases teóricas do princípio da proteção da confiança (capítulo 1), analisada a sua presença em países estrangeiros que guardam alguma similaridade com o Direito Administrativo pátrio (capítulo 2), bem como vislumbrado o modo pelo qual se deu e está se dando a recepção – muitos mais jurisprudencial e legislativa do que doutrinária – do princípio em comento (capítulo 3), passa-se, agora, à segunda parte do trabalho, no qual se busca a compreensão de sua operatividade. Para isso, recorre-se constantemente ao que já foi tratado nesta parte, contudo tentando contribuir, num lógico retorno ao plano teórico, seja para a construção teórica do conteúdo do princípio, seja para a sua devida recepção no Direito Administrativo brasileiro.

SEGUNDA PARTE: OPERATIVIDADE DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO SUBSTANCIAL DA CONFIANÇA E ESTABILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS EMERGENTES DE CONDUTAS ADMINISTRATIVAS

Numa linha de raciocínio próxima à que sustenta Eros Grau em relação ao círculo virtuoso que há de se instaurar entre o direito pressuposto e o direito posto, deve-se considerar, em qualquer estudo que se proponha analisar princípios jurídicos, que não há como defini-los sem que se considere sua aplicabilidade ou, como aqui se prefere, sua operatividade. Do mesmo modo – isso não é menos verdadeiro – um determinado princípio jurídico somente admitirá uma construção teórica de definição se atentar para a sua aplicabilidade, ou seja, como se extrai das idéias de Humberto Ávila, uma teoria dos princípios jurídicos deve, de um lado, partir da sua definição à sua aplicação, mas, também, de outro, não se pode prescindir de sua aplicação para se alcançar sua definição²⁷⁶.

Diante disso, após o presente trabalho ter abordado o conteúdo jurídico do princípio da proteção da confiança, com o que se pretendeu, em termos aproximados, a sua definição, aborda-se, agora, a aplicabilidade de tal princípio do Direito Administrativo brasileiro. Pelas razões referidas, tal abordagem, por óbvio, aproveitará as bases teóricas lançadas acima, para que, na virtuosa circularidade proposta, seja possível complementar tais fundamentos teóricos.

Em termos gerais, quanto aos seus efeitos concretos, a proteção substancial da confiança enseja uma aplicabilidade cujos efeitos podem ser sumarizados do seguinte modo: numa perspectiva de eficácia negativa, a proteção da confiança se presta a assegurar a

²⁷⁶ Nesse particular, vide o item “diretrizes para a análise dos princípios” em ÁVILA, **Teoria dos...**, p. 72-75.

estabilização das relações jurídicas emergentes de atos ou procedimentos da Administração Pública, mesmo que perpetrados de modo contrário à ordem jurídica, para fins de preservação de tais atos ou de seus efeitos; numa outra perspectiva, de natureza positiva, a proteção substancial da confiança há de conferir deveres de colaboração e cooperação endereçados à Administração, justamente orientados à preservação de condutas administrativas indutoras de expectativas legítimas depositadas pelos destinatários da função administrativa²⁷⁷, ou seja, a proteção da confiança ora se manifesta através de obrigações de não-fazer (eficácia negativa), ora através de obrigações de fazer (eficácia positiva), atribuídas à Administração Pública. Essa sistematização da proteção substancial da confiança, em feições polarizadas, servirá de método para a abordagem de sua aplicabilidade concreta. Num primeiro momento, pois, será tratada a operatividade da proteção substancial da confiança, em relação às condutas administrativas perpetradas de modo contrário à ordem jurídica, ou seja, em relação a condutas inválidas, analisando-se o conjunto de obrigações de fazer (eficácia positiva) e não-fazer (eficácia negativa). Num segundo momento, as atenções serão endereçadas às condutas administrativas válidas, das quais resultam expectativas legítimas depositadas pelos seus destinatários. Por razões já mencionadas quando da delimitação temática presente nas notas introdutórias deste trabalho, não serão enfrentadas as perspectivas formal e compensatória da

²⁷⁷ A sistematização da operatividade da proteção da confiança através de duas eficácias, uma negativa (obrigações de não-fazer) e uma positiva (obrigações de cooperação, ou seja, de fazer) é encontrada, com peculiar precisão, nos ensinamentos de MARTINS-COSTA, A proteção..., p. 237-239. Num primeiro momento, assevera a autora em relação à eficácia negativa que *“a confiança, traduzida nos deveres de agir segundo a boa-fé e com adstrição à lealdade implicará, por evidente, a relativa restrição a certos poderes da Administração Pública. Considera-se que, quando órgãos ou autoridades públicas provocam, com suas declarações no mundo jurídico, o nascimento de legítimas expectativas, devem essas ser tuteladas, ocorrendo mesmo, por vezes, o dever de não-revogar ou revisar atos lícitos, porém inoportunos, ou mesmo o dever de não invalidar atos ilegais, se já consolidadas pelo tempo certas situações, tendo-se, então, por sanada a invalidade originária. Trata-se aí de eficácia negativa do princípio da proteção da confiança, impondo à Administração deveres de não-fazer”*. No que tange à eficácia positiva, leciona Judith Martins-Costa que *“o princípio da confiança (por gerar o dever de agir segundo a boa-fé), terá também função positiva, mediante a criação dos chamados ‘deveres de colaboração e cooperação’”*. Importante, para que sejam evitadas confusões, ser referido que o que aqui se denomina de “eficácia negativa” e de “eficácia positiva” não tem relação necessária com o que é qualificado, respectivamente, como “proteção positiva” e “proteção negativa”, por FRADA, **Teoria da...**, p. 42. *In verbis*: *“Obtém-se em todo o caso uma clarificadora distinção entre o que pode designar-se uma protecção positiva e uma protecção negativa da confiança. Se a primeira se preocupa*

proteção da confiança. A última, especialmente, mereceria um tratamento destacado em trabalho específico. Optou-se, como asseverado, pela abordagem tão-somente da feição substancial da proteção da confiança, porquanto se porta como premissa teórica de quaisquer outras significações possíveis. De qualquer sorte, qualquer menção às pretensões indenizatórias decorrentes da frustração das expectativas depositadas pelos administrados será tratada como secundária na abordagem a seguir, comprometida com aspectos substanciais da proteção da confiança.

Essa segunda parte do trabalho apresenta-se dicotomizada do seguinte modo: no capítulo 4, trata-se da proteção substancial da confiança em relação à ação administrativa inválida, ao passo que no capítulo 5, abordada-se a proteção da confiança em relação a condutas administrativas válidas.

Capítulo 4: Aplicabilidade do princípio da proteção da confiança e preservação de condutas administrativas inválidas indutoras de expectativas legítimas

A. Considerações gerais

É possível afirmar que a principal função do princípio da proteção substancial da confiança, consistente na imposição de obrigações de não-fazer endereçadas à Administração Pública, corresponde ao modo mais flagrante de aplicação concreta de tal princípio jurídico, pelo qual se tende à preservação de atos, condutas, promessas, interpretações e efeitos decorrentes da ação estatal de administração pública. É tal eficácia negativa, estreme de dúvidas, a sua face mais facilmente apreensível²⁷⁸, ou seja, nesse sentido, a proteção substancial da confiança operará, basicamente, como instrumento de preservação, no sentido de propiciar a conservação ora de condutas administrativas, ora de parte ou da totalidade de seus efeitos, ora de promessas ou compromissos seriamente assumidos pelo Poder Público.

Várias seriam as formas de se enfrentar tal eficácia negativa do princípio da proteção da confiança. No presente capítulo, aborda-se a proteção substancial da confiança em relação à atuação administrativa contrária à ordem jurídica.

²⁷⁸ MARTINS-COSTA, A proteção..., p. 238.

B. Condutas administrativas inválidas e dever-poder de invalidação ex officio – ponderação da autotutela administrativa

O tema das invalidades no Direito Administrativo não pode ser considerado um assunto singelo. Diverge-se sobre as mais variadas questões, desde meramente terminológicas, em que se discute não a espécie de invalidade propriamente dita, mas qual é a sua denominação ideal, até – e sobretudo – acerca do regime jurídico aplicável²⁷⁹. Por certo, a ausência de uma sistematização completa e racional das invalidades no direito posto, nos moldes do que ocorre em alguns sistemas alienígenas²⁸⁰, propicia um estado de coisas em que se poderia afirmar que existem tantas construções teóricas sobre condutas administrativas inválidas quantos são os autores que tratam do assunto²⁸¹.

A toda essa complexidade alia-se uma outra, que aqui se pretende colocar em destaque, qual seja, a proteção substancial da confiança como um obstáculo à invalidação de atos administrativos, isto é, como uma forma de preservação de atos administrativos viciados, ou, então, como instrumento de preservação, ao menos, de parte ou da totalidade dos efeitos já produzidos em face de condutas administrativas ulteriormente nulificadas.

Como já de demonstrou acima, tal eficácia verdadeiramente impeditiva do que se costuma considerar a autotutela administrativa apresenta-se chocante²⁸², mormente àqueles que operam o Direito Administrativo através de uma visão eivada de um exacerbado

²⁷⁹ Acerca da complexidade do tema, bem assim da inaplicabilidade pura e simples dos critérios e regras do Direito Civil, vide COUTO E SILVA, A., O princípio...

²⁸⁰ É o que ocorre na Alemanha, em termos aproximados, com o § 44, da Lei Federal do Processo Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*).

“legalismo”. A legalidade, não obstante sua insofismável relevância ao Direito Administrativo, não pode, *a priori*, ser postada hermeneuticamente acima dos demais valores jurídicos, mas ao lado deles, para que num exercício de ponderação concreta seja possível assegurar a máxima efetividade a todos os princípios que confluem na construção científica de tal área da ciência jurídica.

Diante disso, merece relativizações a idéia – de resto, retrógrada – de uma absoluta autotutela administrativa, pela qual as condutas administrativas perpetradas à revelia da ordem jurídica deveriam ser “sempre” invalidadas e “todos” os seus efeitos “sempre” desconstituídos. Uma noção assim irrestrita de autotutela administrativa significaria uma apriorística prevalência do postulado da legalidade, ao mesmo tempo que importaria uma direta e absoluta preterição de quaisquer outros valores não menos importantes contidos na ordem jurídica. Tal como a própria legalidade há de ser ponderada, impõem-se, pois, temperamentos à autotutela administrativa, os quais, nas mais das vezes, embasam-se no que atualmente há de se considerar como o princípio da proteção da confiança.

Embora nem sempre fazendo referência à proteção da confiança, tais considerações já foram há muito esposadas no plano doutrinário, através de – poucas – vozes visionárias. Consoante noticia Almiro do Couto e Silva²⁸³, a relativização do dever, até então tido como absoluto, de ser invalidado todo e qualquer ato viciado teve seu germe no campo doutrinário brasileiro encontrado num conjunto de pronunciamentos de eminentes juristas. Cita, nesse sentido, Seabra Fagundes, José Frederico Marques, Miguel Reale e José Nery da Silveira.

²⁸¹ Vale a paráfrase, pois, do que aduziu VACARELLA, Romano. **Titolo esecutivo, precetto opposizione, rist.** Torino: UTET, 1984, p. 32, no sentido de que “*sono proposte tante costruzioni quanto sono gli autori che se ne sono occupati*”.

²⁸² Vide notas 139, 140 e 141.

De Seabra Fagundes extrai-se a clássica passagem pela qual “a infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse”²⁸⁴. O autor destaca ainda ensinamento sobre a preservação não do ato em si, mas dos seus efeitos, asseverando que “também as numerosas situações pessoais alcançadas e beneficiadas pelo ato vicioso podem aconselhar a subsistência dos seus efeitos”²⁸⁵. José Frederico Marques abordou a questão dos efeitos do tempo enquanto limite da prerrogativa anulatória em artigo referido em clássica obra de Miguel Reale²⁸⁶. De José Néri da Silveira,

²⁸³ COUTO E SILVA, A., Princípios..., p. 46-63.

²⁸⁴ FAGUDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 47. Em tal passagem, na qual refere obra de Gabino Fraga, Seabra Fagundes aparta exemplo (nota de rodapé nº 5), cuja reprodução apresenta-se conveniente. *In verbis*: “Digamos que a Administração pública seja autorizada, pela legislação tributária, a conceder, dentro de certas condições a seu juízo, a chamada anistia fiscal, dispensando os contribuintes das multas de mora. Concedido o benefício certifica-se que o foi sem que procedesse parecer de órgão técnico, cuja audiência era obrigatória. Mas os contribuintes já utilizaram o benefício, recolhendo os tributos devidos, sem o aditamento da multa. O interesse público poder-se-ia considerar presumidamente ofendido, dando motivo à invalidez do ato. Mas, no caso concreto, já isso não teria razão de ser. O Fisco, aceitando as contribuições, beneficiou-se do ato. Também os devedores dele se aproveitaram. Não haveria como cassar-lhe os efeitos só para exigir a multa. Se o Fisco quisesse anulá-lo, deveria repor aos contribuintes o que pagaram, fazendo com isso ressaltar a sua inconformidade e o seu efetivo prejuízo. Mas, em verdade, dano não haveria. A dispensa das multas não implicava redução das rendas normais do Estado. A conciliação dos interesses individuais e coletivos aconselharia manter o ato. Nesta combinação de interesses é assenta, notadamente, a diversidade de critério no que respeita à manutenção do ato vicioso entre o Direito Público e o Direito Privado. Neste é só o unilateral interesse da parte, em favor da qual existe a nulidade, que decide o seu pronunciamento. O Estado, porém, encarnando interesses impessoais e tendo por objetivo a realização do bem público abdica da faculdade de promover a decretação da nulidade, tendo em vista, em caso determinado, o interesse geral, mais bem amparado com a subsistência do ato defeituoso”.

²⁸⁵ FAGUDES, **O controle...**, p. 47. Conveniente trasladar exemplo mencionado pelo autor (nota de rodapé nº 6), agora no que tange à preservação dos efeitos de atos administrativos viciados: “O ato, por exemplo, que sem obediência a preceitos legais, faça numerosas concessões de terras a colonos, com o fim de fixá-los em determinada região, apesar de viciosos, merecerá ser mantido se só após a instalação e fixação dos beneficiários se constatar a sua irregularidade. Os interesses destes, pela sua importância do ponto de vista social e econômico, indicam a necessidade de sua persistência. Esta se pode dar, neste como em casos semelhantes, pela ratificação através de outro regularmente praticado, ou pelo simples silêncio da Administração Pública, renunciando, tacitamente, ao direito de invalidá-lo”.

²⁸⁶ REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 71-. O autor, após referir que o transcurso do tempo pode gerar a preservação de atos que, na origem, foram perpetrados de modo contrário à ordem jurídica, com a extinção da prerrogativa da invalidação de tais atos administrativos, menciona que “... *Escreve com acerto JOSÉ FREDERICO MARQUES que a subordinação do exercício do poder anulatório a um prazo razoável pode ser considerado requisito implícito no princípio do due process of law. Tal princípio, em verdade, não é válido apenas no sistema do direito norte-americano, do qual é uma das peças basilares, mas é extensível a todos os ordenamentos jurídicos, visto como corresponde a uma tripla exigência, de regularidade normativa, de economia de meios e formas e de adequação à tipicidade fática. Não obstante a falta de termo que em nossa linguagem rigorosamente lhe corresponda, poderíamos traduzir due process of law por devida atualização do direito, ficando entendido*

então Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, faz-se referência ao célebre intitulado “Natureza dos Tribunais de Contas - garantias e prerrogativas de seus membros”, publicado no Diário Oficial do Estado de 24.09.1965²⁸⁷, pelo qual, considerados o decurso de significativo lapso temporal e a presunção de legitimidade dos atos práticos pelo Poder Público, surgiriam limites ao poder anulatório da Administração Pública. Tais considerações acerca do princípio em comento como instrumento de obstáculo às prerrogativas de autotutela administrativa – e isso não pode ser considerado mera coincidência – são encontradas nas abordagens doutrinárias acerca de regimes jurídicos estrangeiros, consoante antes referido.

Busca-se, pois, neste ponto do trabalho, que seja compreendido como e em que extensão o princípio da proteção substancial da confiança terá a eficácia negativa de se preservar atos administrativos originariamente viciados, ou, se for caso de sua invalidação, qual a operatividade da proteção da confiança para, ao menos, que mantenham alguns ou de todos os seus efeitos.

que haverá infração dêsse ditame fundamental tôda vez que, na prática do ato administrativo, fôr preterido algum dos momentos essenciais à sua ocorrência; forem destruídas, sem motivo plausível, situações de fato, cuja continuidade seja econômi-camente aconselhável, ou se a decisão não corresponder ao complexo de notas distintivas da realidade social tipicamente configurada em lei. ...Assim sendo, se a decretação da nulidade é feita tardiamente, quando a inércia da Administração já permitiu se constituíssem situações de fato revestidas de forte aparên-cia 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. Desde o famoso affaire Cachet, é esta a orientação dominante no Direito francês, com os aplausos de MAURICE HAURIOU, que bem soube pôr em realce os perigos que adviriam para a segurança das relações sociais se houvesse possibilidade de indefinida revisão dos atos administrativos. Da França tal doutrina passou para a Itália, grangeando o apoio de seus mais ilustres mestres, como CINO VITTA e D'ALESSIO, cuja doutrina é oportunamente lembrada por JOSÉ FREDERICO MARQUES ao tratar dêste assunto. Consoante ponderação do primeiro dos administrativistas citados, "uma grande distância de tempo, pode parecer oportuno manter o ato em vida, apesar de ilegítimo, a fim de não subverter estados de fato já consolidados, só por apego formal e abstrato ao princípio de legitimidade. Não se olvide que o ordenamento jurídico é conservador no sentido de respeitar fatos ocorridos há muito tempo, muito embora não conformes à lei".

²⁸⁷ “[...] se é certo, em princípio, que não há direito contra a lei e que a administração pode anular seus atos com infrações a dispositivos legais, consoante ficou largamente analisado acima (itens 38 e 39), não menos exato é que a atividade administrativa possui, em seu favor, uma presunção de legitimidade, e cada ato do Poder Público, oriundo de autoridade competente, há de ter-se, em princípio com válido, perante os cidadãos, máxime quando, por estes aceito, produza conseqüências de direito, em prol dos mesmos, de forma pacífica, iterativamente, no decurso de muitos anos, com inquestionada aparência de regularidade”.

Subjacente a tal análise, colocada-se em foco uma questão que se apresenta nuclear no estudo da eficácia do princípio da proteção da confiança. Trata-se de se saber qual é ou quais são os aspectos que conferem legitimidade ao estado de confiança depositada pelo destinatário da função administrativa até o ponto de a preservação do ato viciado ou de seus efeitos ser considerada uma decorrência do princípio da proteção da confiança²⁸⁸. Aqui, deve-se recuperar uma afirmação já mencionada desde as notas introdutórias do presente trabalho. Em efeito, deve-se considerar que a segurança e a confiança são dois valores intrínsecos à condição humana e estão no germe do surgimento do Estado e, também, do próprio Direito. Todavia, não é toda a confiança que merece a proteção consubstanciada na eficácia negativa aqui destacada.

Não é – e isso não pode ser colocado em dúvida – todo e qualquer ato viciado que, pelo simples fato de produzir efeitos benéficos aos seus destinatários, deverá ser mantido em nome do princípio da proteção da confiança. Aliás, deve ser dito que a proteção da confiança, em sua eficácia negativa consistente na preservação de atos viciados ou de seus efeitos, apresenta-se circunstância inquestionavelmente excepcional. A regra, não se pode perder tal realidade de vista, é de que a Administração Pública tenha o dever-poder²⁸⁹ de invalidar seus

²⁸⁸ “É natural que, pelo menos até certo ponto, a ordem jurídica não se desentenda das expectativas acalentadas pelos sujeitos. O ‘serviço da pessoa humana’ que ela presta implica com certeza a consideração das suas representações. Em discussão somente pode estar a amplitude com que deva conferir relevo a essas expectativas. Não é evidentemente viável considerar todas elas, como desde logo decorre de elas nem sempre serem coincidentes ou susceptíveis de concordância. Nem seria curial alicerçar a regulação jurídica de modo predominante sobre as representações dos sujeitos, negligenciando por sistema factores ‘objectivos’ de regulação jurídica. Tal como importa evitar que se premie a ligeireza, a imprudência, a temeridade ou a insensatez. Daí que se torne necessária uma selecção das expectativas a tutelar. A sua protecção envolve, por conseguinte, um juízo acerca do respectivo mérito” (FRADA, **Teoria da...**, p. 345-346).

²⁸⁹ No que tange à opção para a utilização da expressão “dever-poder”, ao invés de “poder-dever” como proposto por Santi Romano, vide BANDEIRA DE MELLO, C., **Curso de...**, p. 88-89. *In verbis*: “... as prerrogativas que nesta via exprimem tal supremacia não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de ‘poderes’, sic et simpliciter. Na verdade, o que nela se encontram são ‘deveres-poderes’, como a seguir se aclara. Isto porque a atividade administrativa é desempenho de ‘função’. Tem-se função apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito de função necessita manejar poderes, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja:

próprios atos administrativos quando tenham sido praticados de forma contrária não só à lei aplicável, mas também a qualquer dos princípios norteadores do Direito Administrativo. Embora seja a regra, e até mesmo por isso, não se apresenta absoluta, possuindo exceções, as quais, em geral, encontram supedâneo no princípio da proteção da confiança.

Justamente porquanto excepcionais, não se pode pretender que os instrumentos decorrentes do princípio da proteção da confiança tenham uma interpretação, *a priori*, demasiadamente ampliativa. Por consabido primado de hermenêutica, exceções merecem interpretação restritiva – *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*²⁹⁰. Tal é a razão pela qual se deve, como se afirmou, buscar entender o que torna “legítima” a confiança a ponto de propiciar que mereça tutela jurídica. Os atos oriundos do Poder Público, em termos gerais, sempre produzem um estado de confiança. Assim, afirmar que todo e qualquer estado de confiabilidade gerado por atos estatais induziriam a proteção consistente na impossibilidade de ser tal ato desconstituído significaria que nunca seria possível a invalidação de tais atos. Tal exagero significaria, em outras palavras, a indevida transformação de uma exceção em regra geral. Busca-se o ponto de equilíbrio para que se dimensione verdadeiramente como se operam os limites da autotutela administrativa decorrentes do princípio da proteção da confiança. Para tanto, serão enfocados dois casos em que a proteção da confiança há de mitigar a autotutela: no primeiro, analisa-se caso em que a própria invalidação de um ato

são conferidos como meios impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir. Segue-se que tais poderes são instrumentais: servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolavelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, deveres-poderes. Não ‘poderes’, simplesmente. Nem mesmo satisfaz configurá-los como ‘deveres-poderes’, nomenclatura divulgada a partir de Santi Romano. Com efeito, fácio é ver-se que a tônica reside na idéia de dever, não na de ‘poder’. Daí a conveniência de inverter os termos deste binômio para melhor vincar sua fisionomia e exibir com clareza que o poder se subordina ao cumprimento, no interesse alheio, de uma dada finalidade”.

²⁹⁰ “Estriba-se a regra numa razão geral, a exceção, numa particular; aquela baseia-s mais na justiça, esta na utilidade social, local, ou particular. As duas proposições devem abranger coisas da mesma natureza; a que mais abarca, há de constituir a regra; a outra, a exceção. Se os dois campos têm amplitude relativamente igual, se um envolve tantos casos como o outro, conclui-se haver duas regras, e nenhuma exceção”. (MAXIMILIANO, Carlo. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 225).

viciado será inviabilizada; no outro, caso em que, invalidado o ato, serão preservados – em parte ou na totalidade – os efeitos jurídicos pretéritos.

C. Decadência do exercício dever-poder de invalidação ex officio

i. Notas introdutórias

Como referido, já houve quem afirmasse que a legalidade seria um princípio absoluto; do mesmo modo, o seria a autotutela administrativa. Também não é árdua a tarefa de se encontrar na antiga doutrina do Direito Administrativo brasileiro a afirmação de que atos nulos não seriam aptos a produzir quaisquer efeitos jurídicos, além de que sua nulificação haveria de proporcionar a desconstituição ou a declaração de inexistência de todos os efeitos porventura gerados por tais atos. Da conjugação dessa série de premissas – nem todas consentâneas com o atual estágio do Direito Administrativo – decorreu uma orientação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a Administração Pública deveria – invariavelmente e a qualquer tempo – promover a invalidação de seus próprios atos administrativos quando vislumbrasse sua contrariedade com a ordem jurídica²⁹¹.

Pois bem, não se pode negar, em princípio, que a legalidade é um dos mais importantes vetores da validade da atuação administrativa. Não é, entretanto, o único. Do

²⁹¹ Talvez se possa referir como monumento de tal idéia totalizante do dever atemporal de invalidação *ex officio*, o que dispunha o artigo 114 da Lei nº 8.112/90, pelo qual “a administração deverá rever seus atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade”. Tal preceito, como será analisado a seguir, restou revogado pelo art. 54 da Lei nº 9.784/99. Vide, nesse sentido, COUTO E SILVA, A., O princípio..., p. 290.

mesmo modo não se pode olvidar que a legalidade administrativa seja um dos componentes formais – ou elemento constitutivo – do Estado de Direito, além de ser um importante instrumento voltado a guarnecer a segurança jurídica, em sua feição *ex ante*, ou seja, de previsibilidade.

Ocorre que, consoante já decidido pelo próprio STF²⁹², a legalidade não pode mais ser considerada como um fim em si mesmo, porquanto se apresenta dotada de uma índole eminentemente instrumental, justamente orientada à consecução da segurança jurídica e, em termos mediatos, do próprio Estado de Direito. Em outras palavras – já pronunciadas acima – a legalidade não existe para a própria legalidade, mas para a obtenção de um estado de coisas que enseje segurança jurídica e, assim, conforme o Estado de Direito.

Justamente por tal razão, em termos gerais, na maior parte dos casos, quando uma conduta administrativa é perpetrada de modo contrário à lei ou ao Direito como um todo, tal circunstância significará uma afronta ao princípio da legalidade e, dessa forma, aos princípios da segurança jurídica e do Estado de Direito. Por tal razão, tem-se que a regra geral é o dever – ou dever-poder, como acima referido – de a Administração Pública invalidar *ex officio* a conduta administrativa concretizada à revelia da lei e do Direito, ou seja, não se pode negar que a regra geral é a de que um ato administrativo inválido tenha de ser invalidado pela Administração Pública quando constatar o vício que o perverte. Trata-se, pois, de um primado oriundo do controle que se convencionou denominar de “interno”, cujo fundamento constitucional é encontrado, mediatemente, na própria legalidade administrativa e, imediatamente, no artigo 74, da CF/88 pelo qual “os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno [...]”.

²⁹² Dentre os tantos exemplos de decisões nesse sentido destaca-se novamente a Pet 2.900 QO, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27.05.2003.

Com efeito, estando assim a Administração Pública adstrita ao ordenamento jurídico (legalidade enquanto postulado de juridicidade), por certo não se pode cogitar de ser privada de mecanismos de controle de seus próprios atos. Aliás, foi justamente para garantir tal legitimação de controle interno que se editou, em 1969, a Súmula 473²⁹³ do Supremo Tribunal Federal, verdadeiro paradigma sobre o assunto, pelo qual a Administração Pública estaria legitimada a anular seus próprios atos administrativos.

Cumprе salientar que o emprego do verbo “poder”, no caso da Súmula 473, que substituiu a Súmula 346, também do STF²⁹⁴, de conteúdo semelhante, não veio responder à indagação acerca de a Administração “poder” ou “dever” invalidar seus próprios atos administrativos viciados. Prestou-se, isso sim, a solucionar a dúvida acerca de “poder” ou “não poder” a Administração Pública invalidar seus próprios atos administrativos eivados de vícios insanáveis. Afigura-se perceptível que a autotutela administrativa evoluiu sobremaneira nas últimas décadas, de sorte que, hodiernamente, não há dúvidas de que, como asseverado, além de a Administração Pública ter o “poder” de invalidar os seus próprios atos viciados, no sentido de portar essa prerrogativa, teria ainda, como regra, o “dever” de fazê-lo, no sentido de se reconhecer que a prerrogativa em tela seria qualificada por ter uma natureza vinculada²⁹⁵.

²⁹³ “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”.

²⁹⁴ “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”.

²⁹⁵ Para tal análise histórica da autotutela administrativa, vide SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação ex officio do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, passim.

Pode ser afirmado, nesse sentido, que os destinatários da função administrativa possuem uma espécie de direito público subjetivo a uma atuação da Administração Pública, que observe os ditames da lei e do Direito.

Esse direito subjetivo público à legalidade *lato sensu*, enquanto postulado que transcende os interesses ou direitos individuais dos administrados, corresponde a um dever de “legalidade objetiva” a que está submetido o Estado, ou seja, “à necessidade da existência e da observância de um quadro normativo da acção administrativa por simples razão de interesse público, independentemente, portanto, de saber se as actuações administrativas poderão lesar direitos ou interesses legítimos”²⁹⁶. Daí por que se afirma que a Administração Pública tem, como regra, o dever de invalidar seus próprios atos viciados.

ii. Decadência como instrumento de concordância prática entre a potestade anulatória *ex officio* e a proteção substancial da confiança

Embora ordinariamente se deva reconhecer o dever de a Administração Pública invalidar suas próprias condutas quando nelas constatar vícios insanáveis, não é possível admitir que a prerrogativa invalidatória da Administração Pública seja perpétua, isto é, que possa ocorrer de modo atemporal, sem qualquer restrição objetiva de tempo, sob pena de uma exagerada priorização do princípio da legalidade em total detrimento de outros valores não

²⁹⁶ SÉRVULO CORREIA, **Legalidade...**, p. 293. Também nesse sentido ALMEIDA, Mário Aroso de. **Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes**. Coimbra: Almedina, 2002, p. 160-161 e MAFFINI, O direito..., p. 255.

menos relevantes ao ordenamento jurídico-constitucional vigente²⁹⁷. O reconhecimento de um dever-poder perpétuo de a Administração Pública extinguir seus atos administrativos viciados, ao homenagear irrestritamente a legalidade e um de seus principais consectários, a autotutela administrativa, esgotaria o sentido de outros princípios, como é o caso da segurança jurídica e da proteção da confiança. Tratar-se-ia, pois, de uma interpretação contrária ao postulado da “concordância prática”²⁹⁸.

Nenhum princípio ou valor jurídico se apresenta absoluto²⁹⁹, e mesmo a legalidade administrativa reclama ponderações. Dentre tais ponderações, uma há de ser aqui destacada, na medida em que propicia a concordância prática entre a legalidade e a proteção da confiança³⁰⁰. Trata-se da fixação de um prazo máximo – de natureza decadencial – para que a Administração Pública exerça a sua prerrogativa de invalidação dos atos administrativos eivados de vícios formais ou materiais de invalidade, de modo que, dentro de tal prazo, tenha o Poder Público o dever, a competência vinculada de promover a anulação da conduta

²⁹⁷ Extrai-se do RE 108.182, Rel. Min. Oscar Corrêa, j. 30.09.1986, passagem em que o STF enunciou que “*se não se nega à Administração a faculdade de anular seus próprios atos, não se há de fazer disso o reino do arbítrio.*”

²⁹⁸ Sobre o postulado da concordância prática, ensina ÁVILA, **Sistema...**, p. 393 que “*o ordenamento constitucional estabelece simultaneamente vários princípios que podem entrelaçar-se no momento da sua aplicação. Como o Estado dever garantir ou preservar o ideal de coisas que cada um dos princípios estabelece, o entrelaçamento concreto entre os princípios exige do Poder Público o encontro de alternativas capazes de compatibilizar todos os princípios. O fundamento constitucional do postulado da concordância prática é precisamente o estabelecimento simultâneo de uma multiplicidade de princípios complementares: diante do caso concreto, o Poder Público, devendo preservar todos, deverá encontrar soluções harmonizadoras*”.

²⁹⁹ Aqui se emprega uma argumentação *a fortiori* para justificar a possibilidade de relativização da legalidade administrativa. Em efeito, a ordem jurídico-constitucional protege inquestionavelmente o direito à vida, à propriedade e à liberdade, consoante disposto no artigo 5º, da CF/88. Todavia, mesmo tais valores de insofismável relevância constitucional merecem ponderações e relativizações (v.g., respectivamente: a pena de morte, prevista excepcionalmente no art. 5º, XLVII, “a”, da CF/88, da CF; a função social da propriedade e as formas de intervenção estatal na propriedade alheia, tal como disposto, dentre outros, no art. 5º, XXIII e XXIV, da CF; e os instrumentos de prisão cautelar). É de se perguntar, portanto: se todos esses princípios constitucionais admitem temperamentos, por que a legalidade – de flagrante caráter instrumental – não haveria de admitir ponderações?

³⁰⁰ Lembrando de LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste, 1983, p. 417, lembra FREITAS, Márcia Bellini. O princípio da confiança no Direito Público. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 168, out. 1991, p. 30 que “*entre os princípios (da legalidade e da confiança, por exemplo) não existe qualquer relação hierárquica fixa, no sentido de que o peso dos critérios particulares seja estabelecido de uma vez por todas. O peso, resguardadas as circunstâncias, depende do modo como se apresentam no caso em exame*”.

viciada, mas ultrapassado tal lapso temporal, esteja a Administração Pública proibida de promover a invalidação de tal ato.

Importa salientar, no que tange à decadência administrativa em comento, que a proteção substancial da confiança que lhe é subjacente mostra-se maior do que a simples preservação de efeitos já produzidos em face do ato inválido³⁰¹. Isso porque impossibilita a própria extinção do ato, assegurando, além dos efeitos pretéritos, a existência *pro futuro* do ato administrativo sobre o qual o referido prazo extintivo acoberta a invalidade.

Em face do que se disse acerca dos exemplos destacados de alguns países estrangeiros³⁰², bem assim do modo pelo qual a jurisprudência pátria recepcionou o princípio em lume, não seria extremado aduzir que a fixação de uma delimitação prazal para a Administração Pública invalidar seus próprios atos eivados de vícios corresponderia ao principal e mais claro exemplo de concretização do princípio da proteção da confiança³⁰³.

³⁰¹ Essa espécie de proteção – invalidação da conduta viciada, com a preservação de parte ou da totalidade de seus efeitos – merecerá tratamento mais detido.

³⁰² Conveniente, nesse sentido, recordar passagem de MAURER, **Elementos...**, p. 70-71, ao relatar a origem do princípio no Direito alemão, pela qual o “*ponto de partida foi o entendimento que a questão sobre a retratabilidade de atos administrativos benéficos antijurídicos é dominada por dois princípios, ou seja, por um lado, pelo princípio da legalidade da administração, que exige a eliminação de atos administrativos antijurídicos e, por outro, pelo princípio da proteção à confiança, que pede a manutenção do ato administrativo benéfico. Como ambos os princípios requerem validade, mas também estão em conflito um com o outro, deve, segundo a opinião do Tribunal Administrativo Federal, se ponderado e examinado, no caso particular, a qual interesse – ao interesse público na retratação ou ao interesse individual na existência do ato administrativo – é devido a primazia. Nisso também são possíveis soluções que diferenciam, por exemplo, uma retratação limitada objetiva ou temporalmente*”.

³⁰³ Propõe-se aqui um exemplo que, embora proposital e exageradamente detalhado e ilustrado, não é distante de situações que ocorrem quotidianamente na atividade administrativa. Imagine-se um bacharel em Direito que, após a sua graduação, prepare-se para um determinado concurso público, v.g., para provimento do cargo da magistratura, cujo grau de dificuldade é consabido. Imagine-se que tal preparação deu-se no transcurso de muitos anos, com todas as privações, as tensões, enfim, todo o tempo de estudo que reclama a aprovação num certame de tal natureza. Imagine-se tal candidato no concurso público tenha logrado aprovação e sido classificado deste então numa determinada Vara Judicial especializada, de sorte a não mais estudar a generalidade de temas inseridos num edital de concurso, mas, ao contrário, tão-somente aqueles temas afetos ao seu labor diário. Imagine-se, ainda, que após dez anos de realizado o concurso, descubra-se que o mesmo foi fraudado por um grupo de candidatos dentre os quais não estava presente o magistrado do exemplo. Pois bem, a invalidação de todo o certame, com a conseqüente desconstituição dos atos de provimento e, pois, exoneração de todos os candidatos que naquele concurso lograram a aprovação seria uma providência justificada tão-somente uma estrita e totalizante interpretação da legalidade administrativa. Entretanto, se a questão for vislumbrada numa perspectiva mais ampla de Estado de Direito, não é árdua a tarefa de se

Vislumbrando-se a legalidade e a proteção substancial da confiança sob os auspícios da “ponderação de princípios” e da “concordância prática”, pode-se propor a metafórica referência a uma balança de dois pratos: no primeiro prato, colocam-se a legalidade, a autotutela, o dever de sujeição dos atos estatais ordem jurídica, isto é, todos os valores que induzem à anulação de atos administrativos praticados de modo inválido; no outro, têm-se a proteção da confiança, a segurança jurídica, a boa-fé enquanto pressuposto, ou seja, uma série de valores que inspiram a preservação do ato administrativo mesmo que praticado de modo contrário a regras e princípios aplicáveis. Nesse contexto metafórico, a previsão de um prazo de decadência serviria como o fiel da referida balança, porquanto antes de ser implementado o prazo pesaria mais a carga de valores *contra acti*³⁰⁴, no sentido de que os valores decorrentes da noção de legalidade predominariam sobre os demais, ao passo que, uma vez implementado o prazo decadencial em comento, o prato mais pesado seria aquele que contém o conjunto de valores determinantes da preservação do ato inválido e de seus efeitos, com a predominância, assim, dos axiomas *favor acti*, em detrimento dos demais.

Portanto, a decadência é um importante instrumento de ponderação e de concordância prática da legalidade e da proteção da confiança, que, por critérios razoáveis, em determinadas circunstâncias faz predominar um dos valores envolvidos e, em outras situações, prioriza o outro valor em jogo. Cumpre enfatizar que a ponderação entre a legalidade e a proteção da confiança, decorrente da fixação de um prazo decadencial para o exercício do dever-poder de invalidação, mostra-se perfeitamente viável desde que, para tal ponderação,

constatar que a invalidação do provimento do juiz que não deu causa à fraude no caráter competitivo da seleção pública corresponderia a uma afronta à segurança jurídica e, em sua feição subjetiva, ao princípio da proteção da confiança, sobretudo se considerado que a conduta administrativa beneficiou o destinatário por largo lapso temporal, criando uma consolidada situação de vida, além de a invalidade que a qualifica não ser atribuível ao seu destinatário.

³⁰⁴ GONZÁLES PÉREZ, **El principio...**, p. 103.

sejam estipulados, tanto mais quanto for o possível, critérios objetivos e predeterminados³⁰⁵. A existência de tais critérios objetivos e predeterminados, por seu turno, presta-se à garantia de que não se crie um estado de afronta em segurança jurídica em nome da ponderação de dois de seus principais instrumentos, a legalidade e a proteção da confiança.

Enfatize-se que, não havendo quaisquer critérios – positivados ou não – de ponderação “legalidade/proteção da confiança”, poder-se-ia chegar a um temerário risco de recair em mero decisionismo, seja judicial, seja administrativo, em que se poderia manejar, de acordo com o puro alvitre do intérprete, os dois princípios objeto da dita ponderação, com o indevido emprego de fórmulas vagas, despidas, portanto, de qualquer elemento hermenêutico que as aproximasse de um discurso jurídico racional. Em outras palavras, a inexistência de critérios objetivos e previamente determinados quanto à ponderação entre a legalidade e a proteção da

³⁰⁵ É importante salientar que não se sustenta aqui que tais critérios devem ser necessariamente previstos em lei. Embora a estipulação de tais critérios no direito posto represente uma abreviação das questões e dúvidas que poderiam surgir acerca da ponderação “legalidade/proteção da confiança”, tal positividade não se apresenta imprescindível. É possível, consoante aqui se defende, que tais critérios sejam pautados por uma interpretação diretamente embasada na confluência de uma série de normas constitucionais e infraconstitucionais. O que não se pode admitir, embora ainda haja quem assim pense, é que, pela simples falta de positividade de critérios, a ponderação aqui proposta seja de plano inadmitida. Por tal razão, ou seja, por ser a proteção da confiança encontrada no direito pressuposto, concorda-se somente em parte, numa valoração de conveniência e não de absoluta necessidade, com os ensinamentos de FRADA, **Teoria da...** p. 36, nota 26, segundo o qual “*A importância desta última resulta, não apenas da extraordinária fecundidade crítica e heurística do pensamento do seu autor, ligada por certo a um singular poder de construção teórico-sistemática, mas, desde logo, do método empregue e da fidelidade que a ele manteve. Imediatamente no início da sua “Vertrauenshaftung” adverte CANARIS que, dado o quase ilimitado campo de manobra de que o legislador dispõe na concretização do princípio da confiança, qualquer trabalho sobre a confiança corre à partida o perigo de não contribuir para a dogmática jurídica se não se apoiar rigorosamente no direito vigente. Por isso, rejeita uma perspectivação filosófica ou sociológica do pensamento da confiança: os respectivos resultados seriam muito duvidosos do ponto de vista da sua correspondência com a ordem jurídico-positiva. Haveria, isso sim, que proceder a uma análise rigorosa dos diversos Tatbestände em que o pensamento da confiança se manifestasse no direito positivo e, a partir deles, ensaiar depois a construção de uma parte geral: um procedimento indutivo que parte das valorações do direito vigente e não de quaisquer reflexões apriorísticas sobre a matéria. É precisamente este ancorar do pensamento nos dados do direito vigente – tanto do direito legislado, como do direito consuetudinário e, ainda, do direito manifestado pela actividade judicativa dos tribunais – que dá força às suas conclusões sobre a confiança; esta torna-se aqui uma realidade jurídica autônoma, e autonomamente comprovável, no plano dogmático*” Tal assunto, aliás, será oportunamente retomado.

confiança, ambos consectários da segurança jurídica e, em termos mediados, do Estado de Direito, geraria, por mais paradoxal que pareça, um estado de insegurança jurídica³⁰⁶.

Como um importante dispositivo legal voltado justamente à fixação de critérios de ponderação entre a legalidade e a proteção da confiança, no sentido aqui vislumbrado, qual seja, na fixação de um prazo decadencial para o exercício da prerrogativa invalidatória da Administração Pública, coloca-se em destaque o já referido artigo 54, da Lei nº 9.784/99, segundo o qual “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”. Tal preceito, embora de aplicabilidade restrita ao plano federal³⁰⁷, traduz a proteção da confiança, com precisão, ao reconhecer, de um lado, a

³⁰⁶ Ensina GARCÍA LUENGO, **El principio...**, p. 198, que “*la falta de unos requisitos claros a la hora de determinar la aplicabilidad del principio de protección de la confianza genera, paradójicamente, inseguridad jurídica*”. Em outra passagem, o mesmo autor assevera que “*como todo principio, y em general, como cualquier institución jurídica la protección de la confianza no es ilimitada, ni puede hipertrofiarse hasta tal punto que haga imposible la consecución de otros intereses del mismo grado*” (GARCÍA LUENGO, **El principio...**, p. 196).

³⁰⁷ A aplicação da Lei nº 9.784/99 ao plano federal dimana, num primeiro momento, do seu próprio artigo 1º, pelo qual tal lei estabelece “*normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração*”. Importa compreender que, mesmo se não existisse tal preceito legal autodelimitador, ainda assim a conclusão não poderia ser diferente. Trata-se, em efeito, de questão pertinente à competência legislativa de matérias de Direito Administrativo. Isso porque, considerando-se a autonomia político-administrativa que cada ente federal possui (art. 18, da CF/88), bem assim o fato de que não se atribui à União (por exemplo, no art. 22, da CF/88) uma competência geral de legislação sobre o Direito Administrativo, impõe-se a conclusão de que, como regra, cada ente federal detém competência para legislar sobre as suas próprias regras de Direito Administrativo, havendo, por óbvio, exceções pelas quais a Constituição determinada que a União legisle sobre matérias de Direito Administrativo nas quais a uniformização nacional entende conveniente, como é o caso das desapropriações (art. 22, I) e das normas gerais sobre licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII). Ou seja, pode-se afirmar que, em termos gerais, existem tantos “Direitos Administrativos”, objetivamente considerados, quantos são os entes federais que compõem o Estado brasileiro. Vide, nesse sentido, SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema constitucional das competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 1, p. 272-281, 1993. Daí a clássica diferença proposta por ATALIBA, Geraldo. **Pareceres de direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, v. 3, p. 16-17 entre “lei federal” e “lei nacional”, a qual assim se resume: “*Há leis federais (ou da União), estaduais (ou dos Estados) e municipais (ou dos Municípios) dirigidas às pessoas na qualidade de administrados da União, dos Estados e dos Municípios e emendas dos legislativos, dessas entidades políticas, respectivamente. E há leis nacionais, leis brasileiras, voltadas para todos os brasileiros, indistintamente, abstração feita da circunstância de serem eles súditos desta ou daquela pessoa política*”. Justamente por tal razão, tratando a Lei nº 9.784/99 de matéria eminentemente relacionada com a atividade administrativa e não havendo exceção constitucional à regra geral acima referida, impõe-se a delimitação do Diploma Legal em comento ao espectro da Administração Pública federal. Trata-se, em outras palavras, de “lei federal”, não de “lei nacional”, não se aplicando diretamente, portanto, aos Estados-Membros, ao Distrito Federal e aos Municípios que, nessa matéria, têm autonomia legislativa. Assim, rogando-se a devida vênia,

existência do prazo decadencial e ao delinear, de outro lado, os critérios objetivos que, no caso, não de orientar a ponderação entre a legalidade e a proteção substancial da confiança.

iii. Natureza decadencial do prazo – extinção de um direito potestativo

Antes de serem analisados os critérios – ou requisitos – necessários para a implementação do prazo decadencial da prerrogativa invalidatória da Administração Pública, mostra-se conveniente uma breve referência acerca da natureza do referido prazo extintivo. Em efeito, a clareza do disposto no artigo 54 da Lei n° 9.784/99 não permite outra conclusão senão a de que tal regra optou por um prazo de índole decadencial. *A quaestio juris*, nesse passo, é saber se se mostra adequada tal opção legislativa, porquanto já houve quem propusesse um prazo de natureza prescricional³⁰⁸.

Uma análise voltada para a abordagem suscitada induz à conclusão de que a eleição do legislador por um prazo decadencial afigura-se correta. Consabido que o critério

não se pode concordar com a conclusão proposta por JUSTEN FILHO, **Curso de...**, p. 219-220, pela qual se poderia, em nome do art. 22, I, da CF/88 (competência privativa da União para legislar sobre Direito Processual) e art. 24, XI, da CF/88 (competência concorrente da União, Estado e Distrito Federal sobre “procedimentos em matéria processual”), pretender-se a extensão da aplicabilidade da Lei n° 9.784/99 aos Estados e Municípios. De outro lado, imperiosa apresenta-se uma advertência, a qual será minudenciado em outro momento. A afirmação de que “*não se aplica a Lei n° 9.784/99 aos Estados e Municípios*” (premissa correta) não induz à conclusão – senão por intermédio de um sofisma – de que nenhum dos institutos nela positivados seja aplicáveis a tais entes federados, sobretudo aqueles como é o caso do prazo decadencial em tela, que tem embasamento principiológico e constitucional, postando-se, portanto, em condição de direito pressuposto. Concorda, nesse sentido, com SARAIVA, Márcia Maria Tamburini Porto. **A Lei Federal n° 9.784/99: base para uma Codificação Nacional de em direito processual administrativo?** Rio de Janeiro: Lume Júris, 2005, p. 118, que, a despeito do título de sua obra, aduz que “*em que pese o caráter federal da Lei n° 9.784/99, a autorizar sua incidência somente na esfera da Administração da União, possível nela identificar o embrião de uma uniformização normativa nacional, capaz de estruturar, ao lado do direito administrativo material, o direito administrativo processual, a quem incumbirá conferir igual tratamento às questões comuns aos diversos tipos de processo administrativo*”.

³⁰⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo administrativo federal: comentários à Lei 9.784 de 29/1/99**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 256.

verdadeiramente científico para a diferenciação entre prescrição e decadência consiste na natureza do “direito” sobre o qual incidiria, direta ou indiretamente, o prazo extintivo, bem como sobre a natureza das providências pertinentes à sua extinção. Tais são os ensinamentos de Agnelo Amorim Filho³⁰⁹, a partir da distinção entre “direitos a uma prestação” e “direitos potestativos”, proposta, por seu turno, por Giuseppe Chiovenda. Diante disso, deveriam ser utilizados os seguintes critérios: a) se a pretensão protegida consiste em um “direito a uma prestação”, ou seja, aquele direito cujo pólo passivo da relação jurídica consiste num dever de prestação (dar, fazer ou não-fazer), então o prazo extintivo da respectiva ação – de natureza condenatória – seria de natureza prescricional; de outro lado, b) se a pretensão disser respeito a um “direito potestativo”, isto é, aquele que tem no pólo passivo da relação jurídica um dever de sujeição, protegido, via de regra, por uma pretensão constitutiva, positiva ou negativa, nesse caso, se houvesse prazo para o seu exercício, tal prazo seria decadencial; por fim, c) nos casos de pretensão a uma declaração ou, nos casos de direitos potestativos sem qualquer limitação temporal para o exercício, estar-se-ia diante de situações de imprescritibilidade³¹⁰.

Quanto se trata da prerrogativa de invalidação de atos administrativos pela Administração, afigura-se insofismável que se está diante de um “*direito – dever-poder*, no sentido acima proposto – *potestativo*”, em que o destinatário do ato inválido há de submeter-se, sujeitar-se, em princípio, à autotutela administrativa. Ocorre que a própria lei prevê um prazo para que tal direito (dever-poder) possa ser exercido, no caso de ser um ato administrativo que traga benefícios aos destinatários, ou seja, está-se diante de um direito potestativo com prazo para o exercício, fora do qual tal prerrogativa não mais poderia ser

³⁰⁹ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 193, 1961, passim. Ademais, vide interessante ensaio em que se procurou adaptar as clássicas idéias do autor supramencionado às disposições do Código Civil vigente em: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência – um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 836, p. 49-68, jun. 2005.

utilizada. Assim, o prazo previsto no artigo 54 da Lei n° 9.784/99, segundo os ensinamentos de Agnelo Amorim Filho, não poderia ser outro senão o prazo de natureza decadencial³¹¹.

Compreendida a natureza do prazo extintivo da potestade invalidatória da Administração Pública, apresenta-se imperiosa a definição dos requisitos necessários para que a confiança depositada em atos administrativos viciados seja considerada “legítima” e, assim, mereça a proteção consubstanciada na manutenção de tal ato viciado, tanto no que tange aos efeitos pretéritos quanto no que diz com os seus efeitos *pro futuro*. A análise de tais pressupostos não é singela e cada um deles mereceria um ilimitado aprofundamento. Pretende-se, aqui, propor uma sistematização de requisitos que alcance o desiderato acima referido no sentido de que não se produza insegurança jurídica em nome da segurança jurídica.

³¹⁰ Tais idéias resumem o trabalho referido em linhas gerais, sendo que tal resumo, quer parecer, é suficiente para as considerações defendidas no texto. Para um aprofundamento sobre o tema da prescrição e decadência, a leitura atenta de tal trabalho – sempre atual – mostra-se imprescindível.

³¹¹ COUTO E SILVA, A., O princípio..., p. 291 ensina que “*certos direitos, por outro lado, são despidos de pretensão. Tal é o que se sucede com os direitos de crédito resultantes do jogo e da aposta (CC, art. 814), também chamados de direitos mutilados, e com os direitos potestativos, ou formativos, como são conhecidos e designados no direito alemão desde a clássica conferência de Emil Seekel, pronunciada em 1903, em Berlim. Entre esses direitos potestativos, ou formativos, da espécie dos formativos extintivos, está o de pleitear a decretação de invalidade dos atos jurídicos ou o de pronunciar-lhes diretamente a invalidade, como acontece no exercício da autotutela 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. ... À luz desses pressupostos, é irrecusável que o prazo do art. 54. da Lei n° 9784/99 é de decadência e não de prescrição.*”. Por outras razões, também entendem que o prazo extintivo do direito (dever-poder) de invalidação pela própria Administração Pública é decadencial: ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 77, pela qual “*se, em razão do exposto [ser a prescrição a extinção da ação e a decadência a extinção do próprio direito], podemos concluir que no Direito Privado a prescrição basta para garantir a segurança jurídica, o mesmo não se dá no Direito Público, pois o princípio da segurança jurídica só fica resguardado através do instituto da decadência, em se tratando de atos inconvaleáveis, devido ao fato de que a Administração Pública não precisar valer-se da ação, ao contrário do que se passa com os particulares, para exercer o seu poder de invalidar. Logo, o instituto da prescrição não seria suficiente para pacificar a situação que advém da matéria objeto desse estudo. Tanto é exata tal assertiva que não se concebe a possibilidade de interrupção ou suspensão do prazo para a Administração invalidar, característica essa da decadência, em oposição à prescrição. Assim, muito embora a doutrina tenha utilizado o prazo prescricional como forma de sanção dos atos inválidos, este consiste em prazo decadencial, para poder surtir os efeitos em razão dos quais é invocado*”. Concorda com tal posição SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 96.

iv. Requisitos para a implementação do prazo decadencial – presunção de validade como “base da confiança”

O primeiro dos requisitos exigidos para que o prazo decadencial seja implementado, enquanto instrumento de concretização do princípio da proteção da confiança, consiste num aspecto invariável, porquanto presente em todas as espécies de condutas oriundas da atividade estatal de administração pública³¹². Trata-se do atributo da “presunção de legitimidade e veracidade” dos atos e condutas administrativas, pelo qual, por maior que seja a aparência de irregularidade, guardarão em seu favor a presunção – *juris tantum* – de que foram perpetrados de acordo com a ordem jurídica³¹³, de forma a determinar a todos quantos forem os responsáveis pela atividade administrativa, bem assim aos seus destinatários, que se considerem regulares tais espécies de atuação estatal³¹⁴. É importante salientar que, consoante ensina Odete Medauar³¹⁵, a presunção de validade das ações estatais encontra amparo explícito no próprio texto da Constituição Federal, notadamente no artigo 19, II, da Carta

³¹² Justamente por ser um elemento invariável, poder-se-ia considerar – erroneamente, ao que parece – dispensável a sua menção. Entretanto, a sua importância e a sua íntima relação com a proteção da confiança, antes de determinar a sua omissão, impõem que se coloque tal requisito.

³¹³ Por opção terminológica, prefere-se o emprego da expressão “presunção de validade”. Isso se deve ao fato de que o vocábulo “legitimidade” afigura-se polissêmico, equívoco, por vezes. A presunção ora analisada consiste, em verdade, na presunção relativa de que os atos praticados pelo Poder Público apresentam-se válidos.

³¹⁴ Acerca do atributo da presunção de validade, vide, na doutrina pátria, dentre outros: BANDEIRA DE MELLO, **Curso de...**, p. 383; BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 31-32; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 237; CARVALHO FILHO, **Manual de...**, p. 80-81; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 191-192; GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 67-68; MEIRELLES, **Direito...**, p. 158-160; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 102; MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 212.

³¹⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 159.

Política, pelo qual “é vedado à União, ao Distrito Federal e aos Municípios ... recusar fé aos documentos públicos”³¹⁶.

Em efeito, quando a Administração Pública pratica um determinado ato administrativo, o próprio Poder Público e, especialmente, os destinatários de tal ato jurídico são incentivados, em nome da presunção de validade, a depositar toda a confiança na validade da referida ação estatal³¹⁷. Há, portanto, não só numa acepção empírica, mas, numa feição eminentemente jurídica, a imposição de que se confie – e não de que se desconfie – dos atos jurídicos oriundos da atividade administrativa, mesmo que perpetrados de modo inválido³¹⁸.

Lembre-se, nesse compasso, da preocupação nuclear de todo esse compartimento do trabalho, qual seja, o de se encontra o que se deve considerar como a “pedra de toque” que qualificará de legítima a confiança depositada no ato estatal, outorgando-lhe, assim, a merecida proteção jurídica. No caso do instrumento de concretização do princípio da proteção da confiança que aqui se destaca, qual seja, a fixação de um prazo decadencial para o exercício da potestade invalidatória da Administração Pública, quer parecer, estreme de dúvidas, que o elemento nuclear determinante de tal proteção é justamente a presunção de

³¹⁶ Por ocasião do julgamento, junto ao Supremo Tribunal Federal, do MS 24.268, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 05.02.2004, pronunciou-se o Min. Carlos Ayres Britto no sentido de que “*a própria Constituição assevera, no art. 19, inciso II, que não se pode ‘recusar fé aos documentos públicos’. Essa é uma das matrizes do princípio da presunção de validade dos atos jurídicos*”.

³¹⁷ Lembre-se do exemplo contido na nota 303, em relação à aprovação de um candidato em concurso público inválido por conta do comportamento de um outro certamista. Num caso como o lá exemplificado, um candidato, quando logra aprovação no concurso público, não tem nenhuma razão para desconfiar da lisura de tal procedimento de seleção pública. Ao contrário, por certo, nele confiará, deixando de lado a preocupação de se preparar para outros concursos públicos, justamente porque aquele no qual fora aprovado tem em seu favor a presunção de validade.

³¹⁸ Por tal razão, entende FRANÇA, Vladimir da Rocha. Classificação dos atos administrativos inválidos no Direito Administrativo brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 32, p. 83-100, 2000, que os atos administrativos deverão ser sempre considerados válidos, enquanto não houverem sido considerados nulos em sede de provimento judicial ou administrativo de invalidação, ou não sejam convalidáveis, assim considerados os atos portadores de vícios sanáveis, segundo pronunciamento administrativo. Importante referir que o autor entende que, não havendo pronunciamento judicial ou administrativo acerca da suposta invalidade da ação administrativa, deve ser considerada válida, justamente em nome da presunção de validade.

validade do ato administrativo que induz os seus destinatários a confiar em sua regularidade³¹⁹. Já se disse no STF que a “presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum a Administração e ao particular”³²⁰. Sendo, pois, a presunção de validade um atributo que também protege o destinatário do ato administrativo, não se pode negar à confiança que esse depositou no ato administrativo que lhe beneficia a condição de uma “confiança legítima”. Como ensina Almiro do Couto e Silva, “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”³²¹. Afigura-se apropriado, portanto, afirmar que a presunção de validade das condutas administrativas consiste na verdadeira “base da confiança” (*Vertrauensgrundlage*, no Direito Alemão), apta a ensejar a sua proteção jurídica.

Além de tal requisito, que de resto é pertinente a todos os atos estatais, sendo justamente por tal razão invariável, como antes asseverado, outros requisitos devem ser conjugados para que se implemente o prazo extintivo aqui apontado como um instrumento de ponderação entre a legalidade e a proteção da confiança.

v. Requisitos para a implementação do prazo decadencial – condutas ampliativas

O segundo critério diz respeito à natureza do ato administrativo, que, mesmo porquanto inválido, restará acobertado pela decadência em comento, em face da ponderação

³¹⁹ GONZÁLES PÉREZ, *El principio...*, p. 130.

³²⁰ RE 158.543, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30.08.1994 e RE 199.733, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.12.1998.

entre a legalidade e a proteção da confiança. Em efeito, num dos tanto critérios taxionômicos pelos quais se podem sistematizar os atos administrativo, no que tange à sua eficácia em relação aos destinatários, tal espécie de atuação estatal pode ensejar benefícios ou restrições. Aqueles, ou seja, os benéficos, são denominados “atos ampliativos”³²², ao passo esses, ou seja, os restritivos de direitos, são chamados de “atos ablativos”. Diante de tal classificação, há de se ter que o prazo decadencial para o exercício da potestade invalidatória da Administração Pública somente diz respeito aos atos administrativos que produzem efeitos benéficos aos seus destinatários, ou seja, aos atos administrativos ampliativos. Isso porque, como será oportunamente demonstrado, a proteção da confiança reclamará – e esse será o terceiro requisito, a seguir examinado – que o destinatário tenha obrado de boa-fé, assim entendido não ter contribuído para a invalidade que vicia o ato administrativo. Do mesmo modo, o núcleo teórico da decadência, que torna legítima a confiança depositada pelo destinatário de um ato, qual seja, a presunção de legitimidade que o qualifica, não pode se prestar à justificação de uma situação prejudicial ao depositante. Ora, não se há de admitir que a boa-fé do destinatário de um ato administrativo viciado ou que a confiança por ele depositada possam ser empregadas para a preservação de uma conduta administrativa que seja contrária aos seus interesses³²³. Em outras palavras, somente se poderá empregar a proteção da confiança, no intuito de se implementar a decadência aqui analisada, quando se tratar de uma conduta administrativa benéfica ao destinatário depositante de tal confiança.

³²¹ COUTO E SILVA, O princípio..., p. 275.

³²² Atos que conferem benefícios aos destinatários são denominados “atos ampliativos”, os quais, segundo SÉRVULO CORREIA, **Legalidade...**, p. 290, são aqueles que “*constituam direitos na esfera jurídica do destinatário, eliminem restrições ao exercício de direitos pré-existentes, eliminem ou restrinjam obrigações, ou, ainda, que constituam na esfera jurídica do particular situações jurídicas activas diferentes dos direitos subjectivos, designadamente simples poderes ou faculdades*”. Na redação do artigo 54, da Lei nº 9.784/99 utilizou-se a expressão “*atos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários*”.

³²³ CASTILLO BLANCO, **La protección...**, p. 139-140, para quem “*cuestión, por otra parte, batente lógica, pues, por lo general, el ciudadano gravado por un acto administrativo no habrá puesto neinguna confianza digna de protección en el mantenimiento de ese acto*”.

Assim, segundo tal critério, o prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei n° 9.784/99 somente existiria no caso de invalidade de atos administrativos ampliativos, ou seja, atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis aos seus destinatários. *Contrario sensu*, se o ato administrativo inválido for ablativo, ou seja, daqueles que impõem restrições, gravames ou sanções aos seus destinatários, não haverá de se cogitar do referido prazo decadencial, podendo ser sua invalidação promovida *ad aeternum*.

Tal critério objetivamente considerado – ser o ato administrativo inválido produtor de efeitos benéficos (ampliativos) ou de efeitos restritivos (ablativos) – não é imune a problemas, segundo informa José Manuel Sérvulo Correia³²⁴. O primeiro deles diz com aqueles casos em que se conjugam num mesmo ato, em relação a um mesmo destinatário, efeitos benéficos e detrimntosos, ou seja, um mesmo ato pode ser, a um só tempo e em relação a um mesmo destinatário, ampliativo e ablativo. Imagine-se, a título de exemplo, um ato administrativo negocial em que, ao mesmo tempo, se garanta a possibilidade de desempenho de certas atividades comerciais e se imponham restrições de horários de funcionamento. Um outro problema que advém do critério pertinente à natureza ampliativa ou ablativa do ato inválido consiste na hipótese de que um mesmo ato administrativo tem vários destinatários, sendo ampliativo em relação a alguns deles e ablativo em relação aos demais. Pense-se num ato resultante de qualquer mecanismo de seleção pública – licitação, concurso público, etc. – em que há destinatários que gozarão de seus efeitos, ao passo que outros serão preteridos pelo ato. Tais problemas, uma vez diversos, exigem, ao que parece, soluções também diversas.

Quanto ao primeiro dos problemas que decorre do critério “natureza do ato”, ou seja, quanto ao fato de que pode haver atos administrativos dos quais decorram, a um só tempo e

³²⁴ SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, p. 93.

em relação a um mesmo destinatário, efeitos benéficos e efeitos prejudiciais, a solução deveria consistir em não ser aplicado o prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99. Tal conclusão, ao que parece, é um imperativo de interpretação jurídica. Tem-se que, quando se está diante de uma regra dotada de exceções, interpreta-se aquela de modo extensivo e estas de modo restritivo. Trata-se da já referida regra hermenêutica traduzida pela parêmia “*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*”. No caso da invalidação dos atos administrativos pela própria Administração Pública, não se pode questionar que a regra é o dever-poder de invalidação, aliás, como determinado pelo artigo 53 da Lei nº 9.784/99. A implementação do prazo decadencial proibindo a invalidação é verdadeiramente uma exceção à regra. Assim, deve-se interpretar tal exceção restritivamente, ou seja, a decadência somente ocorrerá naquelas hipóteses em que do ato administrativo inválido decorrerem exclusivamente efeitos benéficos ao destinatário, com o que, se coexistentes efeitos ampliativos e ablativos em relação a um mesmo destinatário, a invalidação poderá ocorrer independentemente de qualquer limitação prazal³²⁵.

O segundo problema que decorre da natureza do ato inválido diz respeito àquelas situações em que o ato traz benefícios a alguns destinatários, impondo restrições a outros. Trata-se dos chamados atos de duplo efeito³²⁶. Em tais circunstâncias, ao que parece, a solução dependerá das providências eventualmente tomadas pelos destinatários preteridos ou prejudicados. Como se pode depreender do próprio dispositivo em comento, o que se pretende é justamente a estabilização de atos administrativos que, a despeito de terem sido praticados de modo inválido, já produziram seus efeitos jurídicos por largo tempo sem que as

³²⁵ Discorda-se, nesse aspecto, do que defende COUTO E SILVA, O princípio..., p. 304 para quem “*para fins, porém, de revogação ou de anulação de ato administrativo [portador da característica acima referida] a autoridade competente levará em conta apenas o aspecto positivo do administrativo, mesmo quando ele não puder ser separado do aspecto negativo*”.

³²⁶ SÉRVULO CORREIA, **Legalidade...**, p. 93 denomina tal situação de “dupla virtualidade de providências (*Doppelköpfigkeit der Massnahmen*)”.

providências invalidatórias houvessem sido tomadas. Assim, se os destinatários preteridos – os principais interessados na invalidação, ao lado da Administração Pública – não utilizarem qualquer meio de impugnação administrativa, não poderá a Administração Pública promover a invalidação do referido ato administrativo, se implementadas as demais condições para a ocorrência da decadência. Aplica-se, analogicamente, o preceituado no artigo 54, § 2º, da Lei nº 9.784/99, regra pela qual “considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato”. Assim, se os preteridos pelo ato administrativo em questão houverem interposto, por exemplo, o recurso administrativo cabível, enquanto esse tramitar, não haverá o transcurso do prazo de implementação da decadência. Caso os destinatários não se utilizem dos meios que lhes são colocados à disposição para a insurgência administrativa contra o ato e, além disso, se a Administração Pública ficar inerte, ultrapassados o prazo decadencial previsto, não mais poderá ocorrer a invalidação do ato.

vi. Requisitos para a implementação do prazo decadencial – boa-fé do destinatário

O terceiro pressuposto de implementação do prazo decadencial consiste num elemento relacionado com um aspecto subjetivo dos destinatários do ato administrativo inválido. Trata-se da boa-fé, que, de resto, é presumida³²⁷.

³²⁷ Nesse sentido, a parte final do disposto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99 estabelece que a decadência se implementará “salvo comprovada má-fé”. Faz-se, nesse particular uma referência acerca de uma regra que chegou a existir, pela qual se criou uma presunção contrária à presunção de boa-fé referida no texto. Ocorre que, ao ser editada a Medida Provisória nº 242, de 24.03.2005, estabeleceu-se que, em relação ao prazo decadencial para a invalidação de atos praticados pela Previdência Social – prazo excepcional de 10 anos, como será analisado –, para o qual também se exigiria o requisito da boa-fé, seria presumida a má-fé do “beneficiário nos casos de percepção cumulativa de benefícios vedada por lei, devendo ser cancelado o benefício mantido indevidamente”. Tal presunção de má-fé, contrária a basilares princípios gerais de direito, foi, ao menos em sede de decisão monocrática, chancelada pelo STF. Em efeito, quando da apreciação

Tal aspecto merece uma análise cuidadosa, sobretudo em função da distinção pretendida na primeira parte do presente trabalho entre o princípio da proteção da confiança e a boa-fé. Afirmou-se, naquele contexto, que, embora fossem conceitos muito próximos e normalmente empregados indistintamente, não seriam sinônimos, propondo-se que a boa-fé seria, em verdade, um pressuposto da incidência do princípio da proteção da confiança, especialmente no que tange aos atos administrativos de efeitos concretos. Tal afirmação, inclusive, parece ser muito mais compreensível nesse momento do que naquele, uma vez que a decadência ora analisada apresenta-se justamente condicionada à boa-fé.

Por primeiro, há de ser indagado de quem seria a boa-fé exigida para fins de implementação do prazo decadencial. A resposta, ao que parece, deve ser no sentido de que a boa-fé reclamada é a dos destinatários dos atos administrativos inválidos, não a dos responsáveis, junto à Administração Pública, pela concretização do ato administrativo em tela. Rogando-se vênia a quem pensa o contrário³²⁸, não parecer existir congruência em se

conjunta do pleito cautelar vertido nas ADIn n° 3.467, 3.473 e 3.505, deduzido com vistas à suspensão da íntegra dos dispositivos da MP n° 242, o Min. Marco Aurélio entendeu que “*no mais, e neste exame preliminar, o que se tem é a disciplina da anulação, presente, até o mesmo, as fraudes notadas no âmbito da Previdência Social, O princípio da legalidade estrita há de ser respeitado na satisfação de todo e qualquer benefício, mês a mês, consideradas as mensalidades em que esteja desdobrado. Não vinga a questão referente ao duplo benefício. A outorga se faz mediante requerimento do interessado e a ninguém é dado eximir-se do crivo legal, alegando ignorância. Daí ter-se como a revelar a má-fé a percepção cumulativa de benefícios vedada por lei. Indefiro, no particular, a medida acauteladora*”. Cumpre esclarecer que tal questão não foi apreciada pela composição plena do STF, nem em sede de referendo da Medida Cautelar, seja em sede de mérito, porquanto, em 20.07.2005, deu-se o superveniente arquivamento da MP, pelo Senado Federal, dada a ausência dos pressupostos constitucionais da relevância e urgência.

³²⁸ É o caso, por exemplo, de FREITAS, Juarez. Dever de motivação, de convalidação e de anulação: deveres correlacionados e proposta harmonizadora. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 16, out./dez. 2002, p. 44, para quem “*parece que não se deve restringir a compreensão do dispositivo sem perda de parcela significativa do seu conteúdo: o dispositivo alude à má-fé em geral, seja a do administrado, seja a do administrador, isoladamente consideradas ou em conjunto, porquanto o prisma de restrição maculária, entre outros, o princípio da moralidade jurídica. Dito clara e objetivamente: havendo má-fé do “administrado” ou do agente público (neste caso, configurando improbidade administrativa), não se aplica o prazo de cinco anos (ainda que outro prazo decadencial exista e seja o proposto interpretativamente), nem se aplica, do mesmo jeito, o critério do cômputo do prazo*”. Antes disso, o mesmo autor havia vertido tais considerações em FREITAS, Juarez. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Org.) **As**

condicionar a proteção da confiança que administrados depositam legitimamente em favor de atos que lhe são benéficos a um elemento subjetivo atribuível a outras pessoas³²⁹. Não se pode perder de vista, nesse sentido, que o instrumento de ponderação consistente na estipulação de um prazo decadencial para a invalidação *ex officio* de atos administrativos apresenta-se como uma forma de proteção da legítima confiança depositada por um administrado em relação a um ato que guarda em seu favor a presunção de validade, atributo esse que, por seu turno, não reclama a boa-fé de quem o pratica ou de terceiros.

Assim, não se poderia condicionar a incidência da decadência a um aspecto de índole subjetiva ou comportamental – a boa-fé – atribuível a quem não fosse o próprio destinatário de tal proteção, seja o agente público responsável pela prática do ato administrativo, seja um terceiro qualquer³³⁰. Nesse sentido, mesmo outros princípios, como é o caso da moralidade

leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 100.

³²⁹ No sentido defendido, ou seja, de que se exige a boa-fé do destinatário, não de quem pratica o ato ou de terceira qualquer vide, dentre outros: FRANÇA, Invalidação..., p. 110 e SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O processo administrativo e a invalidação de atos**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 169.

³³⁰ Quanto a não se condicionar a proteção da confiança à boa-fé alheia a do destinatário do ato e, pois, da proteção propriamente dita, há um caso que, por certo, poderia ser considerado um *hard case*, em idéia aproximada ao que defende DWORKIN, **Levando os...**, p. 127. Trata-se de uma questão que, embora tenha sido levada à apreciação do STF, restou decidida com argumentos que passaram ao largo do que aqui se pretende focalizar. Trata-se da questão intrínseca ao MS 24.268, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 05.02.2004. Em tal julgado, apreciou-se uma decisão do TCU que negara registro a um ato de pensionamento, concedendo-se a ordem, como já se referiu acima, em função de não se ter assegurado à impetrante o contraditório e a ampla defesa, naquilo que seriam uma forma de proteção procedimental de que é merecedor quem é beneficiário de um ato administrativo. A questão de fundo, entretanto, traz consigo um problema interessante. Ocorre que a negativa de registro pelo TCU se deveu ao fato de que o ato de pensionamento havia sido originado numa adoção que, de um lado, não observou aos ditames formais sobre a matéria e, de outro, trazia consigo uma suposta simulação, porquanto a pensionada havia sido adotada, então com quatro anos de idade, por seu bisavô – servidor inativo, de quem se originava a pensão – uma semana antes do seu falecimento. Do voto da relatora, Min. Ellen Gracie, vencida por argumentos formais, como dito, retira-se a seguinte passagem: “*por último, observo que entre a data da escritura de adoção ... e a data do óbito do adotante ... decorreu apenas uma semana. Oscar de Moura, bisavô da impetrante ao adotar e em seguida vir a falecer, aos 83 anos de idade, estava com câncer. As circunstâncias evidenciam simulação da adoção com o claro propósito de manutenção da pensão previdenciária*”. Cumpre salientar que a questão, tendo sido solucionada sob o argumento da invalidade do ato de cancelamento da pensão por ausência de contraditório e ampla defesa, sequer abordou, de forma nuclear, a questão da decadência, embora tivesse sido essa argüida, em face de ter se passado largo período entre a concessão da pensão e a negativa de registro pelo TCU. Se, todavia, fosse caso de se analisar esse caso concreto sob a perspectiva da decadência, mesmo que fosse flagrante a má-fé do adotante ou de outros ascendentes da impetrante em simular uma adoção tão-somente para fins de preservação de um benefício previdenciário, ainda assim é de se entender que não haveria óbice à implementação do prazo decadencial, uma vez que não se poderia imputar qualquer conduta eivada de má-fé

administrativa – argumento utilizado para se exigir indevidamente a boa-fé de outros que não o destinatário do ato –, podem e devem ser ponderados com a proteção da confiança.

Questão interessante diz respeito aos atos administrativos que produzem efeitos benéficos a uma gama de destinatários, dos quais somente alguns contribuíram para a invalidade, ao passo que os demais nada fizeram para que o ato administrativo tivesse sido praticado à revelia da ordem jurídica. Imagine-se, nesse sentido, um concurso público em que somente um candidato houvesse fraudado o certame, por exemplo tendo acesso às provas antes de sua realização, ao passo que todos os demais candidatos aprovados o foram por seus próprios méritos. Em casos como esse, quer parecer que não haverá nenhum problema em ser a conduta administrativa cindida, para fins de diferenciar o tratamento jurídico – relativo à decadência – em relação aos destinatários que deram causa (destinatários de má-fé) e aqueles que não deram causa à invalidade (destinatário de boa-fé). Assim, a solução seria a seguinte: em relação aos destinatários de boa-fé, implementadas as outras condições ora analisadas, impõe-se a configuração da decadência, obstando-se a Administração Pública de invalidar a conduta; em relação aos terceiros causadores do vício intrínseco ao ato, não há de se falar em decadência, consoante oportunamente analisado.

Ainda em relação ao pressuposto da boa-fé, um outro aspecto há de ser colocado em relevo quanto à implementação da decadência administrativa. Já se fez referência acerca “de quem” se exige a boa-fé, concluindo-se que se a reclama do destinatário e não da autoridade que praticou o ato ou de terceiros. Remanesce a indagação acerca de “o quê” é a boa-fé condicionante de tal prazo decadencial da prerrogativa de invalidação *ex officio*. Já se afirmou

àquela que era a beneficiária do ato – a pensionista –, que quando da ocorrência da simulação tinha somente quatro anos de idade. Em efeito, esse caso é paradigmático para fins de se consolidar a conclusão de que a boa-fé presumida, de resto, há de ser exigida tão-somente daquele que é o beneficiário do ato administrativo viciado, não de terceiros ou do próprio agente que praticou o ato.

em passagem inserida na primeira parte deste trabalho que os estudos acerca da boa-fé encontram-se num estágio muito mais evoluído no Direito Privado do que no Direito Administrativo. Resta saber, pois, o que significa a exigência de boa-fé do destinatário enquanto pressuposto do instituto de ponderação entre a legalidade e a proteção da confiança que aqui se põe em foco.

Propõe-se, quanto a tal aspecto, que o significado que se deva atribuir a tal exigência anda no sentido – que conflui nos sentidos objetivo e subjetivo da boa-fé – de não serem atribuíveis ao destinatário do ato as razões pelas quais tal ato administrativo se apresenta viciado³³¹, ou seja, estará cumprida a exigência de boa-fé referida no artigo 54 da Lei nº 9.784/99 quando não for possível imputar – direta ou indiretamente – a invalidade do ato administrativo ao seu beneficiário³³². Em sentido contrário, sempre que as razões pelas quais

³³¹ “O que é, pois, agir de boa fé? É agir sem malícia, sem intenção de fraudar a outrem. É atuar na suposição de que a conduta tomada é correta, é permitida ou devida nas circunstâncias em que ocorre. É, então, o oposto da atuação de má fé, a qual se caracteriza como o comportamento consciente e deliberado produzido com o intento de captar uma vantagem indevida (que pode ser ou não ilícita) ou de causar a alguém um detrimento, um gravame, um prejuízo, injustos” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 210, out./dez 1997, p. 34).

³³² COUTO E SILVA, A., O princípio..., p. 305, para quem “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. 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 influa na edição de ato administrativo em seu próprio benefício”. Problemas interessante abordado por Almiro do Couto e Silva, quanto ao requisito da boa-fé, diz respeito à pressuposição da boa-fé do destinatário de uma conduta administrativa se o mesmo conhece – ou deveria conhecer – a invalidade do ato. Enfrentando tal questão ensina o autor que “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. 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

o ato se apresenta viciado puderem ser consideradas como originadas de condutas atribuíveis ao destinatário do ato, terá esse obrado de má-fé, não sendo, pois, a sua confiança digna de qualquer proteção³³³.

vii Requisitos para a implementação do prazo decadencial – o decurso do lapso temporal

O quarto requisito necessário para a ponderação entre a legalidade e a proteção da confiança, no que concerne à decadência em tela, corresponde ao elemento mais objetivo de todos, qual seja, o decurso de um prazo, correspondente ao quinquênio³³⁴, a contar da prática

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. ... Os precedentes apontam sentido. A jurisprudência de nossos tribunais, como se viu, tem mantido situações ilegais, assim reconhecidas pela Administração Pública, mas que ficaram provisoriamente 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. ... 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 60 dias, se esgota na apuração da existência de manobras fraudulentas do interessado na obtenção do ato administrativo que o beneficiou”.

³³³ Concorde-se, nesse particular, com o julgado encontra na jurisprudência do STJ, qual seja, o REsp 603.135, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 08.06.2004, pelo qual “o prazo decadencial de cinco anos para a Administração anular seus próprios atos (art. 54 da Lei 9.784/99) não se aplica aos casos de comprovada má-fé”. Extraí-se do voto do ilustre relator, nesse sentido, elucidativa passagem acerca da má-fé do destinatário do ato. *Verbis*: “da situação fática consolidada no acórdão recorrido vê-se que o recorrente teve sua matrícula cancelada depois de constatada a ocorrência de fraude no vestibular. O relator refere que restou comprovada a fraude em razão da confissão do recorrente e da ‘apresentação de carteira falsa, com a aposição da fotografia de uma outra pessoa’ (fl. 341). Estando comprovada a má-fé do administrado na obtenção de sua aprovação no vestibular, ainda que se aplicasse o disposto no art. 54 da Lei 9.784/99, o prazo decadencial de cinco anos restaria afastado por expressa determinação legal”.

³³⁴ Importante ser dito que, em criticável providência, adotou-se o imperial instrumento previsto no artigo 62 da Constituição Federal, para, através da Medida Provisória nº 138, de 20.11.2003, convertida na Lei nº 10.839/04, inserir-se o artigo 103-A da Lei nº 8.213/91, o qual previu que o “direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. Tal regra, que obviamente não revogou o artigo 54 da Lei nº 9.784/99, trouxe norma especial em relação à “Previdência Social”, em que se ampliou o prazo decadencial de cinco para dez anos. Quanto ao novel dispositivo tem-se a dizer, inicialmente, que o prazo decenário é irrazoável e, portanto, não alcança o desiderato de se dar concreção ao princípio da

do ato viciado ou, no caso de efeitos patrimoniais contínuos, da percepção do primeiro pagamento³³⁵. Com efeito, o lapso temporal é, como não poderia deixar de ser, determinante para a implementação do prazo extintivo decadencial.

Como já referido, o mecanismo do prazo decadencial em comento deve ser assim considerado: de um lado, se do ato administrativo inválido houver transcorrido um prazo inferior a cinco anos, a Administração Pública não somente terá o direito de invalidá-lo, como, aliás, terá o dever de fazê-lo, mesmo que o destinatário do ato esteja de boa-fé; de outra banda, se da prática do ato exceder o prazo de cinco anos, a Administração Pública estará proibida de invalidar o ato viciado, dada a concretização da decadência. Tal ponderação revela-se cristalina, ou seja, a contar da prática do ato administrativo inválido até o decurso do prazo de cinco anos, a legalidade administrativa deverá preponderar e, no exercício de autotutela administrativa, a Administração Pública deverá invalidar o ato, desconstituindo retroativamente os seus efeitos³³⁶. Ao contrário, se o prazo de cinco anos houver sido ultrapassado, preponderará a proteção da confiança depositada pelo destinatário, ficando a Administração Pública proibida de invalidar (ou anular, aqui como sinônimos)³³⁷ seus próprios atos administrativos, qualquer que seja a espécie de invalidade³³⁸.

segurança, sobretudo se lembrado qual o “público-alvo” dos destinatários dos atos praticados pela Previdência Social.

³³⁵ Em relação aos atos dos quais decorram efeitos patrimoniais sucessivos, estabelece o artigo 54, § 1º, da Lei nº 9.784/99 que “*no caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento*”.

³³⁶ Como será abordado no item seguinte, devem ser ressalvados, nesse caso, os efeitos produzidos em favor de terceiros de boa-fé, ou seja, que não contribuíram para a invalidade do ato.

³³⁷ Não se concorda com a diferenciação proposta por GASPARINI, **Direito...**, p. 103, para quem “invalidação” é o termo empregado no caso de retirada do ato pela própria Administração Pública, enquanto que “anulação” seria a retirada do ato administrativo ilegal pelo Poder Judiciário. Utiliza-se, desde o início do presente excursus, “anulação” e “invalidação” enquanto sinônimos. Conveniente recordar que isso não seria possível no Direito Privado. Entretanto, como já em inúmeras oportunidade já se afirmou, as teorias de invalidades encontradas no Direito Administrativo não se identificam com as existentes no Direito Privado.

³³⁸ Embora o tema – espécies de invalidades – não seja objeto do presente ensaio, há de ser afirmado que a regra em comento não traz qualquer restrição aos atos administrativos nulos ou inconstitucionais, de forma que, sendo a proteção da confiança um princípio que, tal qual a legalidade, dá supedâneo formal ao Estado de Direito, num mesmo nível de importância, não poderia o intérprete, na aplicação do artigo 54, da Lei nº 9.784/99, reduzi-la em significado, ou seja, o prazo decadencial há de incidir tanto em relação a atos nulos

O prazo de cinco anos serve, portanto, como uma espécie de marco divisor da concessão de efeitos jurídicos à inércia da Administração Pública quanto ao dever de invalidação dos seus atos administrativos viciados. Por certo, o que se pretende é que a Administração Pública invalide seus próprios atos administrativos quando constatar a invalidade que os qualificada. Isso consiste num primado, inclusive, de aprimoramento da atividade administrativa, bem assim de garantia à legalidade objetiva, já referida. O que não se pode admitir é que tal prerrogativa anulatória se perpetue, porque, deixando-se de fixar prazo para o exercício de tal prerrogativa invalidatória, propícias seriam situações de flagrante insegurança jurídica, ocasionadas em nome de uma proteção – cega e desmedida – à legalidade, esquecendo-se, assim, que a própria legalidade é um instrumento de consecução de segurança jurídica.

quanto em relação aos atos anuláveis, consoante entendimento de BANDEIRA DE MELLO,. **Curso de...**, p. 443 e 931. Nesse sentido, ao que parece, não se mostra a melhor decisão restringir a aplicação do artigo 54 da Lei nº 9.784/99 tão-somente aos atos administrativos anuláveis, como se depreende da AMS nº 200171000014597/RS, TRF da 4ª Região, rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, j. 12.11.2002 , sobretudo em face de tal decisão ter pretendido a aplicação de conceitos e teorias próprias do Direito Privado, em relação a atos administrativos, o que, como já mencionado, não se apresenta apropriado. Diferente é a proposta de COUTO E SILVA, A., O princípio..., p. 294-302, que define, ou redefine – de forma inovadora e com substancial redução de significa, ao menos no Direito pátrio – os atos administrativos nulos como sendo tão-somente os “*casos patológicos exacerbados, consistentes em vícios gravíssimos, grosseiros, manifestos e evidentes, independentemente da hierarquia da norma violada, se da Constituição ou da legislação ordinária*”. Em relação a tais atos entende o autor que não haveria de se falar em decadência, podendo a Administração Pública invalidá-lo a qualquer tempo. Pois bem, tal posição, embora precisa como sói ocorrer, merece uma compreensão cuidadosa. Em efeito, é verdade que casos extremamente graves, de uma manifesta e grosseira contrariedade à ordem jurídica, como é o caso exemplificado por Almiro do Couto e Silva de um ato “*de autorização de funcionamento de casa de prostituição infantil, ou de aposentadoria, como servidor público, de quem não é servidor público*”, não podem ter o curso do tempo como um instrumento de preservação. Ora, em casos grosseiros como tais, a inexistência de um prazo decadencial pode ser justificada no fato de que atos tão absurdos assim não guardam em seu favor a presunção de legitimidade o que, como visto, é um elemento nuclear de legitimação da confiança nos atos praticados pela Administração Pública. O que não pode ocorrer, todavia, é a simples aplicação de teorias de invalidade do Direito Privado, em que há uma ampla definição de atos nulos para, aproveitando-se forçosamente tais teorias no Direito Administrativo, reduzir-se significativamente a aplicação do prazo decadencial aqui estudado. Assim, a afirmação de que atos nulos não seriam suscetíveis de decadência administrativa somente seria aceitável numa noção restrita de “ato administrativo nulo”, como a proposta por Almiro do Couto e Silva. Ao contrário, a regra do artigo 169, do CC/02, por geral e por ser pertinente ao Direito Privado, não tem o condão de afastar a aplicabilidade de um prazo decadencial para a Administração Pública invalidar os seus próprios atos.

Nesse sentido, pode-se dizer, tal como faz Paulo Otero, que o “tempo desempenha em Direito Administrativo, tal como em qualquer outro sector do ordenamento, um papel de facto gerador do ‘esquecimento’ de situações jurídicas contrárias ou conformes à legalidade jurídico-positiva, modificando e invertendo o seu sentido ou os seus efeitos”³³⁹.

O critério prazal, não obstante sua objetiva condição, já vem propiciando algumas perplexidades, especialmente nos tribunais superiores. Destacam-se, dentre tais discussões, três dos referidos problemas³⁴⁰.

O primeiro problema diz respeito à aplicação do prazo decadencial em relação aos atos administrativos praticados antes da vigência da Lei n° 9.784/99, mais precisamente, antes de 29.01.1999. A orientação que vem predominando no Superior Tribunal de Justiça anda no sentido de que, não se podendo aplicar retroativamente a Lei n° 9.784/99, os atos administrativos praticados antes de tal Diploma Legal teriam a contagem do prazo decadencial iniciada não da sua prática, mas tão-somente da vigência da referida lei³⁴¹. Tais decisões, em termos gerais, fundamentam-se na premissa de que o prazo decadencial somente teria “surgido” com o advento do referido Diploma Legal. Se essa premissa teórica fosse verdadeira, seriam as decisões referidas elogiáveis. Essa é a questão. A premissa utilizada

³³⁹ OTERO, **Legalidade...**, p. 1069.

³⁴⁰ Como já se afirmou, ainda não ocorreu nos tribunais superiores pátrios a dita “marcha triunfal do princípio da proteção da confiança”, nos moldes do que ocorreu no Direito Alemão (*Siegeszug des Vertrauensschutzprinzips*), embora já se tenha tal jornada se iniciado. Ocorre que, como toda caminhada, é natural que ocorram alguns percalços. Isso é o que parece ter ocorrido com as orientações jurisprudenciais a seguir analisadas.

³⁴¹ Citam-se, nesse sentido, os seguintes julgados: REsp 603.135, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 08.06.2004; MS 9.157, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 20.10.2004; MS 9.115, Rel. Min. César Asfor Rocha, j. 16.02.2005; MS 9.112, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 16.02.2005; MS 7.702, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 14.09.2005. Segundo tal orientação, num ato inválido que tenha sido praticado pela Administração Pública Federal, por exemplo, em 1950, desde então produzindo efeitos benéficos, em favor de um destinatário que não contribuiu para a invalidade do ato, a decadência somente se implementara em 29.01.2004, ou seja, cinco anos após o início da vigência da Lei n° 9.784/99. No STF não existe, ao menos até o presente momento, decisão que tenha enfrentado, de forma direta, tal tema.

para se afirmar que o termo *a quo* do prazo decadencial é a própria lei, nos casos dos atos viciados praticados anteriormente à sua vigência, revela-se, ao que parece, equivocada.

Discorda-se de tal orientação por se entender que o prazo decadencial em lume não se encontra fundamentado “somente” no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, mas do próprio princípio constitucional da proteção da confiança, com vistas à manutenção de situações já consolidadas há largo tempo. Por certo, como já asseverado, a ponderação “legalidade/proteção da confiança” reclama e exige critérios objetivos e preestabelecidos, sendo, por certo, vantajoso que sejam preestabelecidos numa regra jurídica presente no direito posto. A positivação, no entanto, não pode ser considerada um requisito indispensável.

Ocorre que não se pode considerar que a ponderação aqui analisada, que é refletida no prazo decadencial, tenha sua aplicabilidade condicionada à existência de preceitos legais. Tal pensamento, em termos de analogia, equivaleria à absurda afirmação de que não se aplicariam, por exemplo, os princípios do contraditório e da ampla defesa se inexistissem preceitos infraconstitucionais que os previssem. Diz-se que tal afirmação seria absurda porquanto olvidaria a insofismável condição de princípio constitucional de que o contraditório e a ampla defesa são portadores. Com a proteção da confiança, ao que parece, o mesmo ocorre. Considerando-se a sua condição de princípio constitucional, a proteção da confiança deve ser considerada determinante de um prazo decadencial, mesmo que não existam, como não existia antes de 29.01.1999, regras legais que positivem tal prazo. Isso porque, é possível que se extraiam diretamente de uma interpretação constitucional de tal princípio os critérios objetivos necessários a sua aplicação. Mantendo-se a analogia referida, poder-se-ia dizer que, assim como é possível extrair um significado mínimo do princípio constitucional do

contraditório³⁴², independentemente de regras legais que o positivem, é também possível extrair da proteção da confiança que desfruta de um significado mínimo, do qual se depreende, indubitavelmente, a fixação de um prazo decadencial em posição de destaque. Justamente por tal razão, defende-se que, mesmo em relação a entes federados³⁴³ – Estados e Municípios – que não tenham lei própria positivando o prazo decadencial para a invalidação administrativa, nos moldes do que sucede, em âmbito federal, com o artigo 54 da Lei nº 9.784/99, não se poderia deixar de observar um limite temporal para a invalidação *ex officio* de atos administrativos. O prazo quinquenal cumpriria a condição de “prazo razoável”³⁴⁴ porquanto tradicionalmente esse é o prazo extintivo que se estabelece tanto em favor como contra os interesses da Administração Pública.

³⁴² Para um análise moderna e precisa acerca do contraditório, vide, por todos: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 132-150.

³⁴³ Cumpre recordar que a matéria em comento é uma daquelas sobre as quais cada ente federado porta autonomia para legislar, consoante anteriormente asseverado. Isso implica dizer que se os Estados-Membros, o Distrito Federal ou Municípios editarem as suas respectivas regras tratando da matéria, essas, por óbvio, serão as aplicáveis, mesmo que estipulem prazo diversos do prazo quinquenal. Citam-se, por exemplo, a Lei Estadual nº 10.177/98, que previu um prazo decadencial de dez anos, em relação ao Estado de São Paulo, e a Lei Estadual nº 3.870/02 e Lei Distrital nº 2.834/01, que estabelecem, para o Estado do Rio de Janeiro e para o Distrito Federal, um prazo de cinco anos para que a Administração Pública exerça a sua prerrogativa invalidatória. O que parece não ser possível, por uma inconstitucionalidade material, seria a fixação de um prazo tão dilatado (30 anos, por exemplo) que não cumprisse o seu desiderato de concretizar a proteção da confiança. Ponderação interessante, nesse sentido, é feita por FERRAZ, Sérgio. Extinção de atos administrativos: algumas reflexões. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar. 2003, p. 65, para quem “*impende sublinhar que a lei paulista pertinente (n. 10.177, de 1998), em seu art. 10, ao dispor sobre o tema de que estamos a cogitar, fixou em dez anos o prazo decadencial para os casos de anulação, silenciando quanto à revogação. O lapso de dez anos para o exercício da pretensão administrativa anulatória, pessoalmente, nos parece excessivo. Mas não chega, em nossa opinião, a configurar hipótese de infringência ao princípio constitucional da razoabilidade*”. No entanto, ocorreria, ao que parece, afronta ao princípio da proteção da confiança e da razoabilidade, regra contida em legislação estadual ou municipal que simplesmente torne ilimitada temporalmente a prerrogativa anulatória da Administração Pública, como ocorre com a Lei Complementar nº 33/96, do Estado do Sergipe.

³⁴⁴ NOBRE JÚNIOR, **O princípio...**, p. 201 assevera que “*quanto aos demais Estados e Municípios, em que as respectivas leis não demarquem um interregno temporal ao exercício da competência de invalidar, de seguir a recomendação estabilizada pela doutrina, conforme a qual as situações jurídicas consolidadas pela passagem de razoável lapso de tempo, cuja fixação, dadas as particularidades do caso concreto, não de ser fixadas pela Administração, ou pelo Judiciário, não mais podendo ensejar a superveniência de invalidação, contanto verificada a boa-fé [a proteção da confiança, da qual, no caso, a boa-fé é pressuposto, como se prefere] dos destinatários*”. Concorde-se com o autor, em relação às bases de sua opinião. Acredita-se, entretanto, que uma fixação casuística do prazo, em hipóteses como essa, poderia ensejar, ao contrário do pretendido, um *status* de insegurança jurídica. Justamente por tal razão é que se opta, mesmo em relação aos casos em que não há fixação do prazo por intermédio de uma regra legal positivada, ainda assim se fixar o tal prazo razoável nos tradicionais cinco anos, como sugerido, dentre outros, por COUTO E SILVA, Almiro. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 204, abr./jun. 1996.

Com razão, assim, quem reconhece que, mesmo diante da ausência de regras jurídicas que explicitem a decadência em tela, ela deveria ser observada³⁴⁵, justamente no intuito de se evitar a perpetuação de uma prerrogativa administrativa dotada de grave potencial de alcance no rol de direitos dos destinatários da função administrativa. Diante de tudo quanto se afirmou, embora se conheça a posição ora dominante no Superior Tribunal de Justiça, não se pode com a mesma concordar, porquanto vai de encontro ao que se poderia considerar o conteúdo jurídico mínimo do princípio da proteção da confiança. Espera-se, respeitosamente, que tal orientação não perdue.

O segundo problema já encontrado nos tribunais superiores em relação ao termo inicial do prazo diz respeito aos atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais ou Cortes de Contas. Vem entendendo o STF que, em atos sujeitos a registro pelos Tribunais de Contas (art. 71, III, da CF/88), como é o caso da aposentadoria de servidores públicos, o termo inicial do prazo decadencial não seria o da prática do ato, mas da concessão de registro pela Corte de Contas, o que, em geral, ocorre muito tempo após a prática do ato administrativo³⁴⁶. Pretendida, pelos interessados, a incidência do princípio da proteção da confiança, em face do transcurso de largo período de tempo – mais de cinco anos – entre a prática do ato e a negativa de registro pelos Tribunais de Contas, o STF, por intermédio das palavras do Min. Eros Grau, considerou que a Corte Constitucional “tem entendido que o ato de aposentadoria configura ato administrativo complexo, aperfeiçoando-se somente com o

³⁴⁵ No sentido de que o prazo em tela é uma imanência do próprio princípio da boa-fé, com vistas à obtenção de um estado de segurança jurídica, inclusive com a sugestão da utilização do prazo de cinco anos, em analogia ao artigo 21, da Lei n° 4.717/65, importante é a leitura de um dos vários ensaios de lavra de Almiro do Couto e Silva sobre o assunto antes da vigência da Lei n° 9.784/99: COUTO E SILVA, A., Prescrição... Do mesmo modo, vide NOBRE JÚNIOR, **O princípio...**, p. 201.

³⁴⁶ Citam-se, por exemplo, as seguintes decisões MS 24.958-7/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 02.02.2005; MS 24.997-8/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 02.02.2005; MS 25.015-1/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 02.02.2005; MS 25.036-4/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 02.02.2005; MS 25.037-2/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 02.02.2005; MS

registro perante o Tribunal de Contas. Submetido, pois, a condição resolutive, não se operam os efeitos da decadência antes da integração da vontade final da Administração”. Tal posicionamento jurisprudencial, rogando-se a devida vênua ao guardião precípua da Constituição Federal³⁴⁷, não parece ser consentâneo com o já referido conteúdo jurídico mínimo do princípio da proteção da confiança³⁴⁸.

É verdade que vários são os julgados exarados pelo Supremo Tribunal Federal³⁴⁹, tanto quanto pelo Superior Tribunal de Justiça³⁵⁰, no sentido de que tais atos seriam “atos administrativos complexos”. Tal premissa, *per se*, já se apresenta criticável³⁵¹. Mesmo que não fosse incorreta, entretanto, quer parecer que não pode levar à conclusão a que chegou o STF, de que o termo inicial do prazo se iniciaria com o registro do ato pelo Tribunal de Contas, não com a sua prática. Com efeito, a decadência administrativa corresponde a uma garantia que terá o destinatário de um ato administrativo inválido para que, mesmo reconhecido tal vício, não seja o ato administrativo anulado. No cerne de tal proteção encontra-se a legitimidade da expectativa depositada pelo administrado, oriunda, como visto,

25.090-9/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 02.02.2005; MS 25.095-0/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 02.02.2005; MS 25.192-1/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 07.04.2005.

³⁴⁷ A condição de “guardião precípua” da Constituição cometida ao STF, além de ter embasamento na literalidade do disposto no artigo 102, da CF/88, encontra supedâneo na máxima pela qual a Constituição é o que a Corte Constitucional diz que ela é (“*A supreme tribunal has the last word in saying what the law is and, when it has said it, the statement that the court was wrong has no consequences within the system: no one's rights or duties are thereby altered. This leads to another from of the denial that courts in deciding are ever bound by rules: "The law (or the constitution) is what the court say it is."* (HART, Herbert L. A. **The concept of law**. London: Oxford, 1961, p. 138).

³⁴⁸ Já se teve a oportunidade de se criticar, respeitosamente, tal posicionamento em MAFFINI, Rafael Da Cás. Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Conta e a decadência da prerrogativa anulatória da administração pública. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 10, p. 143-163, jul./set. 2005.

³⁴⁹ Além dos julgados referidos na nota anterior, podem ser citados os seguintes precedentes: MS 8.886, Rel. Min. Candido Motta, j. 06.12.1963; MS 19.861, Rel. Min. Thompson Flores, j. 31.03.1971; MS 19.873, Rel. Min. Amaral Santos, j. 09.06.1971; RE 195.861, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.08.1997; MS 24.754, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07.10.2004.

³⁵⁰ REsp 1.560, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 05.02.1990; RMS 693, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 28.11.1990; RMS 6.777, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 11.09.2001; EDcl nos EDcl no RMS 10.983, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 11.12.2001.

³⁵¹ Tal questão renderia um excuro próprio, o que se afastaria do tema aqui proposto. Para maiores considerações sobre a natureza jurídica dos atos administrativos sujeitos a registro, vide MAFFINI, Atos administrativos...

especialmente da conjugação da presunção de legitimidade do ato, de sua natureza ampliativa e da boa-fé do destinatário. Considerando-se que tal expectativa se inicia não com o registro pelo Tribunal de Contas, mas com a prática do ato, impõe-se a conclusão de que é desse momento (da prática do ato) – não daquele (do registro pelo Tribunal de Contas respectivo) – que há de se iniciar a contagem do prazo de decadência administrativa. Não se pode negar, assim, que é da prática do ato – não do registro – que se inicia o “depósito” de confiança do ato administrativo sujeito a registro.

A terceira questão referente à contagem do prazo, mais precisamente do seu termo final, diz respeito ao que pode ser considerado como exercício da potestade invalidatória. Ocorre que, em interessante decisão, o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 8.717³⁵², assentou que tal limite temporal existiria para que a Administração Pública efetivamente promovesse a invalidação do ato administrativo, e não para que simplesmente iniciasse o procedimento de anulação. Assim, mesmo em face do disposto no artigo 54, § 2º, da Lei nº 9.784/99, pelo qual se considera “exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato”, tal preceito deveria ser interpretado no sentido de que a anulação do ato deveria ser concluída até o decurso do prazo decadencial. Depreende-se do voto vencedor que a regra legal em análise não concede à Administração Pública prazo para iniciar o processamento da anulação “por isso que se assim o fosse, a conclusão poder-se-ia eternizar a pretexto de ter-se iniciado tempestivamente. Destarte, a segurança jurídica como bem tutelável em primeiro lugar pela Administração não conviveria com tamanha iniquidade e instabilidade”.

³⁵² MS 8.717 AgRg, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, j. 26.03.2003.

viii. Prazo decadencial da potestade anulatória e Poder Judiciário

Para finalizar essas considerações que põem em destaque decadência para o exercício da invalidação administrativa, duas outras conclusões devem ser referidas. A primeira delas é a de que o prazo decadencial em lume há de ser observado também pelo Poder Judiciário ou por qualquer outro órgão ou poder de controle da atividade de Administração Pública. É verdade que as regras que positivam o prazo decadencial – por exemplo, o artigo 54 da Lei nº 9.784/99 – não fazem referência explícita à aplicabilidade de tal prazo em relação ao controle jurisdicional da Administração Pública. Contudo, nem poderiam fazê-lo, porquanto contêm dispositivos que tratam da invalidação de atos pela própria Administração Pública, incumbindo-se, pois, de regulamentar tão-somente do que se poderia denominar de “controle interno” da Administração Pública. Em outras palavras, não se poderia exigir que uma lei orientada à fixação de preceitos pertinentes à atividade decisória da Administração Pública, estivesse preocupada em “esclarecer” – não “estabelecer” – qual é o prazo decadencial a ser observado pelo Poder Judiciário, o qual, indubitavelmente, também se encontra adstrito aos princípios – segurança jurídica, proteção da confiança, boa-fé, presunção de legitimidade – que embasam a delimitação prazal para a invalidação de atos administrativos.

Ademais, o Poder Judiciário, no controle jurisdicional que promove da ação administrativa, não só estará também submetido, segundo os mesmos critérios, ao prazo decadencial em questão, como terá o dever de reconhecer como inválida, por infração do prazo, a invalidação praticada pela própria Administração Pública.

Em outras palavras: de um lado, o Poder Judiciário terá de observar o prazo em comento, abstendo-se de invalidar um determinado ato administrativo quando um interessado – seja a própria Administração Pública, seja um terceiro – pleitear a anulação judicial de tal ato se o mesmo implementar as condições acima referidas (presunção de legitimidade, ato ampliativo, boa-fé do destinatário e decurso do prazo)³⁵³; de outro, se implementado o prazo decadencial e, ainda assim, a Administração Pública promover a – indevida, portanto – invalidação de um ato administrativo, terá o Poder Judiciário de invalidar a invalidação administrativa, porquanto perpetrada essa de modo a infringir a decadência administrativa³⁵⁴.

ix. Casos especiais de ilimitação temporal da potestade anulatória *ex officio*:

Por último, uma consideração há de ser feita, nesse momento, em relação à seguinte situação: não sendo implementadas quaisquer das condições necessárias à configuração da decadência administrativa em comento³⁵⁵, haveria de se falar de um outro limite temporal para o exercício da invalidação administrativa de atos viciados. Por exemplo, tendo o

³⁵³ Nesse sentido, vide, dentre outros: COUTO E SILVA, A., *O princípio...*, p. 292; FREITAS, *Dever de motivação...*, p. 42; SIMÕES, *O processo...*, p. 165; NOBRE JÚNIOR, *O princípio...*, p. 195. Em sentido contrário: RAMOS, Elival da Silva. A valorização do processo administrativo: o poder regulamentar e a invalidação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Org.) *As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 90.

³⁵⁴ GONZÁLES PÉREZ, *El principio...*, p. 101.

³⁵⁵ Conveniente ser recordado que a implementação do prazo decadencial aqui analisado pressupõe a conjugação dos seguintes requisitos: a) presunção de legitimidade do ato, que se apresenta na generalidade dos atos administrativos e que culmina por consistir na pedra de toque que tornará legítima a confiança nele depositada; b) a natureza ampliativa do ato, isto é, ser o mesmo produtor de efeitos benéficos; c) a boa-fé – presumida – do destinatário, no sentido de não ter o mesmo contribuído para a invalidade do ato; d) o decurso do lapso temporal fixado em lei, no não havendo lei, do lapso razoável de tempo, assim entendido o transcurso do prazo de cinco anos, tradicionalmente fixado nos prazos extintivos havidos em favor ou contra os interesses da Administração Pública.

destinatário do ato contribuído para a invalidade que vicia tal espécie de conduta estatal – pense-se, nesse sentido, num candidato que tenha fraudado o caráter competitivo de um concurso público no qual restara aprovado, ou num licitante que subornou a Comissão de Licitação para celebrar um determinado contrato ou, ainda, em um administrado que dolosamente prestou informações incorretas à Administração para fins de usufruir indevidamente de uma determinada vantagem –, em tais casos, haveria de se falar em prazo decadencial, prescricional ou de qualquer outra natureza no que tange à prerrogativa da Administração Pública de invalidar os seus próprios atos? Do mesmo modo, sendo o ato administrativo ensejador de efeitos prejudiciais ao administrado – ato administrativo ablativo – haveria de se falar em preservação do mesmo pelo decurso da decadência, em homenagem à proteção que tal cidadão nele depositou?

Esse problema vem suscitando interessante debate, existindo vários autores que entendem que, mesmo em tais casos, ou seja, mesmo em casos em que não há a conjugação de todos os elementos necessários para a configuração do prazo decadencial em comento, deveria existir uma limitação prazal à prerrogativa anulatória da Administração Pública. Mônica Martins Toscano Simões, por exemplo, entende que, seja nos casos de má-fé do destinatário, isto é, nos casos em que o administrado tenha dado causa à invalidade³⁵⁶, seja nos casos em que o ato administrativo seja daqueles que produzem efeitos prejudiciais aos seus destinatários³⁵⁷, a solução, diante da impossibilidade de aplicação do prazo decadencial

³⁵⁶ “É bem de ver que a lei, no dispositivo em comento [trata-se do artigo 54, da Lei nº 9.784/99], ressalva a aplicação do prazo quinquenal nos casos em que reste comprovada a má-fé. Mas nem por isso é lícito concluir que nessas situações a anulação poderá ocorrer a qualquer tempo, na medida em que a ausência de prazo para que a Administração anule atos inválidos acarreta indiscutível ofensa ao princípio da segurança jurídica. É, pois, absolutamente necessária a fixação de prazo para o exercício da pretensão invalidatória, mesmo nos casos de comprovada má-fé. Diante do silêncio do legislador, deve-se tomar com parâmetro o prazo prescricional mais longo previsto no Código Civil Brasileiro – qual seja, o de 10 anos. Essa solução parece a mais adequada, na medida em que, de um lado, preserva a segurança jurídica e, de outro, assegura à Administração um prazo mais dilatado para repelir a má-fé” (SIMÕES, **O processo...**, p. 128-129).

³⁵⁷ “No que diz respeito ao prazo para anulação de atos restritivos de direitos igualmente silenciou o legislador federal. Ao contrário do que se dá com a anulação de atos ampliativos, a anulação de atos restritivos opera a

previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, seria a aplicação de um prazo prescricional segundo ditames da legislação ordinária, diga-se, do Código Civil, mais precisamente, de um prazo prescricional de dez anos, em face do disposto no artigo 205 do Código Civil³⁵⁸. Essa, de resto, também é a orientação atual de Juarez Freitas, embora o autor defenda que o termo inicial da contagem do prazo seja o da ciência do fato, não o da sua prática³⁵⁹, embora em passagem anterior houvesse defendido a inexistência de qualquer prazo extintivo para a invalidação de atos administrativos cujos destinatários houvessem obrado com má-fé³⁶⁰. Também nesse sentido, ou seja, no sentido de aplicação do prazo geral de prescrição previsto

ampliação da esfera jurídica do interessado. Assim, para maior resguardo do administrado que teve sua esfera jurídica restringida invalidamente pela Administração, deve-se igualmente considerar aplicável o prazo de 10 anos para que a Administração Pública restaure a legalidade” (Ibidem, p. 129).

³⁵⁸ “A prescrição ocorre em 10 (dez) anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”. Conveniente lembrar que no Código Civil de 1916, face ao disposto no seu artigo 177, a regra geral quanto ao prazo prescricional era de 20 anos.

³⁵⁹ “Com certeza, havendo má-fé, não pode ser acolhido o prazo que funciona como espécie de regra em Direito Administrativo, isto é, de cinco anos, pois tal inteligência minaria o sentido da própria ressalva. Contudo, prazo deve haver. E mais: precisa ser suficientemente maior para contemplar a segurança das relações jurídicas sem ofender, de modo letal, a moralidade administrativa. A aplicação do prazo do art. 177 do Código Civil, apesar de prescricional, desponta como boa alternativa. Força acolhê-la, contudo, com a proposta de um acréscimo hermenêutico: a expressão “salvo comprovada má-fé” prevista no art. 54, aplica-se também ao modo de contagem do prazo. Desta forma, nas hipóteses de comprovada má-fé, tanto o prazo decadencial como o respectivo cômputo haverão de ser diferenciados, de modo que: 1º) o prazo máximo de decadência será, por ora, de vinte anos para as ações pessoais; 2º) o cômputo do prazo será a partir da ciência do ato lesivo, não da data da ocorrência do vício. Com esta adição interpretativa, tudo indica que se harmonizam os princípios em tela. Logo, o art. 54 da Lei 9.784/99 deve ser entendido de maneira que, havendo má-fé (v.g., fraude ou participação em fraude por parte do beneficiário dos efeitos do ato viciado), o prazo decadencial para o direito/dever de anulação deve ser contado de modo distinto, isto é, a partir da ciência da fraude (o que evita, no caso paulista - cujo prazo decadencial é de dez anos -, a coincidência de prazo em se tratando das ações reais, algo que ocorreria se se aplicasse apenas o art. 177 do antigo Código Civil)” (FREITAS, Dever de..., p. 43).

³⁶⁰ “Em relação à questão [abrangência do art. 54, da Lei nº 9.784/99], imperioso destacar, de plano, que havendo má-fé (v.g. fraude ou participação em fraude por parte do beneficiário dos efeitos do ato viciado) inexistente, pela simples e boa leitura da lei, prazo algum decadencial para o direito/dever de anulação. Em outras palavras, a má-fé do beneficiário torna o ato incorrigivelmente nulo e não simplesmente anulável. Para a decretação de nulidade absoluta, continua a inexistir, neste caso, qualquer prazo legal. Convenhamos: nem poderia ser diferente, pois seria escárnio, além da violação grave ao sistema, se a imoralidade tivesse o condão de provocar fato consuma em prol de desonesto beneficiário” (FREITAS, Processo administrativo..., p. 99).

no Código Civil, mencionam-se Celso Antônio Bandeira de Mello³⁶¹ e Elival da Silva Ramos³⁶².

Sérgio Ferraz, por seu turno, propondo especialmente quanto ao requisito da inexistência de má-fé uma solução por ele mesmo denominada de “radical”, entende que “a cláusula final ‘salvo comprovada má fé’ é inconstitucional, por isso que afrontosa ao princípio da razoabilidade”³⁶³. Tal autor, portanto, entende que, mesmo em caso de má-fé do destinatário, o prazo quinquenal de decadência da invalidação administrativa de atos seria implementável, inviabilizando, pois, a retirada do ato. Por outros argumentos, chega à idêntica conclusão Fábio Barbalho Leite, para quem um critério de interpretação por analogia de um sem-número de preceitos legais que estabelecem prazos extintivos em face da Administração Pública, independentemente de qualquer perquirição acerca da boa-fé ou da má-fé de quem quer que seja, levaria à aplicação de tal quinquênio para a fixação de um limite temporal da invalidação mesmo de atos administrativos cujas invalidades sejam atribuíveis aos seus destinatários³⁶⁴. Em tal caso, entretanto, sugere o autor que o prazo teria termos iniciais de contagem articulados com regras de improbidade administrativa e com o próprio Código Civil, para que fosse contado não da prática do ato, mas de sua ciência. Clarissa Sampaio Silva, também considerando que o prazo extintivo deveria, mesmo em caso de má-fé do destinatário, ser quinquenal, assevera, nessa hipótese, que o prazo deveria correr

³⁶¹ “Como os cinco anos a que alude o art. 54 da Lei 9.784, de 29.1.1999, disciplinadora do processo administrativo, contempla apenas os casos em que não houve comprovada má-fé, ter-se-á de indagar: e naquel’outros em que houve comprovada má-fé? Estamos e quem, aí, não haveria remédio, salvo o de buscar analogia com o direito privado, a teor do art. 205 do Código Civil, isto é: 10 anos” (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de...*, p. 932).

³⁶² RAMOS, A valorização..., p. 90, nota 35. Cumpre salientar que o autor faz referência a um prazo vintenário em face de ser esse o prazo previsto como regra geral no Código Civil de 1916, sob a égide do qual o trabalho aqui referido foi elaborado.

³⁶³ FERRAZ, *Extinção de...*, p. 65.

³⁶⁴ LEITE, Fábio Barbalho. Rediscutindo a estabilização, pelo decurso temporal, dos atos administrativos supostamente viciados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 231, p. 101-104, jan./mar. 2003.

“a partir da descoberta da fraude, do ardil, da inequívoca ciência deste por parte da Administração”³⁶⁵.

Um outro grupo de autores, trilhando caminho contrário, aduz que, faltando qualquer dos elementos necessários para a aplicação do prazo decadencial da prerrogativa invalidatória da Administração Pública, a solução corresponderia à inexistência de qualquer prazo, podendo, pois, a Administração Pública anular o ato viciado a qualquer tempo, *ad aeternum*. Destacam-se, dentre tais autores Vladimir da Rocha França³⁶⁶ e Edílson Pereira Nobre Júnior³⁶⁷.

A questão apresenta-se, por certo, tormentosa. O entendimento pelo qual, mesmo na falta de algum dos requisitos do prazo decadencial (v.g. boa-fé do destinatário, ato ampliativo etc.), embasa sua orientação numa premissa pela qual a prescritibilidade – aqui entendida num sentido amplo, de existência de prazo extintivo – encontraria respaldo constitucional, de forma que a regra seria a existência de um prazo extintivo, não a sua inexistência. Tal premissa, trabalhada por brilhantes doutrinadores³⁶⁸, embora absolutamente apropriada na ordem jurídico-constitucional vigente, não tem o condão de determinar a conclusão proposta, qual seja, a de deveria haver a delimitação de um prazo para a Administração Pública invalidar seus atos viciados, mesmo quando houvesse agido o seu destinatário do ato de forma dolosa, ou que o ato em questão lhe fosse prejudicial.

³⁶⁵ SILVA, **Limites à...**, p. 124.

³⁶⁶ “Entendemos que em situações não abrangidas pelo art. 54, caput, da Lei n. 9.784/99, o exercício da potestade de invalidar é insuscetível de decadência”(FRANÇA, *Invalidação...*, p. 111).

³⁶⁷ “Dessarte, constatado que, para a produção do ato, contribuíra comportamento de má-fé, o elemento temporal resta impossibilidade para o fim de obstar a invalidação”. NOBRE JÚNIOR, **O princípio da boa-fé...**, p. 197.

³⁶⁸ Para um aprofundamento acerca do princípio da prescrição, recomenda-se a leitura de OSÓRIO, **Direito administrativo...**, 412-414. Vide, ainda, BARROSO, Luís Roberto. Prescrição administrativa: autonomia do

Dentre as – contrapostas – posições acima referidas, entende-se que a razão é portada pela segunda, ou seja, adere-se à orientação pela qual a falta de qualquer dos elementos exigidos – não necessariamente em regras positivadas, como já referido – induz à conclusão de que a potestade invalidatória da Administração Pública não poderia sofrer quaisquer limites temporais. Não sendo caso de decadência, então, é de se admitir a invalidação *ex officio* a qualquer tempo. O presente trabalho traz subjacente – o que se espera de modo nítido – uma defesa à aplicabilidade do princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo brasileiro. Tal empreitada, ademais, traz implicitamente a defesa de um operatividade de tal princípio num grau maior do que vem sendo reconhecido pelos tribunais pátrios. No entanto, a exagerada, descabida e, por que não dizer, forçosa aplicação de tal princípio levaria, inevitavelmente, ao enfraquecimento das linhas teóricas que lhe conferem supedâneo científico. Pretender a fixação de um prazo qualquer, como é o caso do previsto no artigo 205 do CC/02, o qual não tem qualquer relação com o instituto decadencial aqui analisado, não se mostra apropriado.

Não se pode perder de vista quais são as bases sobre as quais se coloca a fixação de um prazo decadencial como um instrumento de ponderação entre a legalidade e a proteção da confiança. Nesse sentido, não é permitido olvidar que a regra é a invalidação de atos inválidos e que a decadência é uma exceção, devendo justamente, porquanto isso, ser interpretada com cuidado. Isso significa dizer que, postos os requisitos para que se concretize tal prazo decadencial – repise-se que tais requisitos não precisam necessariamente de positivação legal –, somente se poderá falar em decadência se tais condições forem implementadas. Em sentido contrário, faltando um os elementos, impõe-se a invalidação, mesmo que transcorrido largo lapso temporal.

Demais disso, o próprio fundamento material do prazo decadencial em lume impõe tal conclusão. Ocorre que, como visto, o fundamento nuclear da decadência administrativa é justamente o princípio da proteção da confiança. Em face disso, tem-se que a presunção de legitimidade é um dos principais argumentos para a configuração do prazo decadencial, uma vez que é tal requisito que confere a legitimidade à confiança depositada no ato. Ora, de um lado, atos praticados com a má-fé ou o dolo do seu destinatário elidem por completo a “legitimidade” da confiança depositada por ele em relação ao ato que lhe é benéfico. Em outras palavras, se um destinatário se depara com a prática de um determinado ato administrativo que lhe produz efeitos benéficos, mas para cuja invalidade contribuirá determinadamente, não há de se falar em decadência. Diz-se que não é toda a confiança que merece proteção. Diz-se, ainda, que somente casos de confiança portadores de um elemento de “legitimação” é que seriam dignos de tutela jurídica. Ora, a confiança depositada por quem contribuir para a prática inválida de um determinado ato administrativo, por certo, não é digna de proteção.

Já em relação aos atos administrativos ablativos, assim compreendidos aqueles que produzem efeitos prejudiciais aos seus destinatários, também se apresenta singela a tarefa de se demonstrar a razão pela qual há de ser ilimitada temporalmente a invalidação administrativa. A questão pode sucintamente ser assim colocada: não se pode utilizar a proteção da confiança contra aquele que a depositou legitimamente. Se um ato foi praticado criando situações prejudiciais a um administrado, não pode a Administração Pública ter qualquer limite temporal para manter um determinado contra aquele que depositou a confiança no ato justamente porque a invalidação seria a tal administrado contrária.

D. Preservação total ou parcial dos efeitos de atos administrativos invalidados:

i. Considerações iniciais

No item supra, desatacou-se a fixação de um prazo decadencial para a prerrogativa invalidatória da Administração Pública como um importante instrumento de ponderação dos princípios da legalidade e da proteção da confiança. Não seria equivocado afirmar, pois, que tal prazo extintivo é um dos mais importantes mecanismos de concreção do princípio da proteção da confiança. Em efeito, o prazo decadencial analisado consiste num instituto jurídico pelo qual, uma vez implementados todos os requisitos (presunção de legitimidade, ser o ato ampliativo, estar o destinatário do ato de boa-fé e o decurso do prazo), a Administração Pública estará proibida de promover a invalidação de atos administrativos, posto que inválidos. Trata-se, portanto, de um instituto que protege em grau máximo a confiança depositada de forma legítima em atos praticados pela Administração Pública, na medida em que a coíbe de invalidar atos administrativos praticados à revelia da ordem jurídica. Cumpre salientar que, em tal caso, mantêm-se não somente os efeitos de tais atos administrativos, como o próprio ato administrativo, de sorte a preservá-lo também *pro futuro*, para que produza efeitos além daqueles que já produziu até quando da percepção de seu vício. É importante não ser olvidado que, no que tange à fixação de tal prazo decadencial, a tutela jurídica em questão protege a confiança depositada pelo “destinatário” do ato administrativo. Tal espécie de regra de concreção do princípio da confiança é, talvez, aquela pela qual os fundamentos teóricos do referido princípio se efetivam com maior clareza. No entanto, não é esse o único instrumento em que isso ocorre.

Em nome da proteção da confiança justificam-se outros instrumentos que concretizam tal princípio, mesmo que num grau menor³⁶⁹. Dentre esses instrumentos, um deve ser destacado neste ponto do trabalho, uma vez que também se apresenta relacionado com condutas administrativas inválidas. Trata-se da preservação dos efeitos jurídicos já produzidos em decorrência de atos administrativos inválidos. Em tais casos, não se preserva o ato administrativo *pro futuro* (efeitos pretéritos e efeitos futuros), como na decadência, mas se mantêm, ao menos, ou todos ou alguns dos efeitos que até então tal ato já produziu.

Como se disse em relação à prerrogativa invalidatória propriamente dita, a situação ordinária é justamente a invalidação de atos administrativos que padeçam de alguma invalidade. A fixação de um prazo decadencial, embora tratada e defendida em sua máxima potencialidade, em nenhum momento se esqueceu que consistiria isso numa exceção. Destinadas atenções à preservação de efeitos totais ou parciais produzidos por um determinado ato administrativo inválido, imperioso é o reconhecimento de uma inafastável premissa teórica, qual seja, a de que a invalidação de uma ação administrativa possui ordinária retroeficácia, ou seja, quando for o caso de se promover a invalidação de um determinado administrativo, a regra é a de que seja a invalidação apta à desconstituição dos efeitos jurídicos produzidos por tal ato viciado. Diz-se, assim, que a invalidação caracteriza-se por ser, em geral, *ex tunc*³⁷⁰.

Aproveitando-se, ainda, o paralelo proposto, tal como a decadência da prerrogativa invalidatória é excepcionada pelo prazo decadencial acima estudada, também a eficácia

³⁶⁹ A referência a um “grau menor” aqui empregada, tem como parâmetro a decadência da prerrogativa invalidatória, a qual, como se sustentou, concretiza a proteção da confiança em grau máximo.

³⁷⁰ Nesse sentido, dentre outros, cita-se ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 470; BANDEIRA DE MELLO, **Curso de...**, p. 426; CARVALHO FILHO, **Manual de...**, 1999, p. 106; DI PIETRO, **Direito...**, p. 226; FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 224; GASPARINI, **Direito...**, p. 103; MEIRELLES, **Direito...**, p. 204;

ordinariamente retroativa da anulação – administrativa ou judicial – de um ato administrativo apresenta-se excepcionável pela preservação não do ato propriamente dito, mas de alguns ou de todos os efeitos até então produzidos³⁷¹.

A questão poderia ser assim proposta: não se configurando hipótese em que a invalidação estaria, por alguma razão³⁷², obstada, deve-se promover a invalidação do ato, seja pelo Poder Judiciário, seja pela própria Administração Pública, porquanto perpetrado à revelia da ordem jurídica. A invalidação é acompanhada pelo seu ordinário efeito desconstitutivo de retirar do mundo jurídico os efeitos até então produzidos desde a prática viciada do ato. No entanto, tal eficácia desconstitutiva poderá ser, em nome da proteção da confiança, mitigada e até neutralizada, no sentido de que todos ou, ao menos, alguns dos efeitos até então produzidos sejam preservados. Trata-se, pois, de casos justificados no princípio em foco, nos quais a invalidação terá efeitos *ex nunc*. Cumpre, nesse momento, sistematizar as hipóteses em que tal limite à retroeficácia dos atos de invalidação será concretizado em face da proteção

MOREIRA NETO, *Curso de...*, p. 145; MUKAI, *Direito...*, 1999, p. 216; OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Revonar, 1997, p. 129.

³⁷¹ Nesse sentido, é possível fazer um paralelo do instrumento de concreção da proteção da confiança no que tange à preservação de efeitos pretéritos de atos administrativos invalidados, com a preservação de alguns efeitos de leis ulteriormente declaradas inconstitucionais. Cumpre recordar que a eficácia ordinária da declaração de inconstitucionalidade de um determinado diploma normativo é retroativa. Entretanto, a proteção da confiança, aí aplicável em seara não diretamente relacionada com o Direito Administrativo, mas com o Direito Constitucional, pode determinar que sejam preservados alguns efeitos produzidos pela lei declarada inconstitucional. Nesse sentido, a Lei nº 9.868/99, que trata do processo e do julgamento da ADIn e da ADC, prevê, em seu art. 27 que, “*ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*”. Do mesmo modo, o artigo 11 da Lei nº 9.882/99, que regulamenta a ADPF, dispõe que “*ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado*”. A propósito do tema, vide, por todos, ZAVASCKI, **Eficácia...**, p. 49-51.

³⁷² Além da decadência da potestade invalidatória, pode-se mencionar como óbice à invalidação, a convalidação do ato administrativo, quando o vício de que é portador se qualificar como defeito sanável. No direito posto no plano federal, vide o artigo 55 da Lei nº 9.784/99. No plano científico, vide, por todos, ZANCANER, **Da convalidação...**, 1996.

da confiança³⁷³. Com efeito, eficácia *ex nunc* da invalidação de atos administrativos pode ser vislumbrada de duas perspectivas: a) dos efeitos produzidos em favor dos terceiros de boa-fé; b) a dos efeitos produzidos em favor dos destinatários de boa-fé.

Em ambos os casos, um pressuposto pode e deve ser desde já considerado. Tal como na decadência administrativa da potestade anulatória da Administração Pública, o que torna a confiança “legítima” e, portanto, digna da proteção jurídica consubstanciada na preservação dos efeitos produzidos por um ato administrativo invalidado é, nuclearmente, a presunção de validade que caracteriza todos os atos administrativos. Nesse sentido, conveniente concordar com o ensinamento de Marçal Justen Filho, para quem, em face do princípio da proteção da confiança, os efeitos concretos de um determinado ato devem ser preservados, mesmo que esse seja invalidado³⁷⁴. Demais disso, uma outra semelhança há de ser reconhecida entre a decadência administrativa e a eficácia não retroativa da invalidação de atos, qual seja, o sentido que se dá à “boa-fé”. A respeito, cumpre salientar que a boa-fé exigida, seja pelos terceiros, seja em relação aos destinatários, significa que esses não tenham direta ou indiretamente dado causa à invalidade, isto é, significa que não tenham contribuído para o vício do ato administrativo.

³⁷³ Cumpre salientar que, na origem, a preservação de efeitos de atos invalidados estava fundamentada na “teoria da aparência”. Quer parecer que, sem ser alterada a conclusão, apresenta-se mais conveniente fundamentar-se tal instituto na proteção da confiança.

³⁷⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 269 ensina que “a questão dos atos administrativos inválidos vem sendo objeto de tratamento específico no direito europeu, envolvendo o chamado princípio da proteção da confiança. Se o Estado atribui a seus atos uma presunção de legitimidade e constrange os jurisdicionados a respeitar esses atos, a contrapartida inafastável é que os efeitos concretos desses atos sejam respeitados”.

ii. Proteção substancial da confiança e eficácia *ex nunc* da invalidação de atos administrativos em relação a terceiros não-causadores do vício

No que tange à eficácia *ex nunc* da invalidação em relação aos terceiros de boa-fé, a questão não se mostra tormentosa³⁷⁵. Mesmo que não se faça referência expressa à proteção da confiança, há abundante produção doutrinária e jurisprudencial acerca da preservação de efeitos em relação a terceiros de boa-fé. De início, é importante ser referido o que se entende por terceiro e o que se entende por destinatário.

Quando um determinado ato administrativo é praticado, produz, invariavelmente, “efeitos diretos ou típicos”, assim compreendidos aqueles que atingem direta e imediatamente determinadas esferas jurídicas. Os titulares de tais esferas jurídicas atingidas direta e imediatamente pelos efeitos produzidos por um determinado ato administrativo são considerados, em relação a esse ato, seus “destinatários”. Por exemplo, pode-se dizer que o destinatário de um ato administrativo de autuação fiscal é aquele que se caracteriza como responsável tributário, ou seja, aquele que terá, pela irregularidade cometida, a condição de autuado, o qual sofrerá diretamente os efeitos da autuação. Num outro exemplo, pode-se referir que o destinatário do ato administrativo de inativação do servidor público é o próprio servidor, o qual sofrerá imediatamente os efeitos de sua aposentadoria.

Ocorre que os atos administrativos também poderão produzir “efeitos reflexos”, assim compreendidos aqueles que derivam de um determinado ato, sem, contudo, fazê-lo de forma

³⁷⁵ Não seria equivocado afirmar que tal concepção da proteção da confiança, mesmo que tal princípio não tenha sido referido explicitamente, precede no direito pátrio todas as demais, inclusive a decadência administrativa.

direta. Aqueles que são atingidos por tais efeitos reflexos são os chamados “terceiros”³⁷⁶. Um exemplo apresenta-se, ao que parece, deveras elucidativo. Imagine-se um ato de nomeação de um servidor público para um determinado cargo de magistério público. O próprio servidor, no que tange a tal ato de chamamento, é o seu destinatário. Já os seus filhos, por conta da condição de dependentes para todos os efeitos no regime próprio de previdência, ou aqueles que vierem a ser seus alunos em face do exercício de suas atribuições docentes não serão destinatários do ato de nomeação, mas terceiros, uma vez que serão alcançados somente de forma indireta e mediata pelo ato administrativo de nomeação.

A questão primeiramente enfrentada diz respeito, pois, à preservação de efeitos jurídicos produzidos em favor de terceiros que não contribuíram para a invalidade que determinou a anulação de um determinado ato administrativo. Como já referido, a produção teórica acerca do tema é prodigiosa³⁷⁷. Em efeito, a doutrina brasileira anda num caminho em que reconhece plenamente a limitação à eficácia retroativa da invalidação de atos no que diz com os efeitos produzidos pelos terceiros que não deram causa à invalidade. Já nas lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello é possível encontrar passagem pela qual se tem que “embora de efeito retroativo, a declaração de nulidade ou da decretação da anulabilidade não

³⁷⁶ “Efeitos reflexos são aqueles que refletem sobre outra relação jurídica, ou seja, que atingem terceiros não objetivados pelo ato. Quer-se dizer: ao incidir sobre uma dada situação, o ato atinge outra relação jurídica que não era seu objetivo próprio. Os efeitos reflexos, portanto, são aqueles que alcançam terceiros, pessoas que não fazem parte da relação jurídica travada entre a Administração e o sujeito passivo do ato” (BANDEIRA DE MELLO, **Curso de...**, p. 356). A definição proposta acerca do que se deva considerar por “terceiros” é também encontrada em TALAMINI, Daniele Coutinho. **Revogação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 145-148 e também, no que parecer ser a origem, ao menos em solo pátrio, em NOVELLI, Flávio Bauer. Eficácia do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 61, p. 22-29, 1961.

³⁷⁷ Também no Direito Administrativo italiano, como noticia CARINGELLA, F; DELPINO, L.; DEL GIUDICE, F. **Diritto amministrativo**. 15. ed. Napoli: Simone, 1999, p. 533 para quem “l’atto di annullamento ha efficacia retroattiva: fa, cioè, venir meno l’atto annullato dal momento in cui fu emanato (ex tunc). Pertanto cadono anche gli effetti dell’atto annullato. Tuttavia vi sono dei limiti alla efficacia retroattiva dell’annullamento. È inammissibile che vengano pregiudicare le posizioni giuridiche dei terzi in buona fede e potrebbe inoltre essere impossibile eliminare taluni degli effetti prodotti dall’atto viziato (factum infectum fieri nequit)” .

envolve terceiros que, sem serem partes diretamente atingidas pelo ato nulo ou anulável, indiretamente receberam suas conseqüências”³⁷⁸.

Celso Antônio Bandeira de Mello segue o mesmo caminho ao afirmar que “os atos nulos e os anuláveis, mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos. Assim, por exemplo, respeitam-se os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé”³⁷⁹. O autor, ao tratar da questão, aponta, a título de exemplificação, a teoria do “funcionário de fato”, o que, de resto, ocorre com a maior parte da doutrina. Isso ocorre porque tal teoria, originada já no direito romano³⁸⁰ e amplamente reconhecida pela jurisprudência³⁸¹, apresenta-se perfeitamente aproveitável no que tange à eficácia *ex nunc* da anulação de atos administrativos em relação aos terceiros que não tenham contribuído para o vício de que o ato benéfico é portador. Em efeito, se uma pessoa não dotada de atribuição legal – originária ou derivada – para a prática de determinados atos, praticá-los, inegável a invalidade de tal ação estatal. Contudo, se tal pessoa guardar séria aparência de que deteria tal atribuição, os efeitos que favorecerem os terceiros que teriam motivos razoáveis para cogitar da competência de tal “funcionário de fato” hão de ser preservados em nome do princípio da proteção da confiança³⁸².

³⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 1., p. 658.

³⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, C., **Curso de...**, p. 438.

³⁸⁰ “*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 célere do que acabamos de afirmar esta 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 pretórica? 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*” (COUTO E SILVA, A., O princípio..., p. 275).

³⁸¹ Como importantes precedentes, são mencionados os seguintes: RE 78.209, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 04.06.1974; RE 78.447, Rel. Min. Thompson Flores, j. 20.08.1974.

³⁸² CALMES, **Du principe...**, p. 632-634.

Essa também é a opinião de Odília Ferreira da Luz de Oliveira, para quem “excepcionalmente, poderão ser mantidos os efeitos anteriores à anulação, relativamente a terceiros de boa-fé, no caso de atos praticados por agentes de fato, exceto os usurpadores”³⁸³. Aqui se faz conveniente compreender por que tal proteção aos terceiros de boa-fé não se concretiza quando, ao invés do ato ser praticado por um “funcionário de fato”, vem a sê-lo por intermédio de um usurpador. Quando se está diante de um usurpador de função pública, tal figura se apresenta absolutamente desprovida de qualquer razão externa para que se tenha, através de parâmetros objetivos e razoáveis, que seja detentor de função pública. Não há, pois, em relação ao usurpador qualquer plausibilidade quanto à plausibilidade de sua investidura. Nesse caso, fica singela a tarefa de se demonstrar por que não se faz aplicável a proteção da confiança depositada por aqueles que sofreram efeitos decorrentes do usurpador. Em tais casos, afigura-se tão flagrante a falta de plausibilidade da condição funcional que se neutraliza a presunção de legitimidade que caracteriza os atos administrativos em geral e que se apresenta como a “pedra de toque” que confere a legitimidade à confiança depositada. Justamente por tal razão é que não há de ser falar, no caso do usurpador, em proteção da confiança tal como se faz com o funcionário de fato, em que há plausibilidade quanto à condição funcional – em verdade, inexistente – de quem pratica o ato administrativo.

É importante ser referido, na esteira do que ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁸⁴, que a máxima “o que é nulo não produz efeitos” recebe temperamentos no Direito Administrativo, uma vez que “a existência do interesse público ressalva do alcance da anulação os efeitos que beneficiam terceiros de boa-fé, em relação da presunção de legitimidade. Não obstante a anulação declarada, tais efeitos são mantidos íntegros no mundo jurídico em atenção àqueles valores”.

³⁸³ OLIVEIRA, *Manual...*, p. 129.

³⁸⁴ MOREIRA NETO, *Curso de...*, p. 145.

Afigura-se conveniente, nesse passo, a exemplificação de alguns casos nos quais haveria, diante da invalidação de atos administrativos, a preservação de efeitos benéficos a terceiros que não contribuíram para a invalidade de tal espécie de ação estatal. O primeiro deles é aproveitado dos ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, envolvendo a hipótese de um agente investido ilegitimamente num determinado cargo de natureza fiscal. Nesse caso, “invalidada a investidura, produzindo efeitos em relação ao servidor e a Administração, nem por isso se deixará de validar a quitação obtida por contribuintes pelo pagamento de impostos feitos àquele servidor”³⁸⁵. Outro exemplo interessante, já referido para fins de demonstração da diferença entre terceiro e destinatário ou parte dos atos administrativos, é aquele do professor universitário que foi indevidamente investido no seu cargo de magistério. Não sendo caso de decadência ou de convalidação do vício que maculou tal ato de investidura, haverá de ser promovida a invalidação do ato administrativo em questão. Em termos gerais, costuma-se afirmar que deveriam todos os efeitos jurídicos produzidos por tais atos ser desconstituídos. Entretanto, os efeitos benéficos produzidos em relação aos seus alunos, que não deram causa ao vício do ato de investidura do seu professor e são, portanto, terceiros de boa-fé, *v. g.* as notas conferidas, o atestado de frequência e a aprovação da disciplina, deverão ser preservados, em razão da proteção da confiança.

Questão que pode se apresentar, aproveitando-se as hipóteses exemplificadas, diz respeito aos efeitos ablativos ou prejudiciais produzidos contra terceiros de boa-fé. Imagine-se, no primeiro exemplo, uma autuação imposta por um funcionário de fato ou, no segundo caso, a reprovação de um aluno pelo professor investido indevidamente no seu cargo. A solução de tal problema novamente se aproxima das idéias acima referidas acerca do prazo

³⁸⁵ CARVALHO FILHO, **Manual...**, p. 106, nota 94.

decadencial, outro instrumento de concretização do princípio da proteção da confiança. Em efeito, sendo a limitação à eficácia retroativa que se analisa justificada no princípio da proteção da confiança e tendo esta por pressuposto a boa-fé do terceiro, não se pode empregar, em termos imediatos, a sua boa-fé e, em termos mediatos, a confiança que o mesmo depositou no ato, de forma contrária aos seus interesses. Diante disso, os efeitos jurídicos de um determinado ato administrativo viciado que sejam prejudiciais a terceiros, quando de sua invalidação, deverão ser integralmente desconstituídos, uma vez que não se apresenta cabível utilizar-se a confiança legítima contra os interesses daquele que é o seu depositário. Dessa sorte, ainda utilizando os exemplos acima referidos, tem-se que, em relação ao agente de tributos investido indevidamente em seu cargo, a quitação de tributos por ele exarada há de ser preservada, mesmo que sua investidura seja ulteriormente anulada, ao passo que a autuação fiscal que recair sobre determinados contribuintes deverá ser desconstituída. Do mesmo modo, em relação ao professor identicamente investido de forma irregular em sua função pública, a aprovação que ele houver conferido aos seus alunos deverá ser mantida, mesmo que invalidada a sua investidura, ao passo que a reprovação de determinados alunos deverá ser invariavelmente desconstituída.

iii. Proteção substancial da confiança e eficácia *ex nunc* da invalidação de atos administrativos em relação a destinatários não-causadores do vício

De outra sorte, deve-se colocar em destaque a questão que diz respeito à preservação de efeitos em relação aos destinatários que estiverem de boa-fé. Em relação aos destinatários, que são partes direta e imediatamente interessadas nas relações jurídicas emergentes dos atos viciados, a questão não se apresenta tão uníssona quanto o é a matéria que pertine aos terceiros não causadores do vício. Cumpre salientar que o problema não é que seja negado aos destinatários idêntico tratamento que se comete aos terceiros. A situação, em verdade, não é de negação, mas de uma espécie de vácuo doutrinário e jurisprudencial acerca do tema. A doutrina, ao menos em termos gerais, não nega que se devam preservar efeitos de atos invalidados em relação aos destinatários de boa-fé; ela simplesmente não costuma tratar do assunto. Ocorre que, num trabalho que pretende tratar da proteção da confiança, não se pode deixar de promover o referido enfrentamento.

Um comentário preliminar há de ser feito, nesse passo. A questão ora evidenciada deve ser articulada com a questão da fixação de um prazo decadencial para a Administração Pública exercer a sua potestade anulatória, uma vez que esse instituto também se presta – fazendo-o essencialmente, inclusive – a tutelar a proteção da confiança depositada por um destinatário que não deu causa ao vício presente num determinado ato administrativo. Tal articulação é, de resto, singela. Isso porque a convivência entre, de um lado, a decadência administrativa e, de outro, a limitação da eficácia retroativa da anulação mostra-se harmonicamente, porquanto relacionados tais institutos através de um vínculo de subsidiariedade. Explica-se: se houver a implementação das condições necessárias para a decadência administrativa (presunção de legitimidade, ato benéfico, decurso do prazo e boa-fé do destinatário), essa será a tutela jurídica outorgada à confiança depositada pelo administrado, uma vez que se apresenta uma proteção maior. Falou-se numa maior proteção uma vez que a decadência, como já referido, protege não somente os efeitos pretéritos, mas

também e sobretudo, o próprio ato administrativo, inclusive numa eficácia *pro futuro*. Caso contrário, se não foram tais requisitos implementados, especialmente se não houver transcorrido tal prazo decadencial³⁸⁶, a invalidação do ato administrativo se impõe. Nesse caso, a proteção outorgada ao destinatário do ato administrativo invalidado consistirá não na preservação do ato – como ocorreria se a decadência houvesse se implementado –, mas numa proteção menor, consubstanciada na preservação dos efeitos que até então foram produzidos em favor de tal destinatário, o qual não contribuiu para a invalidade do ato administrativo.

Resumindo-se a proposição defendida, pode-se sistematizá-la do seguinte modo: a) se o destinatário de boa-fé de um ato inválido que produz efeitos que lhe são benéficos houver gozado de tais vantagens pelo prazo apto a ensejar a decadência, o ato simplesmente não será invalidado, preservando-se tanto os efeitos passados como a sua aptidão para a produção de efeitos futuros; b) não tendo sido implementado tal prazo decadencial, não se poderá falar em preservação do ato, mas, ao menos, os efeitos até então produzidos deverão ser mantidos, havendo a anulação, pois, em relação aos destinatários não causadores do vício, efeitos *ex nunc*.

Assim, sendo devida a invalidação de um determinado ato administrativo, impõe-se ao menos, que incida em grau menor a proteção da confiança depositada pelo destinatário não causador da invalidade para que os efeitos até então produzidos em favor de tais destinatários sejam mantidos. Não se pretende, nesse sentido, propor que um ato invalidado continue a produzir seus efeitos – o que ocorreria na decadência administrativa, obstativa da própria invalidação –, mas que os efeitos até então gerados pelo ato sejam mantidos. Tal conclusão, é

³⁸⁶ A falta de qualquer outro pressuposto, assim como inviabiliza a implementação da decadência, inviabilizará do mesmo modo a limitação à eficácia *ex tunc* da invalidação do ato administrativo. Se o ato portar consigo uma grosseira invalidade (v.g. o caso do usurpador acima referido), atenuando a presunção de legitimidade, ou

importante salientar, enfrenta, por certo, resistências, as quais, de resto, são encontradas em relação a todos os institutos justificados na proteção da confiança. A tradição de um emprego hipertrofiado da legalidade ainda é marcante no Direito Administrativo pátrio.

Embora o que normalmente se encontre na doutrina seja um silêncio sobre o assunto, há casos em que se nega a proteção aqui defendida em relação aos destinatários não causadores do vício do ato invalidado, qual seja, a preservação de efeitos que lhe são benéficos até a anulação. Hely Lopes Meirelles, por exemplo, assevera que somente terceiros de boa-fé, acima referidos, mereceriam tal proteção. Aduz que “somente os efeitos que atingem terceiros é que devem ser respeitados pela Administração; as relações entre as partes ficam desfeitas com a anulação, retroagindo esta à data da prática do ato ilegal e, conseqüentemente, invalidando seus efeitos desde então (*ex tunc*)”³⁸⁷.

Encontra-se o contraponto de tal concepção nas idéias – ao que parecem mais acertadas – de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual, numa confessada evolução de pensamento, mesmo em relação aos destinatários dos atos administrativo inválidos, que são partes diretamente envolvidas nas relações jurídicas emergentes dos atos invalidados, haveriam de se preservar os efeitos que lhe são benéficos quando não tenham sido causadores do vício, em razão da já referida “pedra de toque” da proteção da confiança, qual seja, da presunção de legitimidade, atributo que tem, dentre outros desdobramentos, o condão de transformar em “legítima” a confiança depositada em tais atos administrativos³⁸⁸.

se o destinatário houver contribuído para o vício intrínseco ao ato, ou, por fim, se o ato for prejudicial, em todos esses casos, estará inviabilizada a proteção ora evidenciada.

³⁸⁷ MEIRELLES, **Direito...**, p. 206.

³⁸⁸ “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. Com efeito, se os atos em questão foram obra do próprio Poder Público, se estavam, pois, investidos da presunção de veracidade e legitimidade que acompanha os atos administrativos, é natural que o administrado de boa-fé (até por não poder se substituir à Administração na qualidade de guardião da lisura jurídica dos atos por aquelas praticados) tenha agido na conformidade deles, desfrutando do que resultava de

É importante que seja dito, em defesa de limitação à retroeficácia da anulação também em relação a destinatários de boa-fé, que não haveria nenhum motivo plausível para se lhe negar tal tratamento, ao mesmo tempo em que se defende a proteção da confiança ao terceiro. A presunção de legitimidade, além de ser utilizável em favor da Administração Pública, será destinada aos terceiros que se beneficiam com efeitos reflexos do ato e, com maior razão ainda, aos seus destinatários não causadores do vício que enferma do ato. Nesse passo, se fosse possível mensurar a quantidade de confiança depositada numa determinada ação administrativa, singela seria a tarefa de se constatar que aquele que é diretamente destinatário de tal ato seria depositário de uma confiança maior, em comparação com o depósito de confiança que terceiros promoveriam em relação a tal ação estatal. Novamente se imaginando o exemplo já várias vezes referido, quem confia mais no ato de nomeação inválida de um professor num determinado cargo público? O próprio servidor público que não deu causa à invalidade ou os terceiros, por exemplo, os seus dependentes ou seus alunos? Ora, é incontroverso que é o próprio destinatário quem mais confia no ato administrativo para cuja invalidade não teve qualquer participação. Dessa forma, seria absolutamente incongruente que se blindassem os efeitos produzidos em favor de terceiros em relação à desconstituição decorrente da invalidação, como é amplamente reconhecido na doutrina, e, ao mesmo tempo, se negasse tal blindagem àqueles que mais interesse e confiança guardam em relação ao ato administrativo viciado.

tais atos. Não há duvidar que, por terem sido invalidamente praticados, a Administração – com ressalva de eventuais barreiras à invalidação, dantes mencionadas – deva fulminá-los, impedindo que continuem a desencadear efeitos; mas também é certo que não há razão prestante para desconstituir o que se produziu sob o beneplácito do próprio Poder Público e que o administrado tinha o direito de supor que o habilitava regularmente. Assim, v.g., se alguém é nomeado em consequência de concurso público inválido, e por isto vem a ser anulada a nomeação dele decorrente, o nomeado não deverá restituir o que percebeu pelo tempo que trabalhou. Nem se diga que assim há de ser tão-só por força da vedação do enriquecimento sem causa, que impediria ao Poder Público ser beneficiário do uso de um bem público e mais tarde vem-se a descobrir que a permissão foi invalidamente outorgada. A invalidação deverá operar daí para o futuro. Descaberia eliminar retroativamente a permissão; isto é, o permissionário, salvo se estava de má-fé, não terá que

Mesmo que timidamente, tal orientação já pode ser encontrada nos tribunais pátrios, notadamente no Superior Tribunal de Justiça. Num primeiro caso³⁸⁹, discutiu-se a possibilidade de levantamento dos saldos vinculados a contas de FGTS em casos de contratos de trabalhos e, em sua origem, de atos de investidura eivados de invalidez decorrente de inobservância ao disposto no artigo 37, II, da CF/88³⁹⁰. Deu-se, na ocasião, a contratação de empregados públicos sem a precedente realização de concurso público, afrontando-se o já referido artigo 37, II, da CF, com o que se fez incidir um preceito constitucional – que comprova a exagerada condição analítica da Carta Política – que determina a nulidade de contratações como essa (artigo 37, § 2º, da CF/88³⁹¹). Diante disso, entendia a Administração Pública que a contratação irregular de tais empregados públicos haveria de portar eficácia retroativa total, no sentido de inviabilizar, inclusive, que os destinatários de tal ato de provimento pudessem então movimentar suas contas de FTGS. O STJ entendeu, no entanto, que tudo o quanto houvesse sido produzido de efeitos benéficos em favor dos destinatários dos atos administrativos viciados de provimento, uma vez que eles não teriam contribuído para a invalidez de tais atos, deveria ser mantido. Da ementa do Recurso Especial nº 326.676 extrai-se que “a declaração de nulidade de contrato de trabalho, por inobservância do art. 37, II, da CF/88 (ausência de concurso público), gera efeitos *ex nunc*, resultando para o empregado o direito ao recebimento dos salários e dos valores existentes nas contas vinculadas ao FGTS sem seu nome”.

devolver tudo o que lucrou durante o tempo em que descurtou da permissão de uso do bem” (BANDEIRA DE MELLO, C., *Curso de...*, p. 439).

³⁸⁹ REsp. 284.250, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 04.09.2001 e REsp. 326.676, Rel. Min. José Delgado, j. 11.12.2001.

³⁹⁰ “Art. 37, II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Um outro caso, mais recente, é ainda mais elucidativo. Trata-se do Recurso Especial nº 488.905³⁹², no qual a questão apreciada poderia ser assim sumarizada: um grupo de servidores percebeu indevidamente, por conta de uma interpretação equivocada de preceitos legais, uma vantagem pecuniária. Reconhecido o equívoco interpretativo que havia levado à prática de atos inválidos, porquanto dotados de objetos contrários à ordem jurídica, restou determinado que se lhes descontassem em folha os valores indevidamente percebidos. Tal grupo de servidores, então, pleiteou em sede de mandado de segurança fosse a autoridade coatora compelida a não promover o referido desconto. Após tramitação processual, o STJ manteve decisão do tribunal de origem, determinando que fosse preservada a percepção do que havia sido percebido até o momento em que se dera a anulação dos atos concessórios. Cumpre salientar que o núcleo argumentativo contido em tal decisão não foi o enriquecimento sem causa (inaplicável na espécie) nem o caráter alimentar e irrepetível de tais verbas. O fundamento principal da decisão foi a boa-fé dos destinatários do ato e, portanto, a confiança que os servidores depositaram na conduta administrativa que lhes concedeu indevidamente uma vantagem – o que se constatou ulteriormente – para cujo vício não haviam contribuído, porquanto resultante de uma má interpretação da lei. Retira-se da ementa de tal aresto que “ante a presunção de boa-fé no recebimento da Gratificação em referência, descabe a restituição do pagamento indevido feito pela Administração em virtude de errônea interpretação ou má aplicação da lei”³⁹³.

³⁹¹ “Art. 37, § 2º - A não observância do disposto nos incisos II e III implicará a nulidade do ato e a punição da autoridade responsável, nos termos da lei”.

³⁹² REsp. 488.905, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 17.08.2004.

³⁹³ Tal decisão põe em relevo interpretação que vem sendo dada a questões como essa junto ao Tribunal de Contas da União. Em efeito, tal Corte de Contas editou a Súmula 106, pela qual “o julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica, por si só, a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente”. Posteriormente, o TCU editou a Súmula 235, segundo a qual “os servidores ativos e inativos, e os pensionistas, estão obrigados, por força de lei, a restituir ao Erário, em valores atualizados, as importâncias que lhes forem pagas indevidamente, mesmo que reconhecida a boa-fé, ressalvados apenas os casos previstos na Súmula 106 da Jurisprudência deste Tribunal”. Ocorre que, em decisões mais recentes (Acórdãos 311/2002, 454/2003, 674/2003, dentre outras decisões), o TCU vem entendendo por bem relativizar o teor da Súmula 235, para dispensar o ressarcimento de valores indevidamente percebidos por servidores em casos não abarcados pelo enunciado da Súmula 106, desde que implementadas as seguintes condições: a)

Com isso, defende-se que, sendo caso de invalidação, a mesma proteção que se outorga a terceiros não causadores do vício que determina a invalidação de um determinado ato administrativo há de ser concedida também, e ainda com maior razão, aos destinatários de um determinado ato administrativo viciado, se esse não houver contribuído ou causado tal invalidade.

Cumprе salientar, nesse sentido, que talvez um dos primeiros preceitos legais estabelecidos para a concreção do princípio da proteção da confiança, prevê justamente a preservação de efeitos decorrentes de condutas administrativas inválidas. Trata-se do artigo 59, § único, da Lei nº 8.666/93³⁹⁴, pelo qual invalidado um contrato administrativo por vício que lhe seja intrínseco ou por vício no processo licitatório (artigo 49, § 2º, da Lei nº 8.666/93), deverá ser o contratado não causador da invalidade indenizado “pelo que este houver executado até a data em que ela [a invalidade] for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável”³⁹⁵. Em tal preceito legal, apresenta-se cristalina a idéia que se pretende relacionar com proteção da confiança, no que

existência de razoável dúvida quanto à correta aplicação da norma; b) boa-fé dos envolvidos; c) decurso de lapso temporal significativo de percepção indevida dos valores. Acredita-se mesmo a mais atual das posições do TCU que ainda não se apresenta consentânea com o princípio da proteção da confiança. Em efeito, quer parecer que se deve dispensar o elemento “dúvida razoável sobre a correta aplicação da lei”, em face do atributo da presunção de validade dos atos administrativos, além de ser também dispensável o requisito temporal. Não se pode confundir, no caso, a decadência administrativa acima tratada, que reclama o decurso de um determinado prazo e que significará impossibilidade de extinção do ato, com a manutenção dos efeitos jurídicos produzidos em favor de destinatários não causadores do vício, para o que não se faz necessário o decurso de qualquer lapso temporal.

³⁹⁴ Esse preceito legal não difere daquele previsto no artigo 49, § único, do Decreto-Lei nº 2.300/86, que regravava, antes da Lei nº 8.666/93, a matéria pertinente a licitações e contratos administrativos.

³⁹⁵ Tal regra, ademais, encontra ampla concordância na doutrina, como se depreende de MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 231, pelo qual “*como o ato nulo não produz efeitos jurídicos válidos, também o contrato nulo não gera direitos e obrigações entre as partes, pois a nulidade original impede a formação de qualquer vínculo contratual eficaz entre os pretensos contratantes, só deixando subsistir suas conseqüências em relação a terceiros de boa-fé. Mas mesmo no caso de contrato nulo pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados ou dos fornecimentos feitos à Administração, uma vez que tal pagamento não se funda em obrigação contratual, e sim no dever moral de indenizar toda obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, ainda que sem contrato ou com contrato nulo, porque o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular*”

tange não à proibição – por decadência ou convalidação – de anular uma conduta viciada, mas à preservação de alguns efeitos produzidos em favor de terceiros não causadores da invalidade. É importante recordar que o artigo 59, *caput*, da Lei n° 8.999/93 prevê expressamente que a anulação de um determinado contrato administrativo possuiria efeito retroativo, “impedindo os efeitos jurídicos que ele [o contrato], ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos”. Tal retroeficácia ocorreria, entretanto, em princípio, na medida em que os efeitos patrimoniais decorrentes da execução do contrato em favor do contratado não causador do vício haveriam de ser preservados, reconhecendo-lhes a pretensão indenizatória³⁹⁶. É conveniente salientar que, no caso em que o contratado deu causa à invalidade, não poderá esse se valer do princípio da proteção da confiança para assegurar o direito subjetivo de ser indenizado pelo que já houver realizado ou por outros prejuízos. Nesse caso, entretanto, é possível encontrar julgados no STJ reconhecendo o dever da Administração Pública indenizar os contratados em face de prejuízos decorrentes de contratos nulos, ainda que o vício lhes seja atribuível. Nesse caso, como dito, não há de se falar em proteção da confiança, uma vez que não se pode outorgar tutela jurídica, em nome da confiança depositada, se o depositante deu causa à invalidade³⁹⁷. Embora criticável tal fundamento teórico, justifica-se o dever da Administração Pública de indenizar o contratado causador da invalidade do contrato administrativo no óbice ao enriquecimento sem causa da

sem a correspondente indenização”. O referido “dever moral”, ao que parece, possui direta relação com a confiança depositada pelo contratado no contrato administrativo cuja invalidade não se lhe possa atribuir.

³⁹⁶ Para uma relação entre o preceito em análise – artigo 59, § único, da Lei n° 8.666/93 – e o princípio da proteção da confiança, bem assim para uma interpretação constitucional do que sejam os prejuízos indenizáveis, vide COUTO E SILVA, A., Responsabilidade..., p. 163-171.

³⁹⁷ Do REsp. 408.785, Rel. Min. Franciulli Neto, j. 05.06.2003 extrai-se a seguinte passagem: “*Do exame dos dispositivos legais acima transcritos, conclui-se que a anulação da licitação, com a conseqüente nulidade do contrato, opera efeitos ex tunc. No entanto, a Administração deve indenizar a empresa contratada pela execução de etapas das obras ajustadas até a data em que declarada a nulidade, ainda que a anulação do contrato tenha ocorrido por utilização de documento fraudado pela empresa, como na hipótese em exame. Com efeito, recebida a prestação executada pelo particular, não pode a Administração se locupletar indevidamente e, com fundamento na nulidade do contrato, requerer a devolução de valores pagos por obras já realizadas, o que configuraria violação ao próprio princípio da moralidade administrativa. Como bem salientou a Corte de origem, ‘concordar com esta hipótese é permitir à Administração enriquecer-se ilicitamente, dado que se beneficiou da execução das obras sem necessitar despende um único centavo em troca’”.*

Administração Pública³⁹⁸. O melhor, em tais circunstâncias, parece ser a previsão de uma pena de perdimento em favor da Administração Pública, o que atualmente não se mostra adequado em razão da inexistência de preceito legal que preveja explicitamente tal caso de punição³⁹⁹.

De qualquer modo, não se pode negar que o artigo 59, § único, da Lei n° 8.666/93 trata-se de uma regra legal que prevê explicitamente a limitação à eficácia retroativa da invalidação de condutas administrativas em relação a destinatários não causadores do vício, tal como aqui se destaca enquanto hipótese de concretização do princípio da proteção da confiança.

iv. Eficácia ordinária não retroativa da anulação em relação a terceiros e destinatários não causadores do vício intrínseco ao ato invalidado

Diante de tudo quanto se asseverou acerca dos limites à eficácia retroativa da invalidação de condutas administrativas, revela-se importante ser frisado que se está a defender, em termos gerais, uma verdadeira nova leitura a propósito dos efeitos da invalidação administrativa ou judicial⁴⁰⁰ de atos administrativos, a qual é possível em face do

³⁹⁸ Em situações em que o contrato causa o vício contido no contrato administrativo, não se revela apropriado, *per se*, o emprego do princípio do enriquecimento sem causa. No entanto, para maiores aprofundamentos sobre o tema, vide: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 210, p. 25-35, out./dez. 1997. e BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O enriquecimento injusto como princípio geral do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 210, p. 37-83, out./dez. 1997.

³⁹⁹ Consabido que não se pode criar, por interpretação analógica ou extensiva, hipóteses de punição. Vide, por todos, MAXIMILIANO, **Hermenêutica...**, p. 322.

⁴⁰⁰ Importante salientar que não há nenhuma razão para que se trate de outro modo a questão, se se tratar de invalidação judicial de ato administrativo.

princípio da proteção da confiança, mesmo que não haja positividade explícita de regras legais que a sustente⁴⁰¹.

Costuma-se encontrar na doutrina que a invalidação de atos administrativos operaria efeitos retroativos (*ex tunc*), ressalvados os efeitos produzidos em relação a terceiros de boa-fé. Propõe-se uma importante extensão à ressalva, para nela incluir também a preservação dos efeitos em favor dos destinatários não causadores do vício, ou seja, está se afirmando que a anulação teria efeitos *ex tunc* somente em relação a destinatário e terceiros que estivessem de má-fé, e efeitos *ex nunc* em relação a todos – terceiros e também destinatário – que não houvessem contribuído para a invalidade. Portanto, em nome da proteção da confiança, defende-se uma verdadeira inversão da posição da regra (ser retroativa a anulação) para uma posição excepcional, na medida em que a regra passaria a ser a preservação do efeitos produzidos em favor de todos quantos fossem os beneficiados (terceiros ou destinatários) do ato que estivessem de boa-fé, que, é conveniente não ser olvidado, apresenta-se presumida.

⁴⁰¹ Não se nega a conveniência de preceitos legais que “esclareçam” tão-somente tal postura interpretativa, nos moldes do que acontece com o já referido artigo 59, § único da Lei n° 8.666/93 e com o artigo 61, da Lei Estadual n° 10.177/98, do Estado de São Paulo, pelo qual “*invalidado o ato ou o contrato, a Administração tomará as providências necessárias para desfazer os efeitos produzidos, salvo quanto a terceiros de boa-fé, determinando a apuração de eventuais responsabilidades*”. Esse elogiável preceito peca exclusivamente por não referir explicitamente acerca da proteção em lume, em relação aos destinatários do ato.

Capítulo 5: Aplicabilidade do princípio da proteção da confiança e preservação de condutas administrativas válidas indutoras de expectativas legítimas

A. Considerações gerais

A proteção da confiança, como já referido em inúmeras oportunidades, vem sendo normalmente utilizada em hermenêutica de ponderação com a legalidade administrativa, para fins de preservar condutas administrativas inválidas ou, pelo menos, para a manutenção de efeitos jurídicos decorrentes de comportamentos administrativos invalidados judicial ou administrativamente. Tais questões foram objeto do capítulo anterior.

Ocorre que, por mais surpreendente que pareça, a operatividade do princípio da proteção da confiança não merece a mesma atenção quando se trata de condutas administrativas que tenham sido perpetradas de modo compatível com a ordem jurídica, ou seja, não se encontra, ao menos de modo profuso, uma abordagem acerca da proteção da confiança em tema de condutas administrativas válidas. Tal realidade causa espécie.

Em efeito, o princípio da proteção da confiança consiste em casos em que a confiança depositada por alguém merecerá proteção – tutela – jurídica, em função de algum elemento que a torne legítima. Ora, nos casos de condutas administrativas viciadas, a legitimidade da confiança depositada nos atos administrativos se fundamenta na presunção de validade que qualifica todas as formas de atuação estatal. Assim, mesmo que a conduta não seja ela mesma legítima, a confiança que nela foi depositada há de ser qualificada como tal, porquanto não se

pode exigir dos administrados destinatários ou terceiros em relação a tais atos que deles desconfiem. Ao contrário, há uma espécie de induzimento a que todos quantos forem alcançados pelas mais variadas formas de atividade pública nelas depositem a confiança. Diante disso, extraem-se dessa confiança legitimamente depositada como conseqüências possíveis a preservação do próprio ato inválido ou a preservação de parte ou da totalidade de seus efeitos.

Se assim ocorre, *a fortiori*⁴⁰², como maior razão ainda, há de se aplicar a proteção da confiança em relação a condutas administrativas válidas. Isso porque, sendo a própria ação válida, a confiança nela depositada, invariavelmente, deverá ser considerada legítima, sem a necessidade de uma espécie de mediatização oriunda da presunção de legitimidade. Em outras palavras, nas condutas inválidas, a conduta é ilegítima, mas a confiança nela depositada é legítima em razão da presunção de legitimidade, ao passo que, nas condutas administrativas válidas, sendo esta legítima, quaisquer manifestações de confiança depositadas em tais condutas deverão ser necessariamente consideradas legítimas.

Ocorre que é muito pequena a preocupação doutrinária acerca da aplicabilidade da proteção da confiança em relação às ações administrativas válidas. Tal é o enfrentamento que se pretende realizar no presente capítulo, seja no que tange aos limites materiais e temporais à extinção de condutas administrativas válidas, seja nas conseqüências decorrentes de promessas oriundas do Poder Público.

⁴⁰² Para uma breve noção do argumento *a fortiori*, vide: PERELMAN. Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução Vergínia K. Pupí. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 76-78.

B. Proteção substancial da confiança e limites à temporais à revogação de atos administrativos

i. Notas preliminares

Tema extremamente importante no Direito Administrativo, que, no entanto, não vem recebendo a atenção merecida consiste na extinção de atos administrativos válidos, notadamente através do instituto da “revogação”⁴⁰³. Demais disso, os poucos – mas louváveis⁴⁰⁴ – trabalhos desenvolvidos não possuem, ao menos em termos gerais, um enfrentamento teórico da matéria que se apresente claramente consentâneo com o princípio da proteção da confiança. Tal é o desiderato que se pretende cumprir nesse momento, ou seja, deseja-se analisar a revogação de atos administrativos de uma perspectiva do princípio da proteção da confiança⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Não se enfrentam, propositalmente, outros modos de extinção de condutas administrativas válidas, tais como a cassação, a caducidade, a contraposição, etc, uma vez que não têm, ao menos de modo direto, problemas que se relacionem com a proteção da confiança. Por todos, vide: BANDEIRA DE MELLO, C., **Curso de...**, p. 407-410.

⁴⁰⁴ Pouco se tratou da matéria no Direito Administrativo brasileiro, embora se a tenha tratado de modo primoroso, razão pela qual alguns trabalhos devem ser, por tal razão, louvados: FAGUDES, Revogação... 1945; CAMPOS, Francisco. Ato administrativo – revogação – competência – reconhecimento de direitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 23, 1951; MARQUES, José Frederico. A revogação dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 39, 1955; ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. Revogação dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 56, 1959; REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1968; GRINOVER, Ada Pellegrini. Revogação e anulação dos atos administrativos pela própria Administração. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 21, 1972; COSTA MANSO, Paulo da. Revogação dos atos administrativos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 31, 1974; CAMPAZ, Walter. **Revogação dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983; FIGUEIREDO, Lucia Valle. Revogação dos atos administrativos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 67, 1983; SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 79, 1986; TALAMINI, **Revogação...**

⁴⁰⁵ Dessa forma, há de ser dito que não se pretende aprofundar o instituto da revogação propriamente dita, o que, cumpre salientar, já foi feito em trabalhos específicos sobre o tema. Muito do que se mencionará acerca de tal instituto jurídico deverá ser considerado, portanto, pressuposto.

De início, para que seja viável tal abordagem, devem ser ressaltadas algumas características da revogação, enquanto modo extintivo de atos administrativos. O primeiro caractere a ser considerado consiste no fato de que a revogação é incontrovertidamente a extinção de atos administrativos válidos, que se dá não por motivos de invalidade, mas por razões de conveniência e oportunidade⁴⁰⁶. Isso significa afirmar que a revogação pressupõe que o ato revogando seja um ato administrativo que não padeça de nenhum vício, seja no plano da existência, seja no plano da validade, seja, por fim, no plano da eficácia.

A segunda característica destacada no que tange à revogação de atos administrativos diz respeito à sua natureza não retroeficiencial. Com efeito, ao contrário do que ocorre na anulação, que terá efeitos retroativos no que tange a destinatários e terceiros causadores da invalidade, a revogação em hipótese alguma terá eficácia retroativa, justamente porque se trata de extinção de atos administrativos perfeitos, válidos e eficazes. Faz-se incidir, pois, a proteção constitucional insculpida no artigo 5º, XXXVI, da CF, preservando-se todos os efeitos do ato administrativo revogado. Tem-se, em razão do asseverado, a viabilidade jurídica de aquisição de direito em face de efeitos decorrentes de atos administrativos ulteriormente revogados, com a garantia de preservação de tais direitos adquiridos⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ Cumpre ser dito que, atualmente, a doutrina, a legislação e a jurisprudência brasileiras tratam da revogação de atos administrativos, especialmente em sua comparação com a anulação ou invalidação, com uma clareza e sistematização que não se encontram em outros países. Em termos gerais, a revogação e a anulação distinguem-se por vários aspectos, claramente apontados, quais sejam: a) o fundamento jurídico (a revogação por motivos de conveniente e oportunidade e a anulação por motivos de invalidade); b) os legitimados (a revogação enquanto competência exclusiva da Administração Pública enquanto que a anulação pode ser promovida tanto pela Administração Pública quanto pelo Poder Judiciário); c) natureza quanto ao regramento (a natureza discricionário da revogação em confronto com a natureza vinculada, com exceções já referidas, da anulação); d) efeitos (não-retroativos na revogação e retroativos, como regra, na anulação). Já em meado do século passado, o STF assentou tais diferenças, por exemplo, no RE. 27.031, Rel. Min. Luiz Gallotti, j. 20.06.55.

⁴⁰⁷ Tal é o teor a Súmula 473, do Supremo Tribunal Federal e do artigo 53 da Lei nº 9.784/99, aplicável em âmbito federal. Um exemplo elucidada essa característica: imagine-se um determinado ato administrativo que regulamente, de forma válida, os critérios de promoção por merecimento de servidores públicos de uma determinada carreira funcional. Imagine-se, ainda, que um determinado servidor público restou devida e validamente promovido por merecimento justamente em razão dos critérios dispostos no ato normativo acima mencionado. Imagine-se, por fim, que o referido ato normativo que dispõe sobre os critérios de promoção por merecimento venha a ser revogado. Em tal caso, tal revogação operará tão-somente efeitos para o futuro (*ex*

Diante de tais considerações – a de que a revogação é forma extintiva de atos administrativos válidos e que, por tal motivo, seus efeitos não são retroativos –, deve-se ter que, em relação à proteção da confiança, tal princípio não terá a presunção de validade do ato como fonte, ou seja, como base necessária, uma vez que não só se presume válida a conduta administrativa em questão como tal presunção apresenta-se confirmada. Em outras palavras, já acima pronunciadas, a proteção da confiança em relação a atos administrativos válidos fundamenta-se em supedâneo ainda mais sólido do que nos casos de comportamentos administrativos viciados, uma vez que a validade não só é presumida como é, em tal caso, efetiva.

De outra banda, não é necessário empregar a proteção da confiança como um “novo” argumento com vistas à justificação da eficácia não retroativa da revogação. A proteção da confiança justifica, por óbvio, a ausência de eficácia retroativa da revogação, mas tal característica, por intermédio de outros fundamentos, já era reconhecida pela totalidade das pessoas que tratam ou trataram do tema.

Tais considerações, no entanto, não induzem à conclusão de que a proteção da confiança deva ser considerada absolutamente estranha às atuais preocupações relacionadas com a revogação de atos administrativos. Dessa forma, duas questões devem ser colocadas em destaque no que tange às incidências da proteção da confiança em relação à extinção de atos

nunc), de sorte que a partir da revogação o ato revogado deixará de surtir efeitos, mas os efeitos até então produzidos (v.g. as promoções por merecimento regularmente ocorridas) deverão ser obviamente preservadas sob pena de se ocasionar flagrante ferimento ao disposto no artigo 5º, XXXVI, da CF/88, ou seja, um servidor que tenha sido regularmente promovido não perderá tal condição pelo simples fato de que o ato de promoção restou embasado validamente em um ato administrativos válido ulteriormente revogado.

administrativos válidos. A primeira diz respeito à existência de eventuais limites temporais à revogação⁴⁰⁸.

ii. Prazo decadencial e potestade revogatória

A questão da limitação de prazo para o exercício da prerrogativa revogatória da Administração Pública não vem merecendo a mesma atenção destinada à decadência da potestade anulatória do Poder Público. Como já referido, tal realidade surpreende.

Em linhas gerais, a doutrina trata da revogação – forma extintiva fundamentada em motivos de conveniência e oportunidade – sem fazer nenhuma referência à estipulação de limites temporais para que a Administração Pública exerça tal prerrogativa. Aliás, quando se trata expressamente de tal questão, a doutrina pátria tende a concluir pela imprescritibilidade da competência revogatória. Com efeito, embora exista quem entenda que a falta de preceitos legais pertinentes à limitação temporal da revogação não poderiam induzir pura e simplesmente à imprescritibilidade⁴⁰⁹, a maior parte dos autores nacionais entende que há a possibilidade de revogação a qualquer tempo⁴¹⁰, porquanto implícita e imanente à função de

⁴⁰⁸ A questão da oitiva prévia dos beneficiários de atos administrativos, como requisito à revogação – tal como à anulação, já acima mencionada – apresenta-se como uma proteção formal às expectativas extremamente relevante. Todavia, por não se tratar de uma perspectiva substancial da proteção da confiança, exorbita as preocupações do presente trabalho. De qualquer forma, vide: JUSTEN FILHO, **Curso de...**, p. 275 e TALAMINI, **Revogação...**, p. 223-229.

⁴⁰⁹ FIGUEIREDO, **Curso de...**, p. 93.

⁴¹⁰ Há inclusive, nesse sentido, preceitos legais que estabelecem que a revogação poderia ocorrer a qualquer tempo, como é o caso do artigo 123, § 1º, da Lei nº 9.742/97. Essa regra legal, como todas as demais que dispõe tal irrestrita e ordinária ilimitação temporal para a revogação de atos administrativos, ao menos em relação aos atos administrativos ampliativos, apresenta-se inconstitucional por infringência ao princípio da proteção substancial da confiança.

administração pública⁴¹¹. Há ainda quem sugira posição intermediária, como a proposta por Daniele Coutinho Talamini, pela qual “de maneira geral, a revogação é insuscetível de decadência, mas fica atrelada às limitações próprias da competência para prover sobre a situação ou, ainda, por ter prazo fixado por lei para a sua prática”⁴¹².

A questão, ao que parece, merece aprofundamento. Ao contrário da palavra, um ato administrativo, uma vez praticado, não pode “voar” irrevogável para todo o sempre⁴¹³. Não se trata, de um lado, de afirmar que a revogação teria limites tão rigorosos que não a viabilizariam, mas, de outro, não se pode concluir que a prerrogativa revogatória deva ser considerada perpétua. Do mesmo modo, por uma questão de coerência em relação ao que já se disse sobre a limitação prazal da anulação, não parece apropriado condicionar a fixação de um prazo decadencial tão-somente aos casos em que isso esteja literalmente previsto em textos legais.

Em efeito, em nome da estabilização das relações jurídicas⁴¹⁴, preocupação nuclear do princípio da proteção da confiança, grande parte dos autores brasileiros aponta, com razão, alguns limites à prerrogativa revogatória da Administração Pública. Lembre-se, nesse passo, que não há de se falar em revogação pelo Poder Judiciário no exercício de sua atividade típica, ou seja, jurisdicional. Por óbvio, o Poder Judiciário – e também o Poder Legislativo – poderá revogar os seus próprios atos administrativos quando estiverem obrando em função atípica de administração. De qualquer modo, pode-se afirmar que a revogação de atos administrativos, por ser fundamentada em razões de conveniência e oportunidade,

⁴¹¹ MEIRELLES, **Direito...**, p. 200.

⁴¹² TALAMINI, **Revogação...**, p. 94-95.

⁴¹³ “*Et semel emissum volat irrevocabile verbum*” (Horácio, Epístolas, I, 18,71).

⁴¹⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 200.

corresponde a uma prerrogativa exclusivamente atribuída à Administração Pública. Tal competência, entretanto, possui limites.

Diante disso, haveria atos administrativos irrevogáveis⁴¹⁵. Embora não se possa encontrar, de modo pacífico, uma enumeração de quais seriam os atos administrativos cuja revogabilidade se apresentaria inviabilizada, aliás, como de resto muitos outros temas relativos aos atos administrativos, algumas das espécies de atos administrativos irrevogáveis costumam se repetir⁴¹⁶, razão pela qual serão essas utilizadas aqui como exemplos.

Dentre tais espécies, pode-se mencionar, com destaque, a irrevogabilidade dos *atos administrativos vinculados*, enquanto possuírem tal condição. Tais atos administrativos são decorrentes de regras de atribuição de competência vinculada, assim compreendida aquela que se apresenta estrutura de modo a ter para a concreção de uma determinada hipótese legal uma única forma válida de atuação administrativa. Assim, trata-se de uma competência para cujo exercício o administrador não perquire qualquer apreciação de conveniência e oportunidade, razão pela qual não se pode empregar tal fundamento para os efeitos de pôr cabo ao referido ato. Outro exemplo de ato irrevogável são os *atos administrativos enunciativos* ou *meros atos administrativos*, os quais são dotados de efeitos declaratórios. Não se poderia cogitar de ser uma declaração oriunda da Administração Pública extinta por motivos de conveniência e oportunidade. Também não se poderia promover a extinção de *atos administrativos já exauridos* ou simplesmente *já extintos*. Tal irrevogabilidade, cumpre salientar, decorre de duas características básicas da revogação, quais sejam, a de que a

⁴¹⁵ A questão da eventual pretensão indenizatória decorrente da necessidade administrativa de extinção de atos irrevogáveis – que se enquadraria na noção de proteção compensatória das legítimas expectativas –, embora importante, exorbita da delimitação temática do presente trabalho.

⁴¹⁶ A indicação de atos irrevogáveis resulta, basicamente, da confluência da indicação propostas pelos seguintes autores: BANDEIRA DE MELLO, C., *Curso...*, p. 418-419; DI PIETRO, *Direito...*, p. 239; FIGUEIREDO,

revogação não tem eficácia retroativa, além de pressupor a existência do ato revogando⁴¹⁷. Também não podem ser objeto de revogação: os *atos administrativos complexos*, ou seja, aqueles para cuja prática (plano da existência) faz-se necessária a conjugação de vontades de diversos órgãos públicos; os *atos administrativos de controle*; os *atos administrativos já preclusos* num determinado processo administrativo; os *atos administrativos de efeitos concretos dos quais decorrem diretamente direitos adquiridos*⁴¹⁸.

Propõe-se que, ao lado de tais atos, irrevogáveis em face de suas peculiaridades, isto é, em razão tão-somente de suas próprias naturezas, também exista uma outra espécie de limitação à prerrogativa revogatória decorrente do decurso de um significativo lapso temporal. O raciocínio, ao que parece, é singelo e decorre de uma interpretação *a fortiori*, já mencionada antes de modo superficial e que há de ser, nesse momento, minudenciada.

Já se analisou a existência de um prazo de natureza decadencial para o exercício da potestade invalidatória da Administração Pública que teria como fundamento principal justamente a presunção de validade do ato administrativo, em que pese a inexistência de uma efetiva validade do mesmo. Assim, construindo-se uma “base da confiança” sobre a noção de presunção de validade de um determinado ato administrativo ampliativo, haveria a implementação da decadência da potestade anulatória se a Administração Pública não invalidasse tal ato dentre de um determinado lapso temporal. Ora, se há a fixação de um determinado prazo para que a Administração Pública promova a anulação de um ato

Curso de..., p. 241-242; GASPARINI, **Direito...**, p. 97-98; MEIRELLES, **Direito...**, p. 200-201; TALAMINI, **Revogação...**

⁴¹⁷ Por tal razão é que se admite, observados os limites referidos no capítulo anterior, a anulação de atos administrativos já extintos.

⁴¹⁸ Exemplo disso é o ato de nomeação de servidores públicos para a investidura em cargos de provimento efetivo, do qual decorre o direito adquirido à posse, a teor da Súmula 16, do STF (“*Funcionário nomeado por concurso tem direito a posse*”). Nesse caso, uma vez praticado o ato de nomeação, com o que resulta a aquisição do direito à posse do servidor, não poderia o ato de nomeação ser revogado, uma vez que isso

administrativo viciado, não parece ser árdua a tarefa de se concluir que também deveria haver a delimitação temporal para que a Administração Pública promovesse a revogação de atos administrativos, uma vez que tal forma extintiva atinge atos que não somente têm presunção de validade como são portadores de uma validade efetiva. Como já asseverado, se a proteção da confiança, tida por legítima em face tão-somente da presunção de validade do ato já é suficiente para a preservação de tal conduta administrativa, com maior razão há de se reconhecer a operatividade da proteção da confiança para a necessária preservação, em alguns casos, de atos administrativos praticados de modo absolutamente consentâneo com a ordem jurídica.

Demais disso, em termos de vetor hermenêutico, ao contrário do que ocorre com relação à decadência da prerrogativa anulatória, que se apresenta invariavelmente como um prerrogativa excepcional, a decadência da prerrogativa revogatória não pode ser necessariamente qualificada como uma situação de exceção. Tal conclusão resulta do seguinte raciocínio: a invalidação de um ato praticado de modo contrário à lei e ao Direito é a regra, sendo, pois, a decadência dessa prerrogativa excepcional; ao passo que a revogação não pode ser considerada, tal como acriticamente considera a doutrina, com uma situação normal, uma vez que se trata da extinção de atos administrativos perfeitos e válidos. Como ensina Marçal Justen Filho, “a revogação consiste numa manifestação anômala da competência estatal, em que um ato perfeito e válido é desfeito por atuação da própria Administração. Isso exige controle estrito”⁴¹⁹. Ademais, sustenta não ser compatível com os princípios democrático e republicano “que a Administração se valha da competência revocatória para frustrar direitos e garantias protegidos pelo direito”⁴²⁰. Isso significa, em outros termos, que não se mostra

significaria, por vias oblíquas, a revogação do próprio direito já incorporado à esfera jurídica do destinatário do ato.

⁴¹⁹ JUSTEN FILHO, *Curso de...*, p. 274.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 274.

congruente que se tenham os mesmos pudores e cuidados com a decadência do poder de revogar que a maior parte da doutrina destina à decadência da prerrogativa revogatória, uma vez que, nesse caso, se está a determinar a preservação de atos administrativos praticados de forma compatível com o ordenamento jurídico. Aqui, quer parecer que o ranço do legalismo absoluto perderá força e não poderá impor a mesma resistência ainda hoje encontrada no trato da decadência do poder-dever de a Administração invalidar os seus próprios atos.

Tais considerações, entretanto, não podem induzir à conclusão de que a decadência⁴²¹ da potestade revogatória ocorreria independentemente de quaisquer requisitos. Cumpre, nesse momento, apontar quais seriam tais requisitos. Em termos gerais, porém com algumas adaptações, esses pressupostos de configuração do prazo decadencial em análise são os mesmos encontrados na decadência da invalidação de atos administrativos.

iii. Requisitos para a implementação do prazo decadencial da prerrogativa revogatória

No que tange à “base da confiança”, em casos como esses não se revela necessário socorrer-se da noção de presunção de validade, porquanto, como já várias vezes referido, em caso de revogação se está a tratar de atos que não somente são presumidamente legítimos como o são de modo efetivo, ou seja, em casos como tais, a confiança depositada num ato administrativos válido é naturalmente legítima, sendo, pois, desnecessário o recurso de qualquer instrumento de mediatização, como é o caso, em relação a atos administrativos inválidos, de sua presunção de validade.

De outro lado, tem-se que somente se pode falar em decadência da revogabilidade de atos administrativos em relação a atos administrativos ampliativos, ou seja, que produzem efeitos benéficos aos seus destinatários. Como já referido, não se poderia cogitar de aplicação do princípio da proteção da confiança para os fins de se preservar atos administrativos ablativos, prejudiciais aos seus destinatários. A confiança legítima somente pode ser empregada em favor do depositante, não contra ele. Justamente por tal razão é que a decadência da revogação que aqui se propõe como instrumento de proteção da confiança somente ocorre em relação aos atos administrativos de efeitos concretos, visto que somente esses oferecem benefícios concretos aos seus destinatários. Em relação aos atos administrativos de efeitos normativos, portanto, não há de se falar em decadência da prerrogativa revogatória, o que se dá, em termos básicos, por duas razões: a primeira delas em face da natural revogabilidade de atos de índole normativa, para o que a segurança jurídica, num outro plano, de natureza objetiva, imporá outros limites, como é o caso da proteção constitucional à coisa julgada, aos atos jurídicos perfeitos e ao direito adquirido; a segunda, para que não se fale em decadência de prerrogativa revogatória em relação a atos administrativos normativos, obviamente conexa com a primeira, que diz com o fato de que não é o ato normativo, mas os seus efeitos que representam benefícios aos seus destinatários.

A boa-fé do destinatário, nesse caso, não se apresenta relevante. Em efeito, quando se está diante de atos administrativos praticados de modo contrário ao direito, condiciona-se a fixação do prazo decadencial da invalidação *ex officio* à boa-fé do destinatário, assim considerada a impossibilidade de se lhe atribuir os motivos da invalidade, ou seja, por “destinatário de boa-fé” leia-se “destinatário não-causador do vício”. Quando se está diante da

⁴²¹ Pelas mesmas razões aponta em relação à natureza decadencial do prazo extintivo da prerrogativa invalidatória da Administração Pública, ou seja, por se tratar de um prazo para o exercício de um direito

revogação, não há vício qualquer, motivo pelo qual não se mostra relevante a perquirição acerca da boa-fé do destinatário do ato administrativo.

Por fim, quanto ao elemento *tempus*, quer parecer que é plenamente viável, na falta de previsão legal expressa em sentido diverso, a aplicação do prazo quinquenal previsto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99⁴²², também para a decadência da prerrogativa de a Administração Pública revogar os seus próprios atos administrativos produtores de efeitos benéficos aos destinatários⁴²³. Já se afirmou e se repete que, se tal tempo é suficiente para “estabilizar” atos benéficos invalidamente praticados sob o manto da presunção de validade, com maior razão ainda deve sê-lo para a preservação de atos benéficos praticados de modo válido⁴²⁴.

potestativo, tem-se que se trata aqui também de um prazo de natureza decadencial.

⁴²² Em relação a Estados e Municípios, dotados de autonomia para a normatização de matérias como essa, valem os mesmos comentários feitos em relação à decadência da prerrogativa anulatória.

⁴²³ Em sentido contrário, TALAMINI, **Revogação...**, p. 95, para quem “*entende-se que o prazo de cinco anos para a Administração anular seus atos, previsto na Lei 9.784, de 1999, não se aplica à revogação. A analogia não parece possível, pois as situações e seus fundamentos não são semelhantes*”. É verdade que as situações e seus fundamentos são diversos, mas também guardam entre si semelhanças suficientes (atos benéficos, confiança legitimamente depositada e decurso de significativo lapso temporal) para que seja juridicamente viável a analogia proposta.

⁴²⁴ Nesse sentido, FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001, para quem “*os princípios da segurança jurídica e da boa-fé não convivem com a falta de estabilidade das relações jurídicas. Dessa sorte, se a lei federal, no citado art. 54, limitou a cinco anos o prazo para o exercício pretensão desconstitutiva por parte da Administração, fundada em ilegalidade do ato administrativo, de seu silêncio, no que diz respeito às eventuais considerações de conveniência do ato, não decorre, contudo, fique em aberto, ad infinitum, a faculdade de revogação: submete-se ele ao mesmo prazo, indiscutivelmente*”. Do mesmo modo, em trabalho específico ensinou FERRAZ, Extinção..., p. 64-65 que “*O mesmo não se diga, contudo, relativamente à revogação. Aqui, do silêncio, a propósito, da lei paulista não se pode extrair a consequência que antes atribuímos ao paralelo silêncio da lei federal. E isso porque, no particular, admitir, que o prazo para anulação também se aplicasse à pretensão revocatória importaria num máximo de insegurança jurídica e de vulneração à boa fé, deixando-se em aberto, por dez anos, à Administração a reavaliação, das circunstâncias de oportunidade e de convivência. É chocante, in casu, o golpe letal ao princípio da razoabilidade que assim estaríamos a cometer. Outra solução aqui não há que não a de considerar subsidiariamente aplicável no âmbito estadual a regra que elaboramos para o plano federal: do silêncio da lei paulista decorre que a instauração de processo administrativo com vistas à revogação de ato administrativo só poderá ocorrer até um máximo de cinco anos, contados de sua produção (até porque, como argumentação subsidiária caberia lembrar, esse o prazo prescricional para a hipótese, muito mais grave, de ajuizamento de ação popular para atacar atos administrativos nulos, como se vê no art. 21 da Lei 4.717 de 1965). Como derradeira ponderação, neste segmento do presente trabalho, queremos frisar que não nos esquecemos dos conceitos de ratificação, confirmação ou conversão, freqüentemente lembrados pelos autores, como modalidades de convalidação. Tais conceitos, contudo, nos parecem despidos de especificidade densas de sorte a configurá-los como casos tipificados de convalidação. À vista do pressuposto metodológico declinado de início, de só desdobrar categorias e classificações quando útil o expediente, à vista de efetivas distinções de conteúdo, não aprofundaremos este exame: todas essas fórmulas (inclusive a da conversão, por alguns tida como inconfundível com a convalidação, por nós vista como onticamente nessa assimilável) nos parecem compreendidas na idéia de convalidação*”.

C. Proteção substancial da confiança e a alteração da “base do ato” como condição imprescindível à revogação

Além da estipulação de um prazo decadencial para o exercício da potestade revogatória da Administração Pública, como acima referido, uma outra questão pode ser tratada, no que tange à revogação, como sendo uma das manifestações do princípio da proteção da segurança. Trata-se de se saber se a revogação estaria ou não condicionada à superveniência de fatos novos, em relação àqueles que circundavam na ocasião em que se deu a prática do ato administrativo que se revoga, ou, não sendo necessária a ocorrência de fatos novos, se seria necessária, ao menos, uma nova leitura do interesse público para fins de justificar a extinção do ato por motivos de conveniência e oportunidade.

Tal preocupação, cumpre salientar, decorre da necessária constatação de que seria absolutamente contrária ao modelo jurídico típico da proteção da confiança a possibilidade de que atos administrativos, especialmente os ampliativos, ou seja, os que produzem efeitos benéficos aos seus destinatários, pudessem ser extintos simplesmente porque a autoridade administrativa competente para a sua revogação tenha mudado de idéia em relação ao seu juízo de mérito. Nesse sentido, quer parecer que não seria consentâneo com a proteção da confiança que um ato administrativo fosse praticado, com a irradiação de todos os seus feitos, porque a autoridade administrativa competente “sentira”, quando da sua prática, que era conveniente e oportuno e, tempos após, por “sentir” sua inconveniência e oportunidade, venha a extinguir tal conduta administrativa sem qualquer alteração na base fático-jurídica que outrora determinou a sua prática. Não parece ser possível, em face do conteúdo jurídico da

proteção da confiança, que os destinatários de um ato administrativo benéfico fiquem à mercê do humor de autoridades administrativas quanto à viabilidade de extinção de um ato administrativo por fundamentos absolutamente subjetivos e carentes de parâmetros de qualquer ordem, em nome de um juízo abstrato do que seja conveniente e oportuno, ou do que seja o mítico interesse público.

A abordagem aqui destacada, aliás, não é estranha a institutos de Direito Administrativo. Em efeito, no direito posto brasileiro, já existem regras que impõem limites, tais como os aqui abordados, de nítida natureza material, como é o exemplo do que ocorre com o processo licitatório.

Ocorre que a licitação, embora tenha natureza procedimental, é legalmente qualificado como “ato administrativo formal”⁴²⁵ e, no que tange às formas extraordinárias de sua extinção⁴²⁶, a legislação aplicável menciona a “anulação” e a “revogação”, ou seja, formas extintivas próprias dos atos administrativos. Ocorre que a licitação somente poderá ser revogada, como enuncia o próprio artigo 49 da Lei n° 8.666/93 por “razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta”. Com isso, tem-se como condições para a revogação da licitação, de um lado, que o interesse público – conveniência e oportunidade – seja fundamentado em comprovados fatos supervenientes e, de outro, que tais fatos supervenientes sejam suficientes e congruentes, ou pertinentes, a ensejarem a extinção do processo licitatório.

⁴²⁵ Lei n° 8.666/93, art. 4°, parágrafo único. “O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública”.

⁴²⁶ Lei n° 8.666/93, art. 49. “A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado”.

Assim, todos quantos forem aqueles que estejam participando de uma licitação terão a garantia de que não poderão ser surpreendidos – com a frustração de uma confiança legitimamente depositada na licitação – com a simples alegação abstrata de que seria de interesse público a extinção do certame⁴²⁷. Dessa forma, a licitação até pode ser extinta por razões de conveniência e oportunidade, mas tais razões devem estar embasadas em fatos que já não existiam quanto da instauração do processo, além de serem sérios e suficientes para justificar a extinção de um processo de licitação, para o qual, em termos gerais, a simples participação já demanda dos interessados um significativo dispêndio. Justamente por tal razão, a doutrina especializada, em geral, tem visto com bons olhos tal limitação material à prerrogativa revogatória⁴²⁸, embora nem sempre isso tenha ocorrido⁴²⁹.

De qualquer forma, tem-se que, no tocante às licitações, há limites materiais legalmente previstos para que a expectativa legítima depositada pelos licitantes na seriedade do certame não será frustrada por simples alegações vagas de que o processo licitatório, e, pois, a contratação, embora houvesse sido conveniente e oportuna, não mais o seria, ou seja, ao menos no que tange às licitações, a incidência desse consectário do princípio da proteção

⁴²⁷ Além de tal proteção, de natureza material, conforme as idéias que acompanham todo o desenvolvimento desse trabalho, não se pode olvidar que a legislação pertinente ao processo licitatório no Brasil é também precursora no que tange à proteção formal das expectativas dos licitantes, na medida em que reclama que qualquer forma de extinção da licitação deva ser antecedida de contraditório e ampla defesa, consoante determina o artigo 49, § 3º, da Lei nº 8.666/93, pelo qual “*no caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa*”.

⁴²⁸ JUSTEN FILHO, **Comentários...**, p. 481-482; PEREIRA JÚNIOR, **Comentários...**, p. 506; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella et al. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 268; MUKAI, Toshio. **Licitação e contratos públicos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 76

⁴²⁹ Sob a égide da legislação anterior, não havia a menção expressa à necessidade de que os motivos de conveniência e oportunidade fossem decorrentes de fatos supervenientes para que a licitação pudesse ser revogada (art. 39, do Decreto-Lei nº 2.300/86). Assim, travou-se, naquela ocasião, severa discussão acerca de tal necessidade. De um lado, havia os que defendiam que não seria necessária a superveniência de fatos não existentes na instauração do certame, como é o caso de MENDES, Gilmar Ferreira. Concorrência pública: revogação. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987, p. 108-109. De outro, ainda que não houvesse menção expressa, havia quem entendesse pela necessidade de fatos supervenientes a justificarem a revogação do processo licitatório, como era o caso de SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 79, 1986, p. 132.

da confiança – a necessidade, para fins de revogação, de mudança das condições fático-jurídicas havidas na época em que o ato foi praticado – não admite qualquer dúvida.

Demais disso, existe outro dispositivo legal que prevê a necessidade de que a revogação esteja embasada na ocorrência de fatos supervenientes à prática do ato administrativo revogando. Trata-se do artigo 123 da Lei de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), que trata da revogação da permissão do serviço de telecomunicações⁴³⁰ e que determina que a mesma “deverá basear-se em razões de conveniência e oportunidade relevantes e supervenientes à permissão”.

Remanesce, entretanto, a indagação em relação aos demais atos ou condutas administrativas. Resta, pois, a dúvida acerca de se saber se também nos demais atos administrativos, mesmo no silêncio de qualquer regra jurídica sobre o assunto, a ocorrência de fatos novos ou novos argumentos de interesse público seria condição necessária para o exercício da prerrogativa revogatória da Administração Pública. A solução para tal problema não pode ser considerada singela. Ademais, tal deslinde, ao que parece, reclama sejam empregadas, ao lado do princípio da proteção da confiança, algumas considerações já de há muito sedimentadas no Direito Privado.

⁴³⁰ Sobre o assunto, uma nota explicativa se faz imperiosa. Ocorre que a permissão de serviço público, embora originariamente fosse definida como um ato administrativo discricionário, precário e revogável unilateralmente, passou a ter, em geral, feição contratual com o advento da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), porquanto formalmente definida pelo artigo 2º, IV e pelo artigo 40, do referido Diploma Legal, como sendo um “contrato de adesão”. Tal novidade foi objeto de uma inicial perplexidade doutrinária e até hoje rende controvérsias de todas as ordens. Entretanto, mesmo que imprecisa, tal índole contratual da permissão de serviços públicos é incontroversa no direito posto. Ocorre que, em lei mais específica e, além disso, mais recente, a permissão de serviços de telecomunicações é definida no artigo 118, § único, da Lei nº 9.472/97, como sendo um ato administrativo de caráter transitório para fins de solução de situações excepcionais, ou seja, ao menos a permissão de serviços públicos de telecomunicações ainda se mantém definida através das características que antes da Lei de Concessões eram consideradas próprias a tal instituto.

Quanto ao tema, Daniele Coutinho Talamini realiza interessante enfrentamento⁴³¹, com que, de início, afasta a teoria da “inconveniência originária”, bem como a noção de “vício de mérito”, segundo as quais haveria invalidade na ação administrativa se constatado, em momento posterior, que o ato já se apresentava inconveniente quando de sua prática. Após, afirma ser “importante saber se há necessidade de alteração nas condições fáticas existentes no momento de produção do ato para surgir a competência revogatória – ‘inconveniência superveniente’ – ou se, constatado pelo agente que não foi a melhor solução a acolhida, há a possibilidade de revogação”⁴³². Essa é, pois, a questão que aqui se pretende analisar.

Após uma atenta análise da doutrina pátria e estrangeira⁴³³, Daniele Coutinho Talamini parte da premissa de que, senão em casos excepcionais, a competência administrativa discricionária não se exaure com a simples prática do ato administrativo, mantendo-se em relação ao exame da conveniência e oportunidade da produção de efeitos do ato. Conclui que a revogação teria como condição indispensável a alteração das circunstâncias fáticas existentes quando da prática do ato, embora seja exigível “uma alteração substancial do interesse público”⁴³⁴. Assim, segundo a autora basta para a revogação que a autoridade administrativa que detenha a competência atual para a revogação promova uma nova valoração do interesse público, mostrando-se desnecessária qualquer alteração na base fática determinante do ato administrativo revogando⁴³⁵.

⁴³¹ TALAMINI, **Revogação...**, p. 122-133.

⁴³² *Ibidem*, p. 123.

⁴³³ São citados, dentre outros, os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Miguel Seabra Fagundes, Carlos Ari Sundfeld, José Robin de Andrade, Pietro Virga, Renato Alessi, Hugo Augusto Olgún Juárez, Agustín Gordillo, Juan Carlos Cassagne, Raffaele Resta, Luigi Raggi.

⁴³⁴ TALAMINI, *op. cit.*, p. 131.

⁴³⁵ “A alteração das circunstâncias fáticas, percebe-se, não é o que determina a possibilidade de revogar os atos administrativos. O ato administrativo pode ser revogado sem que tenha havido fato novo alterando a situação originária e, da mesma forma, pode ser irrevogável mesmo que tenha ocorrido alteração das circunstâncias fáticas. O que importa verificar, portanto, não é a necessidade de superveniência de fato novo como pressuposto à revogação do ato administrativo. Importante é detectar a real necessidade de extinguir os efeitos

Tal posição, embora muito bem articulada, padece de um vício consubstanciado na afronta à proteção da confiança, especialmente se o ato a ser revogado for um daqueles que produzem efeitos favoráveis aos seus destinatários (atos ampliativos). Isso porque, embora a autora considere que a prerrogativa revogatória não deva ser tida como absoluta, por não poder ser a nova configuração do interesse público algo aleatório e subjetivo, não se pode olvidar que toda a sua construção encontra supedâneo na noção de “interesse público”. Ora, já se tratou da importância do interesse público enquanto finalidade imediata e mediata de toda e qualquer atuação da Administração Pública. Mas também já se apontou a quantidade de problemas que a má aplicação do conceito de “interesse público”, dada a sua vagueza e imprecisão, pode ocasionar nos institutos de Direito Administrativo, sendo muitas vezes a invocação do “interesse público” um verdadeiro disfarce para o cometimento de arbitrariedades. Dessa forma, considerada a realidade que se apresenta em solo pátrio, seria ingenuidade entender que haveria segurança jurídica propiciada no exercício da prerrogativa revogatória pelo simples fato de que estaria tal prerrogativa embasada na necessidade de uma

advindos do ato ainda que não tenha havido alteração dos fatos ocorridos quando da sua prática. O que se exige para revogar é uma alteração substancial do interesse público, e não dos fatos ou da apreciação que se fez deles. Por isto é que Diez afirma que a mera mudança no estado de fato existente no momento de edição do ato não tem influência de qualquer espécie se não houver modificação da valoração do interesse público. A alteração das circunstâncias fáticas, por todos estes motivos, não pode ser considerada como requisito indispensável para que seja possível a revogação. Até porque a superveniência de fato novo ou a cessação da ocorrência de um fato podem dar margem a outras formas de extinção do ato administrativo. Basta que a mudança na realidade fática faça suprimir um fato que é considerado pela lei como pressuposto para a prática do ato e se terá a hipótese de caducidade fática. Ainda se pode cogitar da hipótese em que a alteração dos fatos pode dar origem à cassação do ato administrativo. Para isto basta que o fato novo ocorrido seja provocado por conduta do administrado e que se caracteriza como inadimplemento de deveres a que estava sujeito. A dispensa de superveniência de fato novo como requisito à revogação do ato administrativo não significa liberdade absoluta do administrador no exame das circunstâncias que tornam inconveniente e inoportuno o ato praticado. A nova configuração do interesse público invocada pelo administrador não é algo completamente aleatório e subjetivo, mas tem contornos delineados pela lei de forma explícita ou implícita” (TALAMINI, **Revogação...**, p. 131-132).

nova leitura do “*interesse público*”, porquanto se trata de conceito jurídico dotado de alto grau de indeterminação⁴³⁶ e que pode ser – infelizmente – manipulado até com certa facilidade. Isso significa dizer que o efeito prático de se condicionar a revogabilidade de um determinado ato administrativo tão-somente a uma simples nova interpretação do interesse público ensejaria uma severa situação de insegurança jurídica a potencializar sobremaneira as legítimas expectativas depositadas pelos destinatários de um ato administrativo ampliativo.

Em relação a tais atos ampliativos – de efeitos benéficos, portanto –, parece que a razão se encontra com Carlos Ari Sundfeld, para quem “sendo o ato válido, ele se torna irreatável, desde que mantidas todas as condições que o produziram”. Concorda-se com tal posicionamento teórico não tanto pelos seus próprios fundamentos, os quais consistiriam no fato de que a competência da autoridade administrativa já estaria exaurida quando da prática do ato, mas pelo conteúdo jurídico mínimo que se pode encontrar no princípio da proteção da confiança, que, em termos gerais, visa à preservação de condutas administrativas que tenham ensejado um estado de confiabilidade que deve ser tido como legítimo, segundo critérios jurídicos plausíveis.

Nesse sentido, quer parecer que, sendo o ato administrativo ampliativo, a base da confiança a legitimar as expectativas depositadas no ato administrativo como óbice à sua revogação será justamente o plexo de circunstâncias fático-jurídicas de índole objetiva que havia quando da perpetração do ato administrativo. Isso implica dizer, em palavras mais singelas, que, se as bases fáticas, bem assim a sua apreciação jurídica, forem as mesmas que havia quando da prática do ato administrativo, não será possível, sob pena de ferimento ao princípio da proteção da confiança, a revogação do ato administrativo, mesmo que se invoque

⁴³⁶ Sobre conceitos jurídicos indeterminados, vide, por todos, SOUSA, António Francisco. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. Em recente decisão, o STF se

a abstrata fórmula – quase mítica, como já dito – do interesse público. O interesse público apresenta-se com uma finalidade tão grandiosa no Direito Público que não há de ser empregado por maus administradores como um oportunista argumento gerador de insegurança jurídica. Caso contrário, ocorrendo alterações no conjunto de circunstâncias fáticas e jurídicas determinantes da prática do ato administrativo, aí, sim, se poderá promover a sua revogação, a qual determinará a incidência de um fundamento de interesse público que, a um só tempo, protegerá os interesses coletivos e proporcionará o interesse público consubstanciado na noção de segurança jurídica.

É conveniente invocar, para fins de construção da idéia propostas, uma teoria de importância impar no Direito Privado, qual seja, a “teoria da base objetiva do negócio jurídico ou do contrato”.

Por certo, sempre é perigoso o emprego automático numa determinada área do Direito, sem os devidos temperamentos, de construções teóricas elaboradas num outro ambiente da ciência jurídica. Tal perigo, por óbvio, decorre justamente do fato de que uma construção teórica elaborada, por exemplo, no Direito Privado, a partir de todo um conjunto de princípios e valores aplicáveis, não será necessariamente aplicável no Direito Administrativo, porquanto presentes nesse outros princípios e valores jurídicos. O perigo certamente existe na relação que aqui se propõe. Mas é de se assumir tal risco, porquanto a referida teoria típica traz elementos aproveitáveis para a construção almejada, a qual visa a condicionar o exercício da prerrogativa administrativa de revogação de atos administrativos à alteração das bases fático-jurídicas determinantes da prática de tal conduta.

Com efeito, a teoria da base objetiva do negócio jurídico ou do contrato⁴³⁷, intimamente relacionada ao princípio da boa-fé objetiva em sede de Direito Privado, consiste em se vincular a preservação das condições avençadas num determinado negócio jurídico às circunstâncias fáticas iniciais sobre as quais se deu a perfectibilização do contrato ou de institutos negociais afins. É importante lembrar que, ao contrário da teoria da imprevisão e da teoria da base subjetiva do negócio jurídico, em que se apresentam relevantes aspectos de índole subjetiva (previsibilidade e representação mental dos contraentes, respectivamente), a teoria da base objetiva do negócio jurídico prescinde da averiguação de qualquer aspecto subjetivo relacionado com as partes da relação jurídica negocial. Tal teoria, relacionada tanto com o instituto da revisão contratual⁴³⁸ quanto com o instituto da resolução contratual⁴³⁹, visa, *ultima ratio*, a projetar as bases objetivas de caráter geral que circundavam a celebração do negócio jurídico, a toda a relação de efeitos contínuos e futuros, no sentido de que havendo alteração significativa na referida base objetiva originária que enseje a ocorrência de uma

⁴³⁷ A teoria da base objetiva do contrato é tema que, pela importância, mereceria enfrentamento específico, inclusive no que tange aos negócios jurídicos administrativos, o que transborda, contudo, a limitação temática do presente trabalho. Na doutrina especializada, é numerosa a produção teórica sobre a teoria da base objetiva do negócio jurídico, da qual se destacam: LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**, trad. Carlos Fernández Rodrigues. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; COUTO E SILVA, C., **A obrigação...**; COUTO E SILVA, Clóvis V. Teoria da base do negócio jurídico no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 655, 1990; FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. **Revisão dos contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 124-147; MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t., p. 229-257.

⁴³⁸ No direito posto, vide: artigo 6º, V, do CDC (“*são direitos básicos do consumidor: ... a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas*”); artigo 21, § 4º, da Lei nº 9.069/95 (“*em caso de desequilíbrio econômico-financeiro, os contratos de locação residencial, inclusive os convertidos anteriormente, poderão ser revistos, a partir de 1º de janeiro de 1995, através de livre negociação entre as partes, ou judicialmente, a fim de adequá-los aos preços de mercado, sem prejuízo à ação revisional prevista na Lei nº 8.245, de 1991*”); artigo 317, do CC/02 (“*quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-la, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação*”). Cumpre salientar que, talvez antes mesmo de surgir no direito posto, em relação aos contratos de direito privado, já era possível encontrar manifestações da teoria da base objetiva do negócio jurídico, em relação aos contratos administrativos, em face do disposto no artigo 55, II, d, do Decreto-Lei nº 2.300/86, revogado e substituído sem alterações substancial, ao menos no que tange à teoria em lume, pelo vigente artigo 65, II, d, da Lei nº 8.666/93.

⁴³⁹ Vide, v.g, artigos 478 a 480, do CC/02.

onerosidade excessiva e desproporcional a qualquer das partes celebrantes, seja possível a revisão ou, até mesmo, a resolução do negócio jurídico⁴⁴⁰.

Pois bem, é consabido que, em matéria de Direito Contratual, tem-se, em destacada posição, o princípio da preservação do negócio jurídico, no sentido de se intentar, tanto quanto possível, a manutenção do vínculo jurídico negocial tal como pactuado. De qualquer forma, esse princípio da conservação do contrato⁴⁴¹ induz à idéia de preservação da relação negocial que lhe é subjacente. Dessa forma, não seria equivocado afirmar que o normal, o ordinário é a preservação do negócio jurídico, bem assim de seu conteúdo, tal como originariamente celebrado. Todavia, em situações eminentemente excepcionais, a vigência de um determinado contrato ou as estipulações que lhe são intrínsecas poderão ser alteradas. Dentre tais situações excepcionais é que se coloca a teoria da (quebra da) base objetiva do negócio jurídico.

Retomando-se as atenções para a revogação dos atos administrativos, deve-se ter, em nome do princípio da proteção da confiança, que os atos administrativos produtores de efeitos favoráveis a terceiros, sobretudo os válidos, como devem ser aqueles atos sujeitos à revogação, devem tender à preservação. Pensamento contrário, ao defender uma situação de possibilidade natural de extinção a qualquer tempo ou sem motivos razoáveis, ensejaria um severo comprometimento ao princípio da proteção da confiança. Assim, quer parecer que a proteção da confiança, *per se*, induz a um estado de coisas pelo qual se pode concluir que o

⁴⁴⁰ Ensina MARTINS-COSTA, op. cit., p. 242 que “a teoria da base objetiva tem os seguintes pressupostos: a) todo contrato é estipulado levando-se em consideração circunstâncias objetivas de caráter geral, tais como: a ordem econômica do país, o poder aquisitivo da moeda; condições de desenvolvimento do contrato, etc; b) por isto mesmo, alteradas estas circunstâncias objetivas, os contratos que se prolongam no tempo podem ser resolvidos se, em virtude de alteração da base objetiva, o cumprimento das obrigações por parte de qualquer dos contraentes cause prejuízo cujo montante exceda de muito a previsão que pudesse ser feita, razoavelmente, ao tempo da celebração”.

⁴⁴¹ Sobre a necessidade de que a interpretação dos institutos pertinentes à relação contratual vise à conservação do negócio jurídico, vide ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 2001, p. 478.

normal, ou seja, o ordinário, é justamente a manutenção de atos administrativos válidos – mesmo que discricionários – quando produtores de efeitos jurídicos benéficos aos seus destinatários.

Assim, quer parecer possível falar-se em uma “teoria da base objetiva do ato administrativo”, decorrente diretamente do princípio da proteção da confiança, por meio da qual um ato administrativo válido somente poderia ser revogado caso alteradas as circunstâncias objetivas relevantes que existiam quando sua prática⁴⁴². Assim, *contrario sensu*, se as bases objetivas existentes quando da prática de um determinado ato administrativo não forem alteradas, ou se forem alteradas bases objetivas insignificantes, não poderia a autoridade administrativa, nem mesmo invocando abstrata e oportunamente o interesse público – do qual não disponibiliza, importante lembrar –, promover a revogação de tal ato administrativo.

Um exemplo, extraído dos ensinamentos de Daniele Coutinho Talamini⁴⁴³, pode ser utilizado para a demonstração do que aqui se defende. Imagine-se um determinado servidor público que venha a solicitar uma licença para o tratamento de interesses particulares, a qual costuma ser prevista em regras de competência discricionária nos estatutos funcionais⁴⁴⁴. Imagine-se, ainda, que, em face da valoração de conveniência e oportunidade havida no momento em que a autoridade administrativa decidiu sobre tal requerimento (carga de trabalho da repartição, lotação, número de cargos providos, número de servidores em efetivo exercício, perspectivas de alteração de carga de trabalho num futuro próximo), tenha sido tal

⁴⁴² Tal conclusão não é inédita. Embora por outras premissas, tal limitação à revogabilidade dos atos administrativos, além de estar em SUNDFELD, *Discricionariedade...*, p. 131, é também defendida, com variações não significativas, por RESTA, Raffaele. **La revoca degli atti amministrativi**. Milano: Giuffrè, 1935, p. 117.

⁴⁴³ TALAMINI, **Revogação...**, p. 129-130. Importante lembrar que, embora se aproveite tal exemplo, discorda-se, por razões demonstradas no texto, do posicionamento adotado pela autora.

pedido deferido para os efeitos de conceder a licença em tela para o servidor. Cogite-se que, após a concessão da licença, tenha ocorrido a alteração de algum dos elementos que tivessem sido significativos para a prática do ato de concessão da licença, como, por exemplo, a vacância imprevisível (por morte, aposentadoria voluntária, demissão, etc.) de outros cargos lotados na repartição onde o servidor licenciado exerce suas atribuições ou por um inesperado aumento no volume de trabalho incumbido a tal órgão público. Nesse caso, poder-se-ia falar perfeitamente de revogação do ato administrativo que validamente concedeu a licença pleiteada pelo servidor. Utilizando o mesmo exemplo, imagine-se que, após a concessão da licença ao servidor, nenhum dos elementos apreciados quando da prática de tal ato tenha sido alterado, ou seja, não tenha se alterado o número de servidores, a quantidade de trabalho, etc., seria juridicamente viável que se permitisse à autoridade revogar o ato de concessão da licença pela simples invocação de que tal providência estaria fundada no interesse público? A resposta, ao menos se vislumbrado o teor jurídico do princípio da proteção da confiança, deve ser negativa.

Não se pode concordar, entretanto, com um outro exemplo utilizado por Daniele Coutinho Talamini. Segundo a autora, seria viável a revogação, ainda em caso de uma licença para o tratamento de interesses particulares, se “constata pelo agente que praticou o ato, depois de determinado período, que o número de servidores que atuam no setor não é suficiente para o bom desempenho das tarefas a serem realizadas” ou porque o superior hierárquico “entende, diversamente do agente que praticou o ato, que a quantidade de servidores disponíveis não é adequada”⁴⁴⁵. Não se pode concordar com tal posicionamento. Não se pode, mesmo sob uma formal justificação ligada à vagueza da expressão “interesse público”, admitir que a Administração Pública pratique atos produtores de efeitos favoráveis

⁴⁴⁴ V.g., artigo 91, da Lei nº 8.112/90.

⁴⁴⁵ TALAMINI, **Revogação...**, p. 130.

aos seus destinatários, permitindo que projetem expectativas legítimas e, sem qualquer alteração nos elementos relevantes que determinaram a prática do ato, venha a nele pôr termo, frustrando a confiança que depositaram em tal conduta administrativa. Cumpre salientar, ainda colocando em destaque o exemplo da licença para o tratamento de interesses particulares, que, se houve, quando da prática do ato, um erro na apreciação, por exemplo, no número de servidores necessários para a eficiente condução dos trabalhos na repartição em que o solicitante está lotado, o ato de concessão da licença não será revogável, mas, ao contrário, deverá ser invalidado porquanto portador do vício de inexistência ou incongruência dos motivos determinantes da prática do ato. Não se está a defender um “vício de mérito”, insustentável como já afirmado. O vício consistente na inexistência do motivo do ato, que é definido no artigo 2º, § único, “d”, da Lei nº 4.717/65⁴⁴⁶, se dá, no caso, em face de um erro manifesto de apreciação dos motivos que levaram à prática do ato administrativo⁴⁴⁷, ou seja, sequer seria, nesse caso, possível a revogação do ato, tal como defendido por Daniele Coutinho Talamini, impondo-se a ocorrência de outro modo extintivo, qual seja a anulação do ato.

Dessa forma, quer parecer que a proteção substancial da confiança, enquanto instrumento de tutela às expectativas legitimamente depositadas pelos administrados na atividade administrativa, propicia, no que tange à revogação, além da limitação prazal acima

⁴⁴⁶ Artigo 2º, parágrafo único. “*Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: ... d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequado ao resultado obtido*”.

⁴⁴⁷ Nesse sentido, RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Tradução Rogério E. Soares. Coimbra: Almedina, 1981, p. 294 ensina que “*o controlo do juiz tem sempre por objecto a exactidão material dos motivos de facto. Se o facto em que o acto se afirma baseado não se produziu, o acto, na ausência de um motivo legal, perde sua justificação. Por exemplo, um funcionário é atingido por uma medida disciplinar em virtude de afirmações que de facto ele não proferiu; a medida repousa sobre um motivo materialmente inexacto e é, a esse título, ilegal*”. Em solo pátrio, asseverou CAMPOS, Francisco. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, v. 1, p. 308 que “*quando um ato administrativo se funda em motivos ou pressupostos de fato, sem a consideração dos quais, da sua existência, da sua procedência, da sua veracidade ou autenticidade, não seria o mesmo praticado, parece-me de boa razão que, uma vez verificada a inexistência dos fatos ou a improcedência dos motivos, deva deixar de subsistir o ato que nêles se fundava*”.

referida, um outro limite, qual seja, o de que a revogação de atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis aos seus destinatários fique condicionada à quebra da “base objetiva do ato administrativo”, assim considerada a conjugação dos elementos fático-jurídicos que determinaram a prática do ato administrativo revogando. Assim, quando um determinado ato administrativo ampliativo de efeitos continuados no tempo tiver sido praticado por conta de um conjunto de elementos fáticos que foram, para tanto, significativos e determinantes, a revogação de tal ato administrativo somente será juridicamente viável se tais circunstâncias fáticas tiverem sido alteradas. *Contrario sensu*, deverá ser tida por inválida, por afronta ao princípio da proteção da confiança, a revogação de um ato administrativo ampliativo se tal revogação não estiver em alterações, devidamente comprovadas e motivadas, na base fática na qual a prática do ato se embasou. O interesse público, se não existirem mudanças na base objetiva do ato, não poderá ser utilizado para fundamentar uma simples mudança de opinião – subjetiva – dos administradores, uma vez que o interesse público subjacente à segurança jurídica deverá se apresentar como um óbice à extinção do ato, cuja preservação é, em tal caso, reclamada pela proteção da confiança.

D. Precedentes decisórios da Administração Pública

Não encontra compreensão pacífica na doutrina brasileira o emprego dos costumes como fonte do Direito Administrativo. Discute-se, num início lógico, se os costumes poderiam ou não ser considerados fontes de tal área da ciência jurídica, resultando as principais resistências, em geral, de uma suposta incompatibilidade entre, de um lado, a legalidade administrativa e, de outro, a possibilidade de fontes não positivadas. Mesmo que se

ultrapasse tal questão, reconhecendo o costume como fonte, remanesce uma outra indagação, qual seja, a de se saber se a fonte poderia ser tão-somente *secundum legem*, ou se poderia ser também *praeter legem*, ou, ainda, num extremo em geral refutado, *contra legem*. Dimensionada a funcionalidade dos costumes como fontes do Direito Administrativo, ainda assim resta a questão de se compreender quais seriam os requisitos para que o costume atingisse tal papel. O presente enfrentamento não pretende analisar diretamente tais questões, aqui tidas por pressupostas, ao menos teoricamente.

Em verdade, passa-se ao largo do estudo das fontes, propriamente ditas, para se analisar uma questão tangencial à noção de costumes no Direito Administrativo, mas que tem absoluta relação com o princípio da proteção substancial da confiança.

Tal questão diz respeito aos precedentes decisórios válidos⁴⁴⁸ da Administração Pública, especialmente no que tange à configuração de algum efeito vinculante a decisões administrativas futuras. Busca-se analisar, portanto, se várias condutas administrativas decisórias articuladas num mesmo sentido, além de decidirem específicos processos administrativos nos quais restaram, cada qual, proferidas, teriam também uma eficácia *ad extra* de determinar vinculação futura da Administração Pública, com vistas a impor similaridade com tais atos decisórios antecedentes. Demais disso, caso tal “jurisprudência administrativa” possa ser considerada vinculante – ou autovinculante⁴⁴⁹ –, deve-se perquirir quais seriam as condições para tanto, bem assim em que casos seria possível a alteração futura da orientação intrínseca ao precedente e quais os efeitos de tal mudança.

⁴⁴⁸ Acerca de precedentes administrativos inválidos, a proteção da confiança induzirá a conseqüências como as mencionadas no capítulo anterior.

⁴⁴⁹ Fala-se, na Alemanha, em autovinculação da Administração Pública (*Selbstbindung der Verwaltung*), consoante notícia GARCÍA LUENGO, **El principio...**, p. 227.

Inicialmente, cumpre salientar que aqueles poucos estudiosos que tratam do assunto – quase todos estrangeiros – reconhecem que a existência de um determinado efeito vinculante aos precedentes administrativos deveria ser também – mas não exclusivamente – fundamentada no princípio da proteção substancial da confiança. Em termos gerais, e essa opinião pode ser considerada majoritária, a eficácia *ad extra* da reiteração de uma determinada decisão administrativa é relacionada com o princípio da igualdade ou isonomia⁴⁵⁰.

Não se pode negar que a força vinculante dos precedentes administrativos tenha como um dos seus fundamentos a noção jurídica intrínseca ao princípio (ou postulado⁴⁵¹) da igualdade. Em efeito, numa feição interna e positiva, havendo uma série de decisões administrativas que se orientam num determinado sentido, se a pretensão administrativamente deduzida guardar semelhanças com aquelas outras que ensejaram a construção, pela reiteração, de um determinado precedente, impõe-se que a decisão administrativa seja a mesma, qualificando-se, em princípio, como inválida a decisão que inobservasse tal precedente. De outra banda, numa feição interna e negativa, em nome da igualdade, somente poderia haver decisões divergentes se entre os casos concretos levados à apreciação da Administração Pública houvesse algum elemento razoavelmente discriminador. Todavia, quer parecer que a autovinculação administrativa a precedentes decisórios não pode restar embasada tão-somente no princípio da igualdade, porquanto tal supedâneo teórico, se considerado com exclusividade, não explicaria, por exemplo, se seria possível e, sendo, quais

⁴⁵⁰ Vide, por exemplo, GARCÍA LUENGO, **El principio...**, p. 227 e CASTILLO BLANCO, **La protección...**, p. 328, para quem “*el denominado precedente administrativo, es decir, la conducta anterior de la Administración pública que la vincula en actuaciones presente encuentra su fundamento también en el principio de seguridad jurídica [mas precisamente, a sua feição subjetiva, ou seja, a proteção da confiança]. Decimos también, pues, en este caso, ha de añadirse al anteriormente citado el principio de igualdad ante la ley. Es más, podemos decir que, aunque cierta la anterior afirmación, es en realidad el principio en segundo lugar citado el que es habitualmente utilizado por la jurisprudencia para la estimación del recurso interpuesto y en el que la doctrina más solvente basa fundamentalmente su capacidad de vinculación*”.

⁴⁵¹ ÁVILA, **Teoría dos...**, *passim*.

seriam os requisitos necessários para que pudesse a Administração Pública alterar o conteúdo decisório contido num determinado precedente para a aplicação em casos futuros. Cumpre salientar, nesse sentido, que nunca se pretendeu extrair da proteção da confiança e, de resto, da segurança jurídica um efeito irrestrito de imutabilidade, seja da própria ordem jurídica, seja das relações jurídicas de tal ordem emergentes. O que o princípio da proteção substancial da confiança produz é um estado de coisas que visa à estabilização de efeitos emergentes de relações jurídicas se essas possuírem elementos de confiança depositada na ação estatal que, por razões peculiares a cada um dos casos, possa ser considerada legítima e, portanto, merecedora de tutela jurídica. Por isso, não são todos os atos inválidos que serão preservados em nome da decadência administrativa; não serão, da mesma forma, todos os efeitos de atos invalidados que serão preservados, bem como nem todos os atos válidos que terão sua revogabilidade limitada material e temporalmente. Tais proteções jurídicas somente deverão ocorrer quando, em tais casos, pelos critérios objetivos indicados, for a confiança depositada na ação estatal considerada legítima. Casos há em que o conteúdo decisório encontrado num determinado precedente merecerá alteração. Diante disso, o princípio da igualdade, de um lado, não explicaria tal alteração, de outro, tal princípio não ofereceria soluções acerca das necessárias limitações a que tal mudança de orientação há de estar vinculada.

Assim, embora também seja possível relacionar o efeito vinculante dos precedentes administrativos com o princípio da igualdade, pelas razões acima expostas é correto afirmar que o núcleo fundamental de tal força vinculante vem a ser justamente o princípio da proteção da confiança, porquanto esse “robustece notoriamente el valor del precedente administrativo en cuanto ampara la confianza que el mismo inspira normalmente a los ciudadanos y obliga a su respeto”⁴⁵².

⁴⁵² GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, *Curso de...*, v. 1, p. 77.

Reconhecida a conexão que há entre o princípio da proteção substancial da confiança e a vinculação a precedentes administrativos, cumpre nesse momento trilhar uma abordagem que responda, basicamente, a três questões: a primeira delas refere-se aos requisitos para que se possa reconhecer um precedente administrativo dotado de efeitos autovinculantes para a Administração Pública que o produziu; a segunda questão diz com as restrições à alteração do conteúdo inerente a um precedente administrativo; por fim, a terceira consiste na compreensão de quais seriam os efeitos decorrentes da alteração de uma linha decisória contida num determinado precedente administrativo. Todas essas questões serão doravante tratadas, ao que se espera, na perspectiva do princípio da proteção substancial da confiança.

A primeira das questões aproxima-se de uma preocupação que se externou sempre que foram abordados os institutos que dão concreção ao princípio da proteção substancial da confiança. Tal preocupação consiste em se saber quais seriam os ingredientes que tornariam a confiança legítima e, portanto, digna de proteção. Em relação ao caso específico aqui focalizado, trata-se de se saber quais seriam os componentes de legitimação da confiança depositada por aqueles que almejam a preservação, em processos administrativos de seu interesse, de uma diretriz decisória decorrente da reiteração de resoluções idênticas. Pois bem, uma premissa teórica há de ser desde já considerada. Em efeito, como se verá, os elementos pressupostos à configuração de um precedente administrativo vinculante são em quase a totalidade dos casos definidos com base de considerações dotadas de certa vagueza ou por meio de conceitos jurídicos indeterminados, razão pela qual se impõe, na medida do possível, que tais condições sejam sistematizadas o mais breve possível, através de preceitos legais (*de lege ferenda*) ou de outros meios, para que a busca pela proteção da confiança – e pela segurança jurídica, por vias indiretas – não produza um estado de insegurança jurídica.

Pretende-se, nesse passo, uma análise muito mais prospectiva do que retrospectiva, aliás, como referido desde as notas introdutórias deste trabalho.

De início, para a configuração de um precedente administrativo vinculante, o primeiro requisito é que a diretriz decisória que lhe é inerente possa ser encontrada num número significativo de casos. No entanto, não há – e parece nem ser conveniente que haja – um conceito do que deva ser considerado um “número significativo” de casos. Assim, sobreleva-se a importância do intérprete no mister de se empregar postulados de razoabilidade e de ponderação de princípios para que se vislumbre casuisticamente se o número de casos é de fato expressivo.

Um outro requisito, obviamente relacionado com o primeiro, é a necessidade de reiteração da diretriz decisória. Isso implica dizer que não seria possível falar num precedente administrativo se a diretriz decisória, mesmo que numerosa, fosse uma – e não a única – das interpretações dadas a uma determinada questão levada à apreciação da Administração Pública. Assim, imagine-se que sobre um mesmo assunto, a Administração Pública, nos meandros de sua burocracia, tivesse duas posições contrapostas, ambas produzidas por um grande número de decisões. Nesse caso, não se poderá reconhecer, em relação a qualquer das posições, a condição de precedente administrativo vinculante. Não basta, pois, o número de decisões; é necessária para a configuração do instituto do precedente administrativo vinculante a reiteração de tais decisões sempre numa mesma direção.

Um terceiro requisito para a configuração de um precedente administrativo vinculante relaciona-se com a validade das decisões reiteradas sobre dada matéria. Assim como é incontroverso que um costume *contra legem* não pode ser considerado fonte do Direito

Administrativo⁴⁵³, não se poderá reconhecer qualquer *status* de precedente administrativo vinculante àquele que decorre de um conjunto de decisões reiteradas de modo contrário à ordem jurídico-constitucional. Em caso de condutas inválidas, a proteção substancial da confiança pode, sim, atuar⁴⁵⁴, mas não com a configuração de um precedente dotado de efeitos autovinculantes. Lembre-se, outrossim, que, em Direito, pelo seu caráter interpretativo e argumentativo, é possível a coexistência de várias decisões, todas consentâneas à ordem jurídica. Isso significa dizer que uma interpretação válida pode ser substituída por uma outra interpretação válida, embora seja esta diametralmente contrária àquela. Daí por que se apresenta relevante o requisito acima mencionado, qual seja, a reiteração para fins de construção de um precedente administrativo autovinculante.

Por fim, e esse é o requisito que, em termos mais diretos, confere a dita base da confiança, imprescindível para a concretização do princípio em estudo, tem-se a necessidade de que tal série de decisões válidas reiteradas tenha sido divulgada através dos meios adequados de publicidade com um mínimo de transparência suficiente para a construção da convicção, em relação àqueles que pretendem ver o precedente observado em processos futuros de que tal expectativa não será frustrada.

Conjugados todos esses requisitos (decisão exarada num número significativo de casos, de forma reiterada, com observância das regras e princípios vetores da validade da ação administrativa, com razoável divulgação e transparência), acredita-se estar construída uma linha decisória caracterizadora do que se poderia considerar um precedente administrativo vinculante, o qual deverá ser observado em casos futuros que guardem similaridade com aqueles que ensejaram dito precedente. Por certo, como em toda análise acerca de

⁴⁵³ Nesse sentido, vide OLIVEIRA, **Manual de...**, p. 37.

⁴⁵⁴ Vide o capítulo 4.

precedentes, incluídos e sobretudo os judiciais, a sua força autovinculante será tanto maior quanto mais clara for a similaridade havida entre a diretriz decisória que lhe é intrínseca e os casos futuros que serão decididos com base justamente em tal precedente.

Nesse sentido, quer parecer que a inobservância do precedente em casos que, a partir de critérios razoáveis, são similares àqueles que determinaram a sua configuração induzirá à invalidade de tal conduta administrativa, seja por inobservância ao princípio da igualdade, seja por inobservância ao princípio da proteção substancial da confiança. Embora ambos os princípios tenham autonomia científica e, assim, a inobservância de um já ensejaria a invalidade da ação administrativa, apresenta-se incontroverso que se faz qualificada a invalidade decorrente da afronta aos dois princípios referidos, notadamente em face da importância que possuem para a construção da definição do sobreprincípio do Estado de Direito.

Surge, então, a necessidade de ser enfrentada a segunda questão proposta, qual seja, a de se saber se é possível a alteração, pela Administração Pública, da diretriz decisória subjacente ao precedente administrativo. Ora, em linha de princípio, tem-se a afirmar que de nada valeria a construção de uma teoria acerca dos precedentes administrativos se houvesse a irrestrita possibilidade de a Administração Pública desgarrar-se de tal linha decisória. Por outro lado, não se pode, mesmo em nome de um princípio de inafastável relevância ao Estado de Direito, como é o caso da proteção da confiança e da segurança jurídica, petrificar a atuação administrativa no sentido de que um entendimento, por reiterado, nunca poderá ser alterado. Novamente, e isso é habitual em questões jurídicas, tem-se a dizer que *virtus est in médio*.

E o termo médio, no que tange à questão em tela, consiste em se aproveitar algumas considerações esposadas quando da análise da revogação, especialmente uma limitação material a essa forma de extinção de atos administrativos. Disse-se, naquela oportunidade, que não se poderia deixar a manutenção de um determinado ato validamente praticado à mercê do humor dos agentes da Administração Pública. Concluiu-se, assim, que a revogação estaria condicionada à mudança das circunstâncias havidas quando da prática do ato revogando. Tratou-se, pois, de se optar pela denominada “*teoria da quebra da base do ato*”. Nessa mesma linha, quer parecer que, no tocante à alteração de uma diretriz decisória da Administração Pública, isso somente será possível se sobrevier significativa alteração, devidamente fundamentada, nas bases normativas e fáticas que determinaram a edificação do precedente.

Portanto, inexistindo qualquer alteração, seja nas circunstâncias fáticas, seja nas bases jurídicas que foram utilizadas para a concepção de um determinado precedente decisório da Administração Pública, essa não poderá, mesmo que sob uma abstrata alegação de “interesse público”, alterar o posicionamento interpretativo inerente ao precedente em relação a processos levados à sua apreciação, sob pena de ferimento imediato do princípio da proteção da confiança e, mediato, do princípio da igualdade. Poder-se-ia falar, nesse sentido em uma “teoria da base objetiva do precedente administrativo”, numa paráfrase à já referida teoria da base objetiva do negócio jurídico.

Nesse sentido, embora sejam relativas aos precedentes judiciais, revelam-se deveras pertinentes os ensinamentos de Humberto Ávila, segundo o qual até se poderia afastar o

emprego de um determinado precedente, desde que isso ocorresse em face de razões suficientemente fortes⁴⁵⁵.

Tudo o quanto se afirmou acerca de tal limite à alteração dos precedentes administrativos encontra-se embasado, nesse particular, no princípio da proteção substancial da confiança. Ocorre que de tal norma jurídica, se extraem outras conseqüências, dentre as quais uma há de ser aqui destacada.

Com efeito, analisou-se, primeiramente, o que seria necessário para a configuração de um precedente administrativo. Num segundo momento, tratou-se dos limites à alterabilidade, para processos futuros, do que já se encontrava sedimentado num precedente administrativo, os quais seriam consubstanciados, em nome do princípio da proteção substancial da confiança, no condicionamento de qualquer alteração de precedentes a mudanças devidamente justificadas das bases fático-jurídicas determinantes da construção do precedente. Pois bem, além disso, deve ser nesse momento tratada a questão dos efeitos de tal alteração de posicionamento administrativo, em face do princípio da proteção substancial da confiança.

A questão, ao que parece, há de ser posta com a aplicação da regra do artigo 2º, § único, XIII, da Lei nº 9.784/99⁴⁵⁶, Diploma Legal em inúmeras oportunidades referido por conter implícita e explicitamente um conjunto de normas jurídicas indutoras da noção de

⁴⁵⁵ “Como os princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica militam em favor da estabilidade das decisões judiciais [e aqui dos precedentes administrativos], o afastamento dos precedentes depende da existência de razões suficientemente fortes. Nesses casos, o julgador até pode se afastar dos precedentes, mas o afastamento deverá ser um afastamento argumentado. Há, portanto, uma proibição (relativa) de afastamento do precedente (*Abweichungsverbot*) com a conseqüente obrigação de indicar os critérios que irão substituir os anteriormente aplicados (*Vorlagenpflicht*)” (ÁVILA, **Sistema...**, p. 10).

⁴⁵⁶ Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. ... Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: ... XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

proteção da confiança. Tal preceito estabelece que, embora seja possível a elaboração, pela Administração Pública, de “novas interpretações”, resta vedada a sua aplicação retroativa. Essa vedação de aplicação retroativa de nova interpretação consiste, pois, numa verdadeira obrigação de não-fazer, em razão da qual se obsta ao Estado não a edição de novas interpretações – desde que fundamentadas em alterações significativas nas bases que as ensejaram –, mas a aplicação, em situações pretéritas, de interpretações que lhe são supervenientes.

Dessa forma, em face do princípio da proteção substancial da confiança, quando for o caso de se alterar um determinado precedente administrativo – o que, *per se*, já se apresenta excepcional, dada a necessidade de superveniente alteração da “base do precedente” –, faz-se necessário, numa outra incidência do referido princípio, que tal alteração sofra efeitos exclusivamente *ex nunc*.

De outro lado, com numa preocupação *pro futuro*, quer parecer que se apresenta conveniente que a Administração Pública, quando da extraordinária alteração do posicionamento intrínseco a um precedente administrativo, deverá se valer dos mesmos meios de publicação para a divulgação de tal mudança de forma o mais completa possível, para fins de que não sejam novas expectativas construídas sobre uma diretriz decisória não mais vigorante perante a Administração Pública.

CONCLUSÕES

A. Conclusões gerais:

Num ambiente teórico em que ainda é possível encontrar quem entenda que há princípios absolutos, notadamente os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público, apresenta-se hercúlea a tarefa de se tratar de um outro valor jurídico que, embora não seja necessariamente colidente, presta-se a ponderações em face dos princípios acima referidos.

É incontroversa a importância da legalidade administrativa e do interesse público. Aquela por orientar, em sua multifacetada feição de regra, princípio e postulado, a atuação concreta da Administração Pública; este por representar, incontroversamente, a finalidade precípua de tudo o quanto se relacione com qualquer das formas de atividade estatal de índole republicana.

Não se pode olvidar, entretanto, que tais princípios são componentes não exclusivos do sobreprincípio do Estado de Direito, havendo se serem conjugados com outros princípios, dos quais não se pode deixar de situar em eminente posição a segurança jurídica. De outra banda, por vezes legalidade e interesse público são empregados como fórmulas, pretensamente dotadas de uma força mítica, orientadas a um dissimulado cometimento de arbitrariedades. Especialmente quanto ao interesse público, que merece o destacado papel de funcionalizar, enquanto finalidade, a ação administrativa, não raro, é indevidamente utilizado

como um justificador de uma ordinária e invariável posição de supremacia e de prerrogativas outorgadas à Administração Pública. Esquece-se, por vezes intencionalmente, de um lado, que não deve haver prerrogativas que sejam justificadas diretamente num abstrato interesse público, porquanto imperioso o fenômeno mediatizador proporcionado pela legalidade administrativa, vislumbrada como uma garantia dos cidadãos; de outro lado, olvida-se que outorgar ao Poder Público uma invariável posição relacional de supremacia revela-se postura que vai de encontro à própria *ratio* da Constituição Federal, a qual, já numa leitura topográfica, coloca os direitos e garantias fundamentais individuais numa primaz situação.

Impõe-se, pois, que, sem prejuízo da outorga formalmente legítima e materialmente razoável de prerrogativas públicas, com vistas à criação de um *status* de governabilidade e de gerenciamento eficiente, sejam os institutos de Direito Público, notadamente de Direito Administrativo, empregados com uma intransigente consagração dos direitos fundamentais de que são titulares os destinatários de tal função estatal. Urge que antigos conceitos, alguns criados e desenvolvidos em períodos autoritários, sejam revisitados a partir de uma filtragem constitucional⁴⁵⁷, assegurando-se a posição de que o cidadão se faz merecedor. Além disso, com vistas a esse mesmo objetivo, outros institutos – vertidos através de princípios, normas ou postulados – devem ser gerados e desenvolvidos, numa leitura verdadeiramente moderna do Direito Administrativo brasileiro⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ Para a noção de “filtragem constitucional”, vide SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Safe, 1999 e, mais recentemente, SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 10, p. 109-129, jul./set. 2005.

⁴⁵⁸ Como já referido, pode-se tomar como um paradigma para essa leitura do Direito Administrativo verdadeiramente consentâneo com as lentes hermenêuticas da Constituição Federal vigente a monumental obra de JUSTEN FILHO, **Curso de...** Sem prejuízo de eventuais discordâncias com idéias contidas nesse livro, quer parecer que o método nele empregado de se interpretar todos os institutos de Direito Administrativo através de uma perspectiva orientada aos direitos fundamentais, revela a preocupação que conduz a presente tese.

A presente tese, orbitando em torno desse mister de uma leitura adequada da atual Constituição Federal, propôs-se a enfrentar o tema do princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro, como um instrumento orientado a um estado de coisas apto a assegurar a preservação, a conservação de condutas administrativas ou de seus efeitos, mesmo quando decorrentes de atuações contrárias à ordem jurídica e, com maior razão ainda, quando perpetradas validamente. Para tanto, seguiu-se uma espécie de fio condutor – mais prospetivo do que retrospectivo –, pelo qual se analisaram os fundamentos teóricos e o *status* constitucional de tal princípio, passando pela análise de exemplos alienígenas que por razões variadas se assemelham à realidade pátria, bem como pela – incipiente – recepção jurisprudencial e legislativa de tal princípio, até culminar numa abordagem pretensamente mais aprofundada da operatividade de tal princípio, seja em relação às condutas administrativas inválidas, seja em relação às condutas administrativas válidas.

Deflui-se de tudo o quanto se sustentou, cujas conclusões específicas foram destacadas no próprio corpo do texto, que, ao contrário do que outrora se sustentou, há, sim, expectativas depositadas em condutas administrativas, válidas ou inválidas, que merecem, em casos especiais, proteção jurídica.

Desde que conjugados os pressupostos necessários para a configuração da condição de “legítima”, que variam de acordo com cada instrumento de concretização do princípio da proteção substancial da confiança, acredita-se ser teoricamente viável a afirmação de que há, sim, vários modos de proteção jurídica a expectativas depositadas por cidadãos em relação a atos estatais. A afirmação de que “meras – e já não se concorda com esse tom depreciativo – expectativas devem ceder em favor do interesse público” não mais se sustenta, porquanto é de

interesse público a construção de um estado de estabilidade das relação jurídicas, de segurança jurídica e, *ultima ratio*, de segurança jurídica.

B. Conclusões específicas

01. Do princípio – ou sobreprincípio – do Estado de Direito defluem vários outros, os quais, em conjunto, numa circularidade virtuosa, formam a significação jurídica do Estado de Direito. Poder-se-ia resumir tais subprincípios, segundo orientação do STF, através de cinco principais formas de manifestação: a) legalidade ou juridicidade, no sentido de que o Estado se encontra submisso à ordem jurídica que lhe é inerente; b) submissão do Estado a mecanismos de controle e de responsabilização; c) separação das funções estatais; d) submissão do Estado aos direitos e garantias fundamentais; e) segurança jurídica;

02. Embora não se deva promover uma relação direta entre o Estado de Direito e a proteção da confiança, tal relação apresenta-se viável se embasada no fenômeno da mediatização, o qual é desempenhado pelo princípio da segurança jurídica;

03. O conteúdo normativo do princípio da segurança jurídica pode ser dividido em três aspectos: a) numa feição de previsibilidade ou de “cálculo prévio”, que opera *ex ante*, para os fins de se evitar surpresas decorrentes da atividade estatal; b) numa feição de acessibilidade, fundamentando a publicidade e, em termos amplos, a transparência da ação estatal; c) como instrumento de estabilidade, ou de previsibilidade *ex post*, continuidade,

permanência, regularidade das situações e relações jurídicas decorrentes da ação estatal. A proteção substancial da confiança, no Direito Administrativo, situa-se na última significação do princípio da segurança jurídica;

04. Demais disso, à segurança jurídica pode-se atribuir um significado objetivo e outro subjetivo. O primeiro deles abarca as noções de previsibilidade (*ex ante*) e, secundariamente, de acessibilidade. Já a segurança jurídica, em sentido subjetivo, relaciona-se diretamente com a noção de estabilidade, produzindo, no Direito Administrativo, o estado de coisas típico e próprio da proteção substancial da confiança. Diante disso, a proteção substancial da confiança deve ser considerada como um princípio deduzido, em termos imediatos, do princípio da segurança jurídica e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito, com precípua finalidade voltada à obtenção de um estado de coisas que enseje de estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos;

05. No que tange à relação entre proteção da confiança e boa-fé, embora possuam conceitos verdadeiramente conexos, não se pode reconhecer, mesmo numa abordagem que supere meras questões de ordem terminológica, a identidade de tais princípios. Assim, defende-se que o princípio da proteção da confiança e o princípio da boa-fé imbricam-se numa necessária confluência para um estado de lealdade, a se exigir tanto da Administração Pública quanto daqueles que são os destinatários de sua função. Não sendo, entretanto, sinônimos, tem-se que a relação havida entre eles consiste no fato de que a proteção da

confiança, sobretudo em relação a atos administrativos concretos e inválidos, terá a boa-fé do administrado como pressuposto e não como fonte (sobreprincípio) ou como resultado (subprincípio). Ocorre que, em outros casos, a proteção substancial da confiança, garante o estado de estabilidade das relações jurídicas, de forma a prescindir da boa-fé dos destinatários da função administrativa. Impõe-se, pois, que se reconheça a autonomia de conteúdos jurídicos da proteção substancial da confiança e da boa-fé, embora seja incontroversa a existência de pontos de conexão havidos entre tais primados jurídicos;

06. A legalidade administrativa não pode ser considerada como um óbice à incidência do princípio da proteção substancial da confiança, mesmo quando se trata de preservação de condutas – ou seus efeitos – inválidas. Isso porque, as noções de Estado de Direito e de segurança jurídica não estão sob, mas sobre ou ao lado do princípio da legalidade, impondo-se a ponderação entre a legalidade e a segurança jurídica para que, em alguns casos, essa ceda à proteção da confiança com a estabilidade das relações jurídicas, ainda que inválidas. Ademais, o fundamento material da legalidade consiste justamente na busca por segurança jurídica, não se apresentando, pois, num fim em si mesmo. Dessa forma, sempre que a legalidade implicar em conseqüências que se contraponham ao seu próprio fim material, qual seja, a segurança jurídica, terá de ser ponderada com outros valores, como é o caso da proteção substancial da confiança, ensejando tal ponderação a possibilidade de preservação de atos ou efeitos decorrentes de comportamentos inválidos;

07. Do mesmo modo, não se apresenta correto vislumbrar o princípio do interesse público ou da supremacia do interesse público como um empecilho à aplicabilidade do

princípio da proteção da confiança no Direito Administrativo. Em primeiro lugar, embora seja o interesse público – conceito jurídico indeterminado que é – a finalidade recorrente nos institutos de Direito Administrativo, tal princípio há de ser reconsiderado – ou repensado como já se disse alhures – para que seu significado não imponha um instrumento relacional invariável em que todo e qualquer interesse privado seja relegado a um plano secundário, diante de uma simples e abstrata menção ao mítico conceito de “interesse público”. A incontroversa existência de prerrogativas outorgadas em favor da Administração Pública não é diretamente fundamentada no interesse público, senão mediatizada através de regras legais que cristalizam tal noção com a previsão de potestades estatais. Diante disso, numa primeira perspectiva, é juridicamente viável que, em esquema de ponderação hermenêutica casuística, interesses privados predominem sobre interesses públicos, como pode decorrer da concretização do princípio da proteção substancial da confiança. Demais disso, a proteção substancial da confiança, indutora que é da segurança jurídica e da noção de Estado de Direito, propicia, em termos indiretos, a satisfação dos interesses públicos imanentes a esses sobreprincípios;

08. Embora não tenha previsão explícita no texto da Constituição Federal, há de ser reconhecido o status de princípio constitucional à proteção substancial da confiança, em face da necessária dedução “Estado de Direito/segurança jurídica/proteção da confiança”;

09. Considerando-se que o princípio da proteção substancial da confiança encontra-se em estágio inicial de evolução histórica no Direito Administrativo brasileiro, é conveniente a abordagem de como tal princípio se desenvolveu em regimes jurídicos

alienígenas que, por razões diversas, assemelham-se ao fenômeno pátrio. Cumpre salientar que a abordagem comparativa do assunto demandaria, somente ela, um trabalho específico. Optou-se, ao contrário, em não colocar a perspectiva comparativa em termos nucleares, para se a utilizar instrumentalmente, com vistas à compreensão do que ocorreu e vem ocorrendo no Brasil. Destacou-se, nessa visão meramente instrumental, a Alemanha, a Espanha e a França, países esses nos quais a proteção substancial da confiança se originou e apresenta o mais avançado desenvolvimento teórico;

10. Analisando-se a jurisprudência do STF e do STJ, é possível encontrar várias decisões que deram concreção ao princípio da proteção substancial da confiança, mesmo que não se o referisse explicitamente. Relegando-se a questão terminológica a um plano secundário, é possível encontrar decisões exaradas com base na proteção da confiança ora sob a designação de boa-fé, ora com a referência à segurança jurídica. Desse modo, embora o itinerário evolutivo do princípio da proteção substancial da confiança apresente-se em momento incipiente, inegável é o fato de que o seu reconhecimento já tenha ocorrido em solo pátrio. Tal reconhecimento se iniciou, inegavelmente, nos Tribunais Superiores, havendo, a partir disso, a positivação de alguns preceitos legais que dão concreção à proteção substancial da confiança, embora não possam tais regras ser consideradas imprescindíveis à aplicação do princípio em tela;

11. A definição de um princípio jurídico produz informações necessárias para a sua aplicação, mas a análise de sua aplicação (ou operatividade) apresenta-se necessária para construção teórica de sua significação jurídica.

12. A operatividade do princípio da proteção substancial da confiança, numa feição negativa, corresponde a um conjunto de obrigações de não-fazer voltados à conservação de condutas administrativas. Já numa feição positiva, tal princípio conduz a obrigações de fazer consistentes em deveres de cooperação endereçados à Administração Pública. Destaca-se, nesse sentido, sua a feição positiva para que a mesma seja analisada seja no que diz com condutas administrativas inválidas, seja no que toca a condutas administrativas válidas;

13. Ao se analisar a proteção substancial da confiança em relação às condutas administrativas inválidas, deve-se ter por premissa que a Administração Pública possui, em princípio, o dever de invalidar seus atos quando constatar que os praticou à revelia da ordem jurídica, bem como deve, novamente em princípio, desconstituir os efeitos jurídicos decorrentes de tal ato viciado. Essa premissa, contudo, não se mostra absoluta, sendo o princípio da proteção substancial da confiança justamente um instrumento de ponderação que se presta a mitigá-la. Nesse compasso, iniludível que tais instrumentos de atenuação da autotutela administrativa apresentam-se excepcionais e, como tais, devem ser interpretados, no sentido de que não deve ser qualquer expectativa ou confiança depositada que merece tutela jurídica, mas tão-somente aquelas que se apresentam juridicamente legítimas;

14. A proteção substancial da confiança, no que tange a condutas administrativas perpetradas de modo contrário à ordem jurídica, fundamenta, em suma, dois institutos jurídicos. O primeiro deles consiste na fixação de limites temporais, de natureza decadencial,

para o exercício do poder-dever que a Administração Pública possui de anular suas próprias condutas administrativas inválidas. O segundo instrumento de concreção do princípio da proteção da confiança em relação a comportamentos administrativos inválidos, incidente aos casos em que não se poderia falar em decadência administrativa, consistiria na preservação dos efeitos produzidos em razão de um ato administrativo inválido, seja em relação a terceiros de boa-fé, o que de há muito é reconhecido, seja em relação a destinatários não-causadores do vício, o que se impõe dado o significado da proteção da confiança. Diante disso, propõe-se que a anulação *ex officio* deva ser considerada como uma extinção dotada de efeitos não-retroativos (*ex nunc*, portanto), ressalvada a comprovada má-fé de terceiros ou destinatários;

15. No que tange à operatividade da proteção substancial da confiança em relação a condutas administrativas válidas, notadamente em relação aos limites à extinção de atos administrativos por meio da revogação, surpreende a falta de enfrentamento sobre o assunto. Propõem-se como instrumentos de concreção da proteção da confiança nessa seara, basicamente três institutos. O primeiro deles correspondente à fixação de limites temporais, também de natureza decadencial, ao exercício da prerrogativa revogatória da Administração Pública. Um outro instrumento, enraizado por analogia à teoria da quebra da base dos negócios jurídicos, corresponderia ao condicionamento do exercício da potestada revogatória da Administração Pública à alteração de elementos substanciais que ensejaram a edição do ato administrativo revogando. Por fim, no que tange aos precedentes decisórios da Administração Pública, em nome da proteção da confiança, imperioso que sejam observados alguns limites. O primeiro deles é o de que a alteração do teor essencial do precedente reste também condicionada à superveniência de circunstâncias que justifiquem tal mudança. O segundo consiste na impossibilidade de aplicação retroativa de novas interpretações.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Fernando Henrique Mendes de. Revogação dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 56, 1959.

ALMEIDA, Mário Aroso de. **Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes**. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Sobre a autoridade do caso julgado das sentenças de anulação de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1994.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Garantia do contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002. v. 1.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2002. v. 2.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 193, 1961.

ANDRADE, José Robin de. **A revogação dos actos administrativos**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1985.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 235, p. 51-64, abr./jun. 2004.

_____. A 'supremacia do interesse público' no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 8, p. 7-21, jan./mar. 2005.

ARANHA, Márcio Nunes. Segurança jurídica *stricto sensu* e legalidade dos atos administrativos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 34, abr./jun. 1997.

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ATALIBA, Geraldo. **Pareceres de direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. v. 3.

_____. **República e constituição**. 2. ed. atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2004.

ÁVILA, Humberto. Benefícios fiscais inválidos e a legítima expectativa do contribuinte. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 22 nov. 2004.

_____. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: v. 215, p. 151-179, jan./mar 1999.

_____. Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 24, p. 159-180, 1998.

_____. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direito dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. O princípio do enriquecimento sem causa em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 210, p. 25-35, out./dez. 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformação do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O enriquecimento injusto como princípio geral do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 210, p. 37-83, out./dez. 1997.

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de processo administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Prescrição administrativa: autonomia do Direito Administrativo e inaplicabilidade da regra geral do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 27, p. 89-107, 1999.

_____. Princípios constitucionais brasileiros. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 1, p. 165-185, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 8, p. 77-113, jan./mar. 2005.

BOBBIO, Norberto. **Teoria della scienza giuridica**. Turim: Giappichelli, 1950.

BORGES, José Souto Maior. Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 1, p. 140-146, 1993.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 12, out./dez. 2002.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996.

CALMES, Sylvia. **Du principe de protection de la confiance legitime en droits allemand, communautaire et français**. Paris: Dalloz, 2001.

CAMPAZ, Walter. **Revogação dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

CAMPOS, Francisco. Ato administrativo – revogação – competência – reconhecimento de direitos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 23, 1951.

_____. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Introdução e tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARINGELLA, F; DELPINO, L.; DEL GIUDICE, F. **Diritto amministrativo**. 15. ed. Napoli: Simone, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

_____. **Processo administrativo federal: comentários à Lei 9.784 de 29/1/99**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CASTILLO BLANCO, Federico A. **La protección de confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 1998.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira (1891)**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editoria, 2002.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA MANSO, Paulo da. Revogação dos atos administrativos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 31, 1974.

COUTO E SILVA, Almiro. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004.

_____. Atos jurídicos de Direito Administrativo praticados por particulares e direitos formativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 95, jan./mar. 1969.

_____. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 204, abr./jun. 1996.

_____. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, out./dez 1987.

_____. Responsabilidade do estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 63, jul./set. 1982.

_____. Responsabilidade pré-negocial e culpa *in contrahendo* no Direito Administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

_____. Teoria da base do negócio jurídico no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 655, 1990.

DANTAS, Ivo. **Princípios constitucionais e interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DE LOS MOZOS, Jose Luis. **El principio de la buena fe**. Barcelona: Bosch, 1965.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAGUDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. Revogação e anulamento do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 2, 1945.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle da constitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.) **Constituição e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FERRAZ, Sérgio. Extinção de atos administrativos: algumas reflexões. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, jan./mar. 2003.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Estado de direito e devido processo legal. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, 1996.

_____. **Extinção dos contratos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Revogação dos atos administrativos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 67, 1983.

FOILLARD, Philippe. **Droit administratif**. Orléans: Paradigme, 2005.

FRADA, Manuel A. de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 2004.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Classificação dos atos administrativos inválidos no Direito Administrativo brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 32, p. 83-100, 2000.

_____. Contraditório e invalidação administrativa no âmbito da Administração Pública Federal. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 37, p. 118-139, 2002.

_____. Invalidação administrativa na Lei Federal n° 9.784/99. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 29, 2000.

_____. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Dever de motivação, de convalidação e de anulação: deveres correlacionados e proposta harmonizadora. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 16, out./dez. 2002.

_____. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. **A interpretação sistemática do Direito**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Org.) **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000.

FREITAS, Márcia Bellini. O princípio da confiança no direito público. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 168, out. 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 11. ed. Madrid: Civitas, 2002. v. 1.

GARCIA LUENGO, Javier. **El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 2002.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Nunca confie num burocrata: a doutrina do ‘estoppel’ no sistema da ‘common law’ e o princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37 da CF/88). In: ÁVILA, Humberto (Org.) **Fundamentos do estado de direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 3. ed. Madri: Civitas, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini. Revogação e anulação dos atos administrativos pela própria Administração. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 21, 1972.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HART, Herbert L. A. **The concept of law**. London: Oxford, 1961.

HECK, Luís Afonso. **O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais**: contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. Porto Alegre: Safe, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

_____. Conceito de interesse público e a ‘personalização’ do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

_____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KNIJNIK, Danilo. **A exceção de pré-executividade**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. O princípio da segurança jurídica no direito administrativo e constitucional. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 13, 1994.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**, trad. Carlos Fernández Rodrigues. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste, 1983.

LEITE, Fábio Barbalho. Rediscutindo a estabilização, pelo decurso temporal, dos atos administrativos supostamente viciados. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, p. 101-104, jan./mar. 2003.

MAFFINI, Rafael Da Cás. Atos administrativos sujeitos a registro pelos Tribunais de Conta e a decadência da prerrogativa anulatória da administração pública. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 10, p. 143-163, jul./set. 2005.

_____. O direito administrativo nos quinze anos da Constituição Federal. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 94, jun. 2004.

_____. Em torno do prazo decadencial de invalidação de atos administrativos no exercício da autotutela administrativa. In: ÁVILA, Humberto (Org.) **Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Emenda Constitucional nº 45/04 e o conceito de “atividade jurídica” como requisito de ingresso nas carreiras da magistratura e do ministério público. **Revista Brasileira de Direito Público**, São Paulo, n. 8, p. 115-132, jan./mar. 2005.

MANGANARO, Francesco. **Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1995.

MARÍN RIAÑO, Fernando. La recepción del principio de protección de la confianza legítima en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Comentario a la STS (Sala 3ª, Secc. 3ª) de 28 de fevereiro de 1989. **La Ley**, 1989.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, José Frederico. A revogação dos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 39, 1955.

MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. In: ÁVILA, Humberto (org.) **Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Comentários ao novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, t. 1.

_____. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. REALE, Miguel, REALE JÚNIOR, Miguel, REALE, Eduardo (Org.) **Experiências do direito**. São Paulo: Millenium, 2004.

_____. A proteção da legítima confiança nas relações obrigacionais entre a administração e os particulares. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 22, p. 228-255, set. 2002.

MARTINS FILHO, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. São Paulo: Saraiva, 2004.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Safe, 2001.

MAXIMILIANO, Carlo. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Traducción Horacio H. Heredia, Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. 1.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Segurança jurídica e confiança legítima. In: ÁVILA, Humberto (Org.) **Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Concorrência pública: revogação. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987.

_____. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

MERKL, Adolf. **Teoria general del derecho administrativo**. México: Nacional, 1980.

MONCADA, Luís S. Carbral de. **Lei e regulamento**. Coimbra: Coimbra, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Mutações do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Sociedade, estado e administração pública**: perspectivas visando ao realinhamento constitucional brasileiro. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.

MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Licitação e contratos públicos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NASSAR, Elody. **Prescrição na administração pública**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma interpretação constitucional da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **O princípio da boa-fé e sua aplicação no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Safe, 2002.

NOVELLI, Flávio Bauer. Eficácia do ato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 61, p. 22-29, 1961.

NOVOA, César García. Seguridad jurídica y derecho tributario. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (Org.) **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997, v. 1: Direito tributário.

OHLWEILER, Leonel. **Direito administrativo em perspectiva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

OLIVEIRA, Odília Ferreira da Luz. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Revonar, 1997.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 28, p. 32-65, 1998.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários á Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

_____. **Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. Minas Gerais: Fórum, 2005.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução Vergínia K. Pupí. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **La seguridad jurídica**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1994.

PIGNATARO, Gisella. **Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1999.

RACCA, Gabriella. **La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correteza**. Napoli: Jovene, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. A valorização do processo administrativo: o poder regulamentar e a invalidação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Org.) **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000.

REALE, Miguel. **Revogação e anulamento do ato administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

RESTA, Raffaele. **La revoca degli atti amministrativi**. Milano: Giuffrè, 1935.

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. 2. ed. Tradução José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Direito administrativo**. Tradução Rogério E. Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. Natureza e eficácia das disposições constitucionais transitórias. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA, Willis Santiago (Org.) **Direito constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. In: ÁVILA, Humberto (Org.) **Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROPPO, Vincenzo. **Il contratto**. Milano: Giuffrè, 2001.

SAINZ MORENO, Fernando. La buena fe en las relaciones de la administración con los administrados. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 89, p. 293-314, 1979.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. Tradução J. Oliveira Santos e Ambrósio de Pina. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SANTOLIM, César Viterbo Matos. **A aplicação dos princípios de proteção do consumidor ao comércio eletrônico no direito brasileiro**. 2003. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **Da anulação ex officio do ato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARAIVA, Márcia Maria Tamburini Porto. **A Lei Federal n° 9.784/99: base para uma Codificação Nacional de em direito processual administrativo?** Rio de Janeiro: Lume Júris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.) **Constituição e segurança jurídica** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 4, p. 167-185, jan./mar. 2004.

_____. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Safe, 1999.

_____. Novos desafios da filtragem no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, n. 10, p. 109-129, jul./set. 2005.

SCHONBERG, Soren J. **Legitimate expectations in administrative law**. Oxford: Oxford, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

SIFUENTES, Mônica. **Súmula vinculante**: um estudo sobre o poder normativo dos tribunais. São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Limites à invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SIMÕES, Mônica Martins Toscano. **O processo administrativo e a invalidação de atos**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUSA, António Francisco. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como poder**: uma nova teoria da divisão dos poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STEIN, Torsten. **A segurança jurídica na ordem legal da República Federal da Alemanha**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, maio 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 79, 1986.

_____. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Org.) **As leis de processo administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Sistema constitucional das competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 1, p. 272-281, 1993.

SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (Org.) **As leis de processo administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000.

TALAMINI, Daniele Coutinho. **Revogação do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Distinção científica entre prescrição e decadência – um tributo à obra de Agnelo Amorim Filho. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 836, p. 49-68, jun. 2005.

VACARELLA, Romano. **Titolo esecutivo, precetto opposizione, rist.** Torino: UTET, 1984.

VENTURA, Deisy. **As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia**: os desafios de uma associação inter-regional. Barueri: Manole, 2003.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1992.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.