XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA

ANDRESSA DE OLIVEIRA LANCHOTTI

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Coordenadores: Andressa De Oliveira Lanchotti, Sebastião Sérgio Da Silveira – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-150-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Administrativo. 3. Gestão Pública. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

A presente coletânea é produto da reunião dos trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública II, do XXV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação e Direito - CONPEDI, realizado na cidade de Brasília, no período de 06 a 08 de julho de 2.016.

O resultado que ora apresentamos é fruto do labor de mais de dezenas de pesquisadores, sendo que os trabalhos refletem um pouco da situação atual de nosso direito administrativo e da gestão pública que dele decorre.

Conforme é sabido, o Direito Administrativo brasileiro vem passando por um intenso processo de ressignificação, na busca de novos paradigmas e valores, principalmente como forma de atender aos princípios consagrados na Constituição de 1.988.

A gestão pública, sempre muito influenciada por velhos métodos e práticas, também vem sendo colocada à prova, diante das necessidades de busca de eficiência, economicidade e transparência.

Sempre muito resignada, a sociedade brasileira parece não mais se conformar com a situação caótica vivida pelo Estado Brasileiro e vem clamando por reformas e mudanças.

Os trabalhos ora apresentados refletem as inquietações da doutrina e os desafios existentes, principalmente em razão das aspirações de nosso povo, que sedento por melhores serviços públicos, vem exigindo transformações na administração pública.

Considerando tais premissas, os pesquisadores foram divididos em grupos, buscando alguma pertinência temática, com vistas à orientação dos debates que seguiram a apresentação dos trabalhos.

Um dos eixos discutiu temas atuais de licitações e contratos, apontando dificuldades, propostas e as perspectivas do instituto.

Os servidores públicos, foram objeto de outro eixo de discussão, onde foram abordados interessantes temas relativos à greve, regime de previdência, processo disciplinar, nepotismo e responsabilidade.

Serviços públicos e parcerias público privadas foram agregados em outro subgrupo, onde foram apresentados interessantes trabalhos, com ênfase em arbitragem, capital privado, administração penitenciária e sustentabilidade.

Por fim, no último eixo, foram tratados palpitantes temas residuais, como corrupção, bens públicos, compromisso e ato administrativo e responsabilidade dos integrantes de conselhos administrativos de paraestatais.

Convictos da qualidade e atualidades dos trabalhos apresentados, fazemos um convite à leitura e reflexão, na expectativa de que cada um dos textos possa influir no aperfeiçoamento do direito administrativo e da gestão pública em nosso país.

Brasília, julho e 2.016.

Profª Dra. Andressa de Oliveira Lanchotti

Professora das Faculdades Milton Campos-FMC, Minas Gerais e Pesquisadora Associada à Faculdade de Direito da UFMG, Minas Gerais.

Prof. Dr. Sebastião Sérgio da Silveira

Professor da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP e da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP/USP.

A ATUAL INTERPRETAÇÃO JURIDICA DA EXTINÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

THE CURRENT LEGAL INTERPRETATION OF THE ADMINISTRATIVE ACT EXTINCTION

Tereza Cristina Mota dos Santos Pinto [1]

Resumo

A revogação e anulação são as formas mais relevantes de desfazimento do ato administrativo, por serem as mais comuns e por suscitarem variações em sua aplicação. Este artigo objetiva analisar a mudança de paradigmas enfrentada pelo Direito Administrativo, consubstanciada no modelo de Administração Gerencial e na aplicação de princípios como segurança jurídica, boa-fé e proteção à confiança, quanto à invalidação do ato administrativo. Para tanto, será utilizada uma metodologia indutiva, método qualitativo, baseada, em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Justifica-se a necessidade científica do estudo dada a dinamicidade do Direito e sua necessidade de modernização frente à estabilidade das relações jurídicas.

Palavras-chave: Administração pública gerencial, Desfazimento do ato administrativo, Segurança jurídica, Boa-fé, Proteção à confiança

Abstract/Resumen/Résumé

The repeal and annulment are the most relevant ways of unwinding of the administrative act, because they are the most common and raise variations in its application. It's intended to analyse the change of paradigms in administrative law, embodied in the model of Management and Administration in the application of principles such as legal certainty, good faith and trust, with regard to the protection of the administrative act invalidation. Will be used an inductive methodology, qualitative method, based on bibliographical research and jurisprudence. Justifies the need of study given the dynamism of the right and its need of modernization.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Management public administration, Abolishment of the administrative act, Legal certainty, Good faith, Reliable protection

[1] Mestranda em Direito Ambiental na Universidade do Estado do Amazonas e Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade Damásio de Jesus. Advogada, Professora da Universidade Nilton Lins.

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo revela a existência de diversas formas de desfazimento do ato administrativo, até mesmo aquela considerada como mero exaurimento de efeitos, sendo, entretanto, as duas principais a revogação e a anulação. Tais formas correspondem à retirada do ato do meio jurídico, seja por questões de legalidade ou de conveniência e oportunidade.

Há algumas décadas, o ato administrativo era considerado o centro das relações jurídicas administrativas, capitaneado pelo princípio da legalidade como principal elemento, de aplicação absoluta.

Verifica-se, contemporaneamente, uma mudança de paradigmas, no qual a análise da legalidade perante o ato administrativo vem perdendo seu espaço central, dando lugar ao chamado Direito Administrativo Gerencial, modelo baseado na eficiência dos resultados, parcerias com a iniciativa privada e mais identificação com o cidadão, promovendo uma ruptura com a administração burocrática.

O presente artigo analisa a nova faceta do Direito Administrativo, quando da extinção do ato administrativo, revelando uma postura mais humanista por parte da Administração Pública, baseada no princípio da segurança jurídica, que, por vezes, ganha destaque frente ao princípio da legalidade. Ressalte-se que esta nova visão jurídica permeadora do ato administrativo não contempla, nem coroa, atos ilegais. O objetivo é manter a estabilidade das relações jurídicas e a credibilidade do Estado perante os administrados, de modo que não sejam surpreendidos por decisões diferentes das que acreditavam estar consolidadas.

Assim sendo, hoje o princípio da legalidade não é mais aceito como regra absoluta, conquanto seja condição imprescindível ao Estado Democrático de Direito, devendo ser realizada a ponderação de princípios e regras para impedir a instabilidade do ordenamento jurídico.

Na realidade, trata-se de um alargamento do princípio da legalidade, ampliando-o para abranger não só a lei em sentido puramente formal, mas também os valores e princípios, uma nova tendência que aos poucos vem se impregnando ao Direito Administrativo como resultado do surgimento e desenvolvimento da Administração Pública Gerencial.

Neste trabalho, utilizando a pesquisa bibliográfica de doutrina e jurisprudência, pelo método qualitativo, busca-se contribuir com o estudo da nova visão jurídica do desfazimento do ato administrativo, considerando os princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção à

confiança, que nos revelam uma nova prática de exercício de autotutela pela Administração Pública.

1. O ATO ADMINISTRATIVO: DO NASCIMENTO AO DESFAZIMENTO

A Administração Pública sempre foi elemento moldado pela evolução histórica dos Estados, assim como a ordem jurídica, a ciência do direito e a própria figura estatal foram pela sociedade. As várias transformações por que passara foram necessárias para consolidar a corrente ideológica predominante em cada época.

Para cumprir com suas obrigações perante os administrados, a Administração Pública atual faz uso de atos, atos estes que fazem surgir um direito, uma obrigação ou dever para com os cidadãos. Os atos administrativos, como ficaram conhecidos, são o verdadeiro combustível que move a máquina estatal. É assim, por meio deles, que o Estado atinge suas finalidades, que governa, comanda, faz valer sua supremacia em detrimento do interesse particular.

Na realidade, a Administração pratica vários atos, dentre eles o ato administrativo. Outros atos, como os políticos, os materiais e os de direito privado são apenas *atos da Administração*, pois lhes falta algum requisito próprio do ato administrativo. Para que assim seja considerado, se encontra revestido de características peculiares que lhes distinguem dos outros atos.

O conceito de ato administrativo é partilhado por diversos juristas, senão vejamos:

> Pode-se definir ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com a observância da lei, sob regime jurídico de direito publico e sujeita a controle pelo Poder Judiciário. (DI PIETRO, 2011, p.198)

> É possível conceituar ato administrativo como: declaração de vontade do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providencias jurídicas complementares da lei a titulo de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. (MELLO, 2005, 358)

De modo a efetivar o supraprincípio da supremacia do interesse público sobre o particular, o ato administrativo surgiu com prerrogativas que o diferenciam dos demais atos, como a presunção de legitimidade, imperatividade e autoexecutoridade.

Desta forma, presume-se que o ato administrativo está sempre sujeito ao princípio da legalidade e, por isso, foi praticado em conformidade com a lei. Sem esse atributo, a Administração Pública sofreria do mal da insegurança, à medida que seria possível questionar

todos os seus atos. Além disso, o ato administrativo pode ser executado sem qualquer intervenção do Poder Judiciário, diretamente pela Administração, bem como cria obrigações a terceiros, mesmo sem sua anuência, decorrente do chamado poder extroverso, que vai além da esfera jurídica da própria Administração e alcança a esfera jurídica de terceiros.

Quanto ao desfazimento do ato administrativo, diversas são as formas. Este pode simplesmente *cumprir seus efeitos*, e diante do exaurimento deixar de existir. Tem-se que o ato já cumpriu seu objetivo e não há mais motivos para sua existência. Encerrada sua missão, é excluído do mundo jurídico.

Em outras hipóteses, o ato é retirado do mundo jurídico pelo Poder Público, que emite outro ato com o poder de extinguir o anterior. Temos então a *cassação,* quando o beneficiário deixa de cumprir as condições que lhe são impostas. Há *caducidade* com a vinda de nova legislação com a qual o ato não se conforma. E por fim, temos a *contraposição ou derrubada*, quando o ato deixa de existir em razão de outro ato que gerou efeitos opostos aos seus; e a *renúncia* do ato, quando o beneficiário abdica de situação jurídica que lhe é favorável.

Afora os já citados, existem mais dois meios de retirada do ato: anulação e revogação, que são objeto deste trabalho.

Quando o ato administrativo se revela ilegítimo ou ilegal, contrário ao Direito, nasce a figura da anulação, com vistas a estabelecer a legalidade violada. Pelo conceito de Mello (2008, p.452), anulação é "[...] supressão de um ato administrativo ou da relação jurídica dele nascida, por haverem sido produzidos em desconformidade com a ordem jurídica".

Esta ilegalidade atinge o ato desde sua origem, por isso a doutrina considera que não há criação de situações jurídicas, direitos ou obrigações, o que justifica os efeitos *ex tunc*, retroativos, deste tipo de desfazimento do ato administrativo. Significa dizer que qualquer efeito derivado deste ato nulo, será de igual forma, extinto do mundo jurídico.

Em casos excepcionais, permitem-se os efeitos *ex nunc* apenas, respeitando-se aqueles que atingirem terceiros, ou até mesmo pode-se deixar de anular o ato, sempre com motivação. A máxima mais moderna é de, em regra, somente anular o ato viciado que causa prejuízos aos administrados e que não pode ser objeto de convalidação, observada sempre a boa-fé.

A doutrina tem se posicionado no sentido de reconhecer a anulação de ato administrativo com efeitos *ex tunc* apenas para atos restritivos. Em se falando de atos ampliativos, os efeitos são *ex nunc*. Nas duas hipóteses, sempre se deve apurar a boa-fé, pois em caso de má-fé, sempre e sempre os efeitos serão retroativos.

Neste sentido, esclarece Vale (2012, p.55):

> Tal retroatividade não abrangeria situações já consolidadas quando se trata de atos ampliativos da esfera de direito do destinatário do ato, quando este está de boa-fé. Não obstante a total observância do Princípio da Legalidade, o fato é que o administrado de boa-fé não tem culpa se a Administração Pública emitiu um ato administrativo ilegal, mesmo porque todo ato administrativo é recoberto pelo atributo da legitimidade. Nesse sentido, a Justiça se encontra mais pela consolidação de situações geradas por atos administrativos ilegais ampliativos da esfera do direito de seu destinatário, mesmo que inconstitucionais. Isso porque o Princípio da Segurança e da Confiança Sistêmicas seria mais adequado para se fazer justiça nesse caso e, em razão disso, não haveria que se falar em afronta ao Princípio da Legalidade.

Sob essa ótica, cita-se o exemplo: servidor público recebe a mais do que faz jus (ato de natureza ampliativa), ao ser desconstituído o ato, ele receberá a partir daquela data o valor que de fato lhe é devido, sem nada ter que devolver ao Poder Público, fazendo, por óbvio, prova de boa-fé. Mas se este mesmo servidor recebe a menos do que tem direito (ato de natureza restritiva), ao ser invalidado o ato, a Administração tem o dever de restituir o valor não recebido durante este tempo.

Deste modo já se posicionaram os Tribunais, como é o caso:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. SÚMULA STF 473. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA FÉ. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO DE VALORES RECEBIDOS A MAIOR. HORAS EXTRAS. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA PRECLUSA.
> 1. A Administração pode, a qualquer tempo, rever seus atos eivados de erro ou ilegalidade (Súmula STF 473), porém o reconhecimento da ilegalidade do ato que majorou o percentual das horas extras incorporadas aos proventos não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, uma vez comprovada a boa-fé da impetrante, ora agravada. Precedentes.
> 2. Encontra-se preclusa a questão envolvendo o não- reconhecimento de prescrição do ressarcimento em relação às parcelas pretendidas e que são posteriores ao qüinqüênio que antecederam à propositura da ação.
> 3. Agravo regimental improvido. (AI 490551 – AgR/ DF. Relator Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010)

Isso nos remonta a um conceito de legalidade temperada ou alargada, própria da sociedade moderna e leal ao princípio da proteção à confiança. Assim sendo, nem toda decisão pode obedecer a uma legalidade totalmente impermeável, sob pena de causar prejuízos tamanhos a ponto de ser preferível manter o ato inválido. Obviamente alguns requisitos se impõem neste cerne, até mesmo para que o Direito não contemple má-fé, corrupções e injustiças.

Os sujeitos ativos da anulação são tanto a Administração Pública quanto o Judiciário. Isto porque, aqui não há que se falar em julgamento do chamado mérito administrativo. Observa apenas a estrita legalidade. A forma mais comum e normal de anulação do ato

administrativo é feita pela própria Administração no exercício da autotutela. Porém, uma vez anulado ou não o ato pela Administração, pode-se recorrer ao Judiciário tanto para o restabelecimento da situação anterior, como justamente para anular o ato ilegal ou ilegítimo que assim não foi feito pelo Poder Público.

Além disso, questão que se põe como imprescindível é da necessidade de realização de processo administrativo prévio quando da existência de suposta ilegalidade no ato administrativo, obedecendo, portanto aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Neste sentido, a orientação do Supremo Tribunal Federal:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SÚMULA 473 DO STF. NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 5º, LIV E LV DO STF. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO. I - O entendimento da Corte é no sentido de que, embora a Administração esteja autorizada a anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais (Súmula 473 do STF), não prescinde do processo administrativo, com obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Precedentes. II - Como tem consignado o Tribunal, por meio de remansosa jurisprudência, a alegada violação ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição, pode configurar, em regra, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário. III - Agravo regimental improvido" (AI 710.085-AgR/ SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJ 6.3.2009).

Já a revogação é a extinção do ato administrativo lícito por motivos de conveniência e oportunidade, ou seja, exaurimento de efeitos de atos reputados inconvenientes e inoportunos à Administração Pública, no exercício de competência discricionária.

Por óbvio, este desfazimento pressupõe, desde sempre, fundamentação por parte de quem o pretende revogar (de acordo com sua competência), à medida que o Estado Democrático de Direito não admite arbitrariedades, bem como deve obediência aos princípios que norteiam esta ciência jurídica, como o do direito adquirido e da segurança jurídica, ainda que o administrador tenha o poder para decidir sobre o caso a partir do interesse público e não do particular.

O fato é que a Administração não pode invalidar situações consolidadas e que se formaram pelo próprio consentimento desta, criando à população prejuízos e incertezas, quando, na verdade, sua função seria estabelecer a ordem e a paz social. Assim, o direito adquirido pode se mostrar como barreira à revogação.

Vale lembrar que a revogação pressupõe ato lícito, perfeito e válido. Este ato anteriormente foi julgado conveniente e com o passar do tempo, vem a ser inconveniente. Aliás, se o ato já nascesse sendo inoportuno à Administração, padeceria desde o começo de vício de legalidade, que ensejaria a anulação. Isto quer dizer que, o ato nasce oportuno e

conveniente, e com o passar do tempo, nas diversas mudanças de relações ou acontecimentos, ele torna-se inconveniente e precisa ser revogado.

Neste caso peculiar de desfazimento do ato, os efeitos não retroagem, sendo válidos todos até a data da revogação. Esses efeitos já transcorridos ficam intactos, até porque se pressupõe que até ali, os efeitos gerados pelo ato eram oportunos ao Poder Público, não tendo razão para lhe suprimir efeitos anteriores, com o objetivo de restaurar o *status quo*. O desfazimento opera dali em diante, no latim, *ex nunc*. Isto porque, como já falado, o escopo a ser atingido é o impedimento de efeitos futuros, interrompendo-os, a partir do momento em que o ato torna-se inoportuno aos interesses públicos.

Questão que se mostra relevante é da impossibilidade de o Judiciário revogar atos administrativos, já que, por tratar de competência discricionária, somente à Administração pertence esta competência, pois ao Judiciário não cabe exercer tipicamente função administrativa.

Entretanto, inovando em seu posicionamento e com voto bastante interessante, que ressalta cada vez mais os novos contornos que vem recebendo o Direito Administrativo ao longo do tempo, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Eliana Calmon, defendeu a tese de que em certos casos o Judiciário pode examinar questões de mérito administrativo, sendo contrariada apenas pelo Ministro Francisco Peçanha Martins, que teve seu voto vencido. Eis a decisão:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.
> 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
> 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigi-la.
> 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
> 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.
> 5. Recurso especial provido. (Recurso Especial nº 429.570 - GO (2002/00461108. Relatora Ministra Eliana Calmon)

E em seu voto na íntegra ainda explica:

> A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de "Cavalo de Tróia" pelo alemão Huber, transcrito em "Direito Administrativo em Evolução", de Odete Medauar.
> **Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato**

> **administrativo a área de controle.** E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública. **(g.n)**

2. NOVOS CONTORNOS DO ATO ADMINISTRATIVO: A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL

O Direito Administrativo vem ganhando novos contornos. Toda a rigidez que permeava o ato e seus atributos vem dando lugar a um modelo de Administração mais flexível. Hoje é possível transpor a legalidade do ato em nome do princípio da segurança jurídica. Tempos atrás a legalidade reinava absoluta, estando acima de todos os princípios. Agora, há princípios que se colocam à frente na escala de preferências na solução de conflitos, como cita Carvalho (2009, p.46) "vem sendo substituída a legalidade em sentido estrito pela noção de juridicidade, desenvolvida pela doutrina".

Neste contexto, emergindo na segunda metade do século XX, a Administração Pública chamada Gerencial se identifica com os interesses dos cidadãos, baseada em resultados, mais eficiência e parcerias. A iniciativa privada vem desenvolvendo seus laços com o Estado por meio deste novo modelo de administrar. A burocracia vem perdendo espaço, à medida que a nova Administração Pública vem se solidificando sob a égide do princípio participativo e da soberania popular.

De acordo com a apresentação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, Administração Pública Gerencial é aquela:

> (...) baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão, que, numa sociedade democrática, é quem dá legitimidade às instituições e que, portanto, se torna "cliente privilegiado" dos serviços prestados pelo Estado.

A postura extremamente legalista dá lugar a uma postura mais humanista, com enfoque no interesse da coletividade e não apenas no interesse da Administração. E é nesse sentido que a hegemonia do ato administrativo vem sendo atenuada, pois a Administração Pública Gerencial não mais comporta o modelo intocável, centralizado e rígido do ato. Suas características, atributos e pressupostos nem sempre estão prevalecendo perante os princípios mais atuais, norteadores deste ramo do Direito, tal como o princípio da proteção à confiança. Servem, por óbvio, para conduzir o administrador, mas não mais aparecem no papel principal.

Convém esclarecer, que não há como desconsiderar as peculiaridades do ato administrativo. Até porque a legalidade é o princípio base de todos os outros princípios e não

se pode simplesmente descartá-la em nome de um novo modelo de gestão. Em qualquer nova forma de administração tal princípio estará presente, pois é o pilar em que se apóia o Direito.

O que vem sendo mostrado é que este não mais figura como ator principal para o Direito Administrativo, por fazer parte de um modelo burocrático que, por vezes, se revela incompatível com o momento atual. Tem-se assim, uma legalidade como critério de ponderação da boa-fé e segurança jurídica.

Neste contexto de mudanças, não só a origem do ato administrativo e sua manutenção são atingidos, como também seu exaurimento do mundo jurídico. O que antes formava um conjunto de regras rígidas e sistemáticas que levavam a um só resultado, nos leva a refletir que, atualmente, é imprescindível a análise do caso concreto, pois os novos princípios nos guiam por diferentes caminhos. A solução pode variar caso a caso, considerando não só a estrita legalidade do ato, como também a situação do administrado em questão, os prejuízos que tal decisão poderá causar, a instabilidade que gerará tal desfazimento, dentre outros.

Atualmente, quando se fala em desfazimento do ato administrativo, uma série de questões são minuciosamente sopesadas, abrindo um leque de opções ao administrador para adequação ao caso concreto, levando sempre em consideração o interesse dos administrados. E aqui não há que se falar em interesse do particular sobre o interesse público, desvirtuando um dos princípios do Regime Jurídico Administrativo. Até porque o interesse público não é só o interesse da Administração, ele está ligado à adequada aplicação da lei e da justiça.

3. SEGURANÇA JURÍDICA, BOA-FÉ E PROTEÇAO À CONFIANÇA FRENTE AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA EXTINÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

O Art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988 protege o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, como meio de consolidar a segurança jurídica. O ato jurídico perfeito é aquele que, dentro da legalidade, já foi realizado. O direito adquirido é aquele que se aperfeiçoou, cumpriu os requisitos legais de sua existência. E a coisa julgada é a decisão judicial irrecorrível. Todos eles transmitem aos administrados a ideia de estabilidade, imutabilidade. Foi chegar a esses conceitos o que o legislador pretendeu ao criar tais figuras, tendo em vista que nenhuma relação sadia nasceria de um Estado instável, que muda de opinião a cada instante e deixa, neste sentido, a sociedade ao bel prazer de seus caprichos. É o que explica Couto e Silva (2003):

> [...] nos vínculos entre o Estado e os indivíduos, se assegura uma certa previsibilidade da ação estatal, do mesmo modo que se garante o respeito pelas situações constituídas em consonância com as normas impostas ou reconhecidas pelo poder público, de modo a assegurar a estabilidade das relações jurídicas e uma certa coerência na conduta do Estado.

O princípio da segurança jurídica por vezes contrasta com o princípio da legalidade e, por isso, nem sempre foi bem aceito pela doutrina. Contudo, como já visto, em certas situações e, obedecidos alguns requisitos, a segurança jurídica, em nome do equilíbrio e harmonia das relações entre Estado e cidadãos, e até mesmo como medida de justiça, consegue ganhar posições à frente da legalidade.

Certo é que o princípio da segurança se acha atualmente consolidado tanto na doutrina quanto na jurisprudência e com fulcro no próprio texto constitucional. Configura sob outro ângulo um limite ao poder da Administração Pública de invalidar os atos eivados de vício de legalidade. É o que se pode extrair da Súmula 473 do STF, *in verbis*:

> Súmula 473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Do ensinamento esposado, resta claro a existência da anulação e revogação dos atos administrativos, bem como dos limites a elas. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal é, portanto, no sentido de respeitar sempre os direitos adquiridos, de modo que não se pode esquecê-los no afã de restabelecer a ordem jurídica. Estes são direitos que nem a própria Administração pode desfazer. São situações jurídicas já consumadas, ou ainda que não consumadas, incorporaram-se no patrimônio do particular. Existindo direito líquido e certo, a segurança jurídica deve ser o princípio norteador das relações.

Dessa forma, mantém-se o *status quo*, mesmo de atos considerados ilegais, em nome do interesse público, de modo a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações na conduta do Estado, frustrando suas expectativas. É o que bem explica Couto e Silva (2003, p.10):

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

Assim também explica Ferraz (2003, p.54):

> A Administração não pode, contudo, ser volúvel ou errática, em suas opiniões. A estabilidade da decisão administrativa é uma qualidade do agir administrativo, imposta pelos princípios constitucionais da boa fé, da moralidade, da presunção de legalidade e de legitimidade dos atos administrativos e da segurança jurídica.

Vale lembrar que a doutrina moderna considera não só a existência e aplicação da segurança jurídica como princípio garantidor da estabilidade das relações jurídicas, como também admite um aspecto subjetivo, criando princípio em separado, que se convencionou chamar de proteção à confiança.

Tal princípio ganhou força com uma decisão no Tribunal de Berlim, ano de 1956, caso famoso que ficou conhecido como "Viúva de Berlim": O Estado prometeu vantagem à viúva de um funcionário, caso transferisse sua residência de Berlim Oriental para Ocidental. Aceitando a condição e percebendo tal vantagem durante um ano, foi surpreendida com a retirada do benefício por sofrer de vício de competência. Dada a palavra ao Tribunal Administrativo de Berlim, este sopesando os princípios da legalidade e o da proteção à confiança, entendeu que este último deveria capitanear o caso concreto, baseado ainda na boa-fé e manutenção das situações jurídicas concedidas pelo Estado.

A partir daí, o segmento subjetivo do princípio da segurança jurídica pelo Direito Comparado passou a ser introduzido em outros países, inclusive no Brasil, alcançando a posição atual. Ainda que não expressos na Constituição, a jurisprudência pátria adotou tais princípios em várias de suas decisões, revelando a clara mudança de paradigmas ao relativizar o *caput* do artigo 37 da Constituição Federal[1], inserindo novos princípios que alteraram a maneira de validar o ato administrativo. Trechos do Informativo 343 do Supremo Tribunal Federal assim demonstram:

> MS 24268/MG
> Relator Ministro Gilmar Mendes
> Voto de Sepúlveda Pertence: Não estou seguro de que se possa invocar o disposto no art. 54 da Lei n. 9.784, de 1999, (Lei no 9.784, de 29.1.1999: "Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.") - embora tenha sido um dos incentivadores do projeto que resultou na aludida lei -, uma vez que, talvez de forma ortodoxa, esse prazo não deva ser computado com efeitos retroativos. Mas, afigura-se-me inegável que há um "quid" relacionado com a **segurança jurídica** que recomenda, no mínimo, maior cautela em casos como o dos autos. Se estivéssemos a falar de direito real, certamente já seria invocável a usucapião.
> A propósito do direito comparado, vale a pena ainda trazer à colação clássico estudo de Almiro do Couto e Silva sobre a aplicação do princípio da segurança jurídica:

[1] O artigo 37, *caput*, da Constituição traz os princípios expressos no "LIMPE": legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

> "É interessante seguir os passos dessa evolução. O ponto inicial da trajetória está na opinião amplamente divulgada na literatura jurídica de expressão alemã do início do século de que, embora inexistente, na órbita da Administração Pública, o princípio da *res judicata*, a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos direitos subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa fé e a confiança (Treue und Glauben)dos administrados. (...)
> Esclarece OTTO BACHOF que nenhum outro tema despertou maior interesse do que este, nos anos 50 na doutrina e na jurisprudência, para concluir que o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à **boa fé e à segurança jurídica**. **Informa ainda que a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção da confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade**. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido. (Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtssprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Tübingen 1966, 3. Auflage, vol. I, p. 257 e segs.; vol. II, 1967, p. 339 e segs.). (g.n)

No pequeno trecho supramencionado, o Ministro cita ainda a boa-fé como requisito para aplicação da segurança jurídica e proteção à confiança.

Muito embora a boa-fé permeie o campo do Direito Privado, notadamente Direito Civil, também ela influencia o Direito Público, como por exemplo, nos contratos administrativos. Derivada do Direito Alemão e incisivamente explicita no Código Civil Brasileiro de 2002, a boa-fé em sentido objetivo consubstancia-se num modelo de conduta social da qual se espera lisura e lealdade, à medida que a boa-fé subjetiva relaciona-se com a intenção do agente, seu estado mental no momento da pratica de determinado ato. Assim, a boa-fé subjetiva funda-se na moral e na intenção das partes, enquanto que a boa-fé objetiva busca o comportamento que se encontra no equilíbrio entre dever e obrigação (INFANTI, 2010).

Difícil seria interpretar o Direito por meio da boa-fé subjetiva, tendo em vista que o mundo jurídico trabalha com atos e ações, e não com intenções. Por este motivo, quando se fala de boa-fé, estar-se-á tratando da boa-fé objetiva. Assim assevera Perez (1989, 89):

> Administración pública y administrado han de adoptar un comportamiento leal en todas las fases de consJitución de las relaciones hasta el perfeccionamiento dei acto que Ias dé vida y en Ias relaciones frente a los possibles defectos dei acto. Han de adoptar un comportamiento leal e el desenvolvimiento de Ias relaciones en Ias direcciones en que se manifesten derechos y deberes. y han de comportarse lealmente en el momento de extinción: al exercer Ias potestades de revisión y anulación y al soportar los efectos de Ia extinción, así como en el ejercicio de Ias acciones ante Ia Jurisdicción contencioso-administrativa.

Se, pois, o administrado andando com lisura e lealdade, confiou ao Estado determinada situação jurídica, justo é que esta situação se mantenha, desde que a ele

favorável, haja vista a confiança depositada na pessoa estatal bem como a boa ação e intenção no fato consolidado.

Em existindo má-fé, o ato administrativo deve ser de plano invalidado, de modo a resguardar o Estado Democrático de Direito e o bem-estar social, repelindo as condutas desleais e imorais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado possui o poder supremo de reger as relações entre os cidadãos. Ocorre que há a necessidade de se impor limites a esta atividade estatal, de modo a evitar arbitrariedades. Haja vista a Administração contar com o poder discricionário, surge uma linha muito tênue entre um direito subjetivo e uma decisão arbitrária.

Nesta seara, se analisou formas de corrigir defeitos presentes no ato administrativo (e quem o faz é a própria Administração) preservando a segurança dos cidadãos de boa-fé e seus interesses, dando visibilidade a princípios até então pouco utilizados frente ao poderoso princípio da legalidade.

Verifica-se a mitigação do princípio da legalidade perante os princípios da segurança jurídica, boa-fé e proteção à confiança, bem como a consequente atenuação da supremacia do ato administrativo perfeito.

Fica claro, portanto, que a essência pura do ato administrativo vem perdendo espaço para uma nova forma de fazer o Direito Administrativo. A modernidade nos impõe novas formas de interpretação das ciências jurídicas. O Direito deve adequar-se as formas de vida da sociedade contemporânea. Ora, esta ciência nada mais é do que uma forma de reger as relações entre indivíduos, a partir de suas peculiaridades.

Essa nova roupagem assumida pelo Direito Administrativo permite uma relação mais humana entre administrador e administrados, sempre baseada na segurança e estabilidade. De fato, o Estado Democrático de Direito não mais se fundamenta apenas nos princípios da legalidade e supremacia do interesse público. Todos os princípios até aqui expostos possuem força coercitiva e se mostraram estritamente necessários para que a correção dos atos administrativos eivados de vícios seja conduzida da forma mais benéfica aos administrados de boa-fé. Destaque que a boa-fé é condição *sine qua non* de aplicabilidade dessas novas formas de correção de vício no ato administrativo.

As transformações experimentadas pela sociedade moderna não mais admitem um modelo de Direito Administrativo Burocrático, no qual se obedece rigorosamente a

legalidade, sem pesar as consequências de sua decisão, nem considerar princípios modernos e indubitavelmente importantes para o tema. Surgem neste contexto, novas normas reguladoras da Administração Pública, no qual a postura extremamente legalista dá lugar a uma postura mais humanista.

A mudança de paradigmas ocorrida no âmbito do Direito Administrativo deu lugar a um modelo mais flexível de ato administrativo. Salienta-se, no entanto, que o princípio da legalidade continua por representar importância ímpar para todo o Direito, mas se faz necessário colocado frente a outros princípios, de modo a haver uma sintonia entre eles.

Pelo exposto, pode-se perceber que foram as transformações da sociedade e a evolução do Direito que permitiram a flexibilização do ato administrativo e o surgimento de princípios que possibilitaram a aproximação entre a Administração Pública e o particular. Tais mudanças contribuíram sobremaneira para estabilização mínima necessária ao ordenamento jurídico e a dinâmica social civilizada.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. ***Teoria da Segurança Jurídica***. São Paulo: Malheiros. 2014.

BRASIL. Presidência da República (F.H. Cardoso), 1995. ***Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado***. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ***Recurso Especial n°429.570.*** Relatora Ministra Eliana Calmon. Goiás, 2002. In: http://www.mp.ms.gov.br/portal/manual_ambiental/arquivos/juris/REsp%20429570.pdf. Acesso em 24 de março de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Agravo de Instrumento n°490.551 em Agravo Regimental.*** Relatora Ministra Ellen Gracie. Distrito Federal, 2010. In http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15922418/agreg-no-agravo-de-instrumento-ai-490551-df. Acesso em 25 de fevereiro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Agravo de Instrumento n°710.085 em Recurso Extraordinário.*** Relator Ministro Ricardo Lewandowski. São Paulo, 2009. In: http://www.jusbrasil.com.br/diarios/43915460/stf-05-12-2012-pg-239. Acesso em 27 de março de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Mandado de Segurança n° 24268***. Relator Ministro Gilmar Mendes. Minas Gerais, 2004. In: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo343.htm. Acesso em 26 de março de 2016.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. ***Da Boa Fé no Direito Civil***. 3ª Reimpressão. Portugal: Almedina. 2007

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. ***Curso de direito administrativo***: Parte geral, intervenção do estado e estrutura da administração. Editora Juspodivm: 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. ***Direito Administrativo.*** São Paulo: Atlas, 2011.

FERRAZ, Sérgio. ***Extinção Dos Atos Administrativos:*** algumas reflexões. Revista de Direito Administrativo. v. 231. 2003. In http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view. Acesso em 26 de março de 2016.

INFANTE, Fabio Giorgi. ***Aplicação da boa-fé na arbitragem internacional.*** 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ***Curso de Direito Administrativo***. São Paulo: Malheiros, 2005.

PEREZ, Jesus Gonzalez. ***EI Princípio General de Ia Buena Fé en el Derecho Administrativo.*** Madrid: Civitas, 1989.

SILVA, Almiro do Couto e. ***O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos***

administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Cadernos de Direito Público. RPGE. Porto Alegre/RS. V. 27. Nº 57 Supl. P. 216. 2003. Acesso em 13 de março de 2016.

VALE, Murilo Melo. ***A invalidação e convalidação de atos em um procedimento administrativo***. Revista Síntese Direito Administrativo, São Paulo, n.83, nov.2012, p. 52-64. Acesso em 10 de março de 2016.

ZANCANER, Weida. ***Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos***. 2ª ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros. 2001.